

13/03/2019**PLENÁRIO****MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO**

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AM. CURIAE.	: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - CREMERJ
ADV.(A/S)	: LUCAS LAUPMAN FERRAZ LIMA E OUTRO(A/S)

Ementa: MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO N. 8.008/2018 (ART. 1º, §3º). VÍTIMAS DE ESTUPRO. MENORES DE IDADE DO SEXO FEMININO. PERITO LEGISTA MULHER. OBRIGATORIEDADE. ALEGA OFENSA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (ART. 22, I, DA CFRB) E NORMAS GERAIS SOBRE PROCEDIMENTOS EM MATÉRIA PROCESSUAL (ART. 24, XI, DA CFRB). INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA PREVISTA NO ART. 24, XV, DA CFRB. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL POR OFENSA AO DIREITO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DE ACESSO À JUSTIÇA E AOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA PRIORIDADE ABSOLUTA (ARTS. 5º, XXXV, E 227, CAPUT, DA CRFB). SUSPENSÃO DA NORMA DEFERIDA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. DESDE QUE NÃO IMPORTE RETARDAMENTO OU PREJUÍZO DA DILIGÊNCIA. EFEITOS EX TUNC.

1. A Lei Estadual n.º 8.008/2018 do Rio de Janeiro, que impõe a obrigatoriedade de que as crianças e adolescentes do sexo feminino vítimas de estupro sejam examinadas por perito legista mulher, não padece do vício de inconstitucionalidade formal, porque a regra concerne

ADI 6039 MC / RJ

à competência concorrente prevista no art. 24, inciso XV, da CFRB, “proteção à infância e à juventude”.

2. Trata-se de regra que reforça o princípio federativo, protegendo a autonomia de seus membros e conferindo máxima efetividade aos direitos fundamentais, no caso, o direito da criança e da adolescente à absoluta prioridade na proteção dos seus direitos (CFRB, art. 227). Compreensão menos centralizadora e mais cooperativa da repartição de competências no federalismo brasileiro. A lei federal n. 13.431/2017 (Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência) reservou espaço à conformação dos Estados. Inconstitucionalidade formal afastada.

3. Lei impugnada em sintonia com o direito fundamental à igualdade material (art. 5º, I, da CRFB), que impõe especial proteção à mulher e o atendimento empático entre iguais, evitando-se a revitimização da criança ou adolescente, mulher, vítima de violência.

4. Risco evidenciado pela negativa de realização de atos periciais às vítimas menores de idade do sexo feminino por legistas homens, o que compromete, concretamente e de modo mais urgente, o direito de crianças e adolescente de acesso à justiça (art. 39 da Convenção sobre os Direitos das Crianças) e os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta (arts. 5º, XXXV, e 227 da CRFB). Inconstitucionalidade material concreta. Necessidade de interpretação conforme à Constituição. Desde que não importe retardamento ou prejuízo da diligência.

5. Medida cautelar deferida. Suspensão da norma impugnada. Efeitos excepcionais efeitos ex tunc, a fim de resguardar as perícias que porventura tenham sido feitas por profissionais do sexo masculino.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conceder a medida cautelar tão

ADI 6039 MC / RJ

somente para dar interpretação conforme à parte final do § 3º do art. 1º da Lei do Estado do Rio de Janeiro 8.008/2018, no sentido de reconhecer que as crianças e adolescentes do sexo feminino vítimas de violência deverão ser, obrigatoriamente, examinadas por legista mulher, desde que não importe retardamento ou prejuízo da diligência, atribuindo à decisão excepcionais efeitos *ex tunc*, a fim de resguardar as perícias que porventura tenham sido feitas por profissionais do sexo masculino, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux e Marco Aurélio, que concediam a cautelar em maior extensão.

Brasília, 13 de março de 2019.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

13/03/2019**PLENÁRIO****MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO**

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AM. CURIAE.	: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - CREMERJ
ADV.(A/S)	: LUCAS LAUPMAN FERRAZ LIMA E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de ação direta proposta pela Procuradora-Geral da República a fim de que este Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade da Lei do Estado do Rio de Janeiro 8.008/2018, que institui o Programa de Atenção às Vítimas de Estupro com o objetivo de dar apoio e identificar provas periciais.

A inicial aponta a inconstitucionalidade formal e material do dispositivo constante do art. 1º, § 3º, da Lei, segundo o qual sempre que possível, a vítima do sexo feminino será examinada por perito legista mulher, exceto em caso de menor de idade do sexo feminino, que deverá ser, obrigatoriamente, examinado por legista mulher.

Alega que a norma ofende a competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal e sobre normas gerais em procedimento em matéria processual. Além disso, sustenta que a lei ofende o direito das crianças e adolescentes ao acesso à justiça, assim como os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta. Afirma

ADI 6039 MC / RJ

que, em virtude da restrição imposta pela norma, médicos legistas plantonistas não estão realizando as perícias no tempo adequado, o que prejudicaria a persecução penal.

Com base nesses argumentos, requer, em sede de cautelar, a suspensão do dispositivo atacado.

Nos termos do art. 10, §1º, da Lei n. 9.868/1999, ouvidas a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República.

A Advocacia-Geral da União, quanto ao *fumus boni iuris*, sustenta a inconstitucionalidade da norma por ofensa à repartição de competências legislativas, especificamente, o art. 22, II, da CRFB, que confere à União a competência para legislar, privativamente, sobre direito processual. Segundo ela, a legislação federal teria, inclusive, disciplinado questões concernentes à matéria no art. 249 do CPP e no art.18 da Lei n. 13.431/2017, sem optar pela restrição imposta pela lei estadual. O Supremo Tribunal Federal teria, em outras ocasiões, entendido que leis estaduais que versam sobre matéria probatória seriam inconstitucionais (ADI nº 3483; ADI 3896). Ademais, a primeira parte do art. 1º, §3º, da Lei n. 8.008/2018, seria suficiente para proteger as vítimas do sexo feminino de qualquer idade, sem que haja prejuízo à realização da prova pericial. Por fim, a Advocacia-Geral da União teria autonomia para contrapor-se à constitucionalidade das normas submetidas ao seu exame na jurisdição concentrada.

Quanto ao *periculum in mora*, ressalta a notícia de recusa de peritos criminais homens de procederem à realização do ato pericial em virtude da vedação da lei impugnada, deixando as vítimas desassistidas. Requer a concessão da medida cautelar.

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, reitera o pedido inicial, salientando que não há, nem na lei federal sobre a matéria, Lei n. 13.431/2017, nem no Decreto n. 7.958/2013, qualquer restrição a respeito, estando, pois, vedada a disciplina pelos Estados.

É, em síntese, o relatório.

13/03/2019

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO**

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): A presente ação direta foi proposta pela Procuradora-Geral da República, a fim de que este Tribunal declare a inconstitucionalidade do art. 1º, § 3º, da Lei do Estado do Rio de Janeiro n. 8.008/2018, de no que estabelece a obrigatoriedade de as vítimas de estupro do sexo feminino menores de idade serem obrigatoriamente examinadas por perito legista mulher. O dispositivo tem o seguinte teor:

“Art. 1.º. O Programa de atenção às vítimas de estupro visa a apoiar as vítimas e identificar provas periciais, que caracterizem os danos, estabelecendo nexos causal com o ato de estupro praticado.

§3.º. Sempre que possível, a vítima do sexo feminino será examinada por perito legista mulher, exceto em caso de menor de idade do sexo feminino, que deverá ser, obrigatoriamente, examinado por legista mulher.”

As inconstitucionalidades apontadas referem-se à invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito penal (art. 22, I, da CRFB) e normas gerais sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI, da CRFB). Além disso, alega-se inconstitucionalidade material por ofensa ao direito de crianças e adolescente de acesso à justiça e aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta (arts. 5º, XXXV, e 227, *caput*, da CRFB). Os parâmetros de controle têm o seguinte teor:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito

ADI 6039 MC / RJ

Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XI - procedimentos em matéria processual;”

“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:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 opressão.”

Ante a notícia de que peritos legistas homens têm se recusado a realizar exame em vítimas menores de idade do sexo feminino desde o advento da lei estadual, determinei a remessa ao Plenário para o exame do pedido de cautelar, a qual deve ser deferida.

Registro, inicialmente, a plena cognoscibilidade da presente ação direta. Há legitimidade de parte, o ato normativo é lei estadual e a inicial apresenta de modo escorreito os argumentos pelos quais se examina a compatibilidade da lei em face da Carta da República.

Quanto ao mérito, ressalto que a medida cautelar na ação direta, como decisão proferida em juízo de cognição sumária, deve ponderar o risco da (não) concessão da medida e a probabilidade do direito.

O risco evidenciado pela negativa de realização de atos periciais às vítimas menores de idade do sexo feminino por legistas homens compromete, concretamente e de modo mais urgente, o direito de

ADI 6039 MC / RJ

crianças e adolescente de acesso à justiça e os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta (arts. 5º, XXXV, e 227 da CRFB).

Aqui a inconstitucionalidade é circunstancial, uma vez que não é a previsão abstrata da norma que parece ser inconstitucional, mas a sua aplicação concreta.

De início, anoto não vislumbrar vício de inconstitucionalidade formal. Não se trata de regra de direito processual penal. Vale dizer: sua não adoção não implica qualquer nulidade processual. Trata-se, sim, de um dever do Estado, cuja inobservância pode implicar a sua responsabilidade em relação à vítima que não foi atendida sob os cuidados determinados pela lei. A regra concerne, na realidade, à competência concorrente prevista no art. 24, inciso XV – “proteção à infância e à juventude”.

Venho insistido (ADI 3165, rel. Min. Dias Toffoli) na necessidade de reforçar o conteúdo do princípio federativo e suas consequências para o regime de repartição de competências legislativas.

A repartição de competências é característica fundamental em um Estado federado para que seja protegida a autonomia de cada um dos seus membros e, por conseguinte, a convivência harmônica entre todas as esferas, com o fito de evitar a secessão. Nessa perspectiva, essa distribuição pode se dar em sentido horizontal ou vertical, levando em conta a predominância dos interesses envolvidos.

Repartir competências compreende compatibilizar interesses para reforçar o federalismo em uma dimensão realmente cooperativa e difusa, rechaçando-se a centralização em um ou outro ente e corroborando para que o funcionamento harmônico das competências legislativas e executivas otimizem os fundamentos (art. 1º) e objetivos (art. 3º) da Constituição da República.

Ao construir uma rede interligada de competências, o Estado se compromete a exercê-las para o alcance do bem comum e para a satisfação de direitos fundamentais. E nesse contexto, é necessário avançar do modo como a repartição de competências há tempos é lida a partir de um modelo estanque que se biparte no sentido horizontal ou

ADI 6039 MC / RJ

vertical, ou ainda, em competência legislativa ou administrativa para um modelo em que o princípio informador seja a máxima efetividade dos direitos fundamentais como critério de distribuição destas competências, aqui, o direito da criança e da adolescente à “absoluta prioridade” na proteção dos seus direitos fundamentais (CFRB, art. 227).

E não se está aqui a afirmar que a sistemática de repartição de competências não seja relevante para o Estado Federal brasileiro, mas não pode ser visto como único princípio informador, sob pena de resultar em excessiva centralização de poder na figura da União.

E esta centralização leva a que Estados, Distrito Federal e Municípios, embora igualmente integrantes da República Federativa do Brasil, conforme comando normativo disposto no art. 1º, da Constituição da República, tenham suas respectivas competências sufragadas, assumindo um papel secundário na federação brasileira, contrariamente ao determinado pelo Texto Constitucional.

No caso dos autos, a proteção da criança e da adolescente vítima de violência está densificada na norma estadual ora impugnada, impondo o dever do Estado de que ela seja atendida por legista mulher.

Trata-se de uma verticalização da proteção prevista na Lei Federal n.º 13.431/2017 (Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência), sem qualquer conflito aparente, numa teia concretizadora do direito previsto constitucionalmente. A lei federal dispõe, apenas:

Art. 17. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), serviços para atenção integral à criança e ao adolescente em situação de violência, de forma a garantir o atendimento acolhedor.

Art. 18. A coleta, guarda provisória e preservação de material com vestígios de violência serão realizadas pelo Instituto Médico Legal (IML) ou por serviço credenciado do sistema de saúde mais próximo, que entregará o material para perícia imediata, observado o disposto no art. 5º desta Lei.

ADI 6039 MC / RJ

A própria lei confere espaço à conformação dos Estados para que legislem sobre a matéria com vistas ao atendimento acolhedor.

Determinando-se a igualdade e equilíbrio entre os entes federativos, a Constituição ressalta a necessidade de maximização do exercício destas competências para que o Estado cumpra seu desiderato de pacificação e satisfação social. É este novo olhar que se propõe a partir da nova ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Uma mirada voltada para: a otimização da cooperação entre os entes federados; a maximização do conteúdo normativo dos direitos fundamentais; o respeito e efetividade do pluralismo com marca característica de um Estado Federado.

E nesses múltiplos olhares, o meu direciona-se para uma compreensão menos centralizadora e mais cooperativa da repartição de competências no federalismo brasileiro.

Então, estabeleceu-se no Rio de Janeiro o dever do Estado de realizar o ato pericial de forma mais acolhedora e empática, sem qualquer ofensa a regras de repartição de competência. E sem bulir com regras processuais, uma vez que o ato pericial, além dos requisitos processuais, deve obedecer a regras de outros ramos do direitos, tais como aquelas que orientam a atuação do servidor público e as regras da atividade profissional, como o Código de Ética Médica. Nem por isso essas regras concernem à matéria processual.

No aspecto material, porém, ao menos em juízo de cognição sumária, as alterações promovidas na política de atendimento não podem ser de fato implementadas.

Com efeito, o exame realizado por perito legista é a principal prova sobre a autoria de um crime gravíssimo, ofensivo aos direitos mais básicos da pessoa humana. A não realização desse procedimento de coleta de prova põe em risco a proteção a que as crianças têm direito com absoluta prioridade.

Noutras palavras, conquanto salutar a iniciativa de proteger a criança, impedir ou retardar a realização do exame por médico legista pode acabar por deixá-la desassistida da proteção criminal, direito que

ADI 6039 MC / RJ

decorre do disposto no art. 39 da Convenção sobre os Direitos das Crianças. Não faria sentido prever o atendimento respeitando diferenças de gênero, mas inviabilizar a instrução processual penal, ante a recusa na elaboração de perícia indispensável para a prova.

Posta a questão nesses termos, há aparente conflito com o direito de acesso à justiça. E, na medida em que se nega o acesso à produção da prova na jurisdição penal, há também ofensa à proteção prioritária, prevista no art. 227, § 4º, da CRFB, porquanto afasta a efetividade da norma que exige a punição severa do abuso de crianças e adolescentes.

Assim, há plausibilidade nas alegações apresentadas pela requerente ao menos a fim de autorizar a suspensão da legislação impugnada até o julgamento do mérito desta ação direta. Registro, porém, que o deferimento deverá implicar a atribuição de efeitos *ex tunc*, a fim de resguardar as perícias que porventura já tenham sido feitas por profissionais do sexo masculino.

Insisto que a inconstitucionalidade revela-se pela circunstância fática, a ser melhor aprofundada após a cognição plena e diálogo. A regra, ao impor que a criança ou adolescente mulher vítima de violência seja examinada por legista mulher vai ao encontro do direito fundamental à igualdade material (art. 5º, I, da CRFB), que impõe especial proteção à mulher, na mesma linha que informa também a Lei n.º 13.505/2017, a qual dispõe sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino. Ainda que essa lei preveja o advérbio “preferencialmente”, a lei fluminense qualifica a proteção da criança e da adolescente, tal como a Constituição prescreve no art. 227, ao determinar a sua “absoluta prioridade”. Ou seja: prescreve-se a estas uma proteção sem ressalvas e, logo, o modal “deve ser”, enquanto “preferencialmente” ou “sempre que possível” contenta-se com o modal “pode ser”.

Exige-se, assim, o atendimento empático entre iguais, evitando-se a revitimização da tão fragilizada: criança ou adolescente, mulher, vítima de violência.

ADI 6039 MC / RJ

Essa obrigação tem promovido belas soluções como o projeto “Sala Lilás” do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, noticiado na inicial, espaço justamente “criado para prestar atendimento especializado e humanizado às mulheres vítimas de violência física e sexual, e funciona dentro do Instituto Médico Legal (IML)”. Não é permitido retroceder.

Porém, por ora, apesar do mandamento constitucional de absoluta prioridade da proteção e assistência dessa vítima qualificada, concretamente, a exigência tem prejudicado outro direito fundamental, a tutela penal do bem jurídico lesado. Essa lesão concreta, no entanto, será objeto de análise aprofundada após as informações e, quiçá, a realização de audiência pública sobre o tema.

A solução caminha, então, para a “interpretação conforme”, na linha dos termos do art. 249 do CPP (“Art. 249. A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.”), mantendo-se o dever estatal para fins de responsabilidade na proteção da criança, mas não para obstar a produção da prova.

Ante o exposto, defiro a medida cautelar tão somente para dar interpretação conforme à parte final do § 3º do art. 1º da Lei do Estado do Rio de Janeiro n. 8.008/2018, no sentido de reconhecer que as crianças e adolescentes do sexo feminino vítimas de violência deverão ser, obrigatoriamente, examinadas por legista mulher, desde que não importe retardamento ou prejuízo da diligência.

Atribuo efeitos excepcionais efeitos *ex tunc*, a fim de resguardar as perícias que porventura tenham sido feitas por profissionais do sexo masculino.

É como voto.

13/03/2019**PLENÁRIO****MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Senhor Presidente, cumprimentando a senhora Procuradora-Geral da República, vou procurar sumariar os dois horizontes que estão postos aqui em questão. O primeiro é esse debate de saber se a lei estadual, eventualmente, iria se projetar para além dos limites da competência estadual.

Eu estou rechaçando essa argumentação da inconstitucionalidade formal, eis que aqui há a competência concorrente que advém expressamente do inciso XV do art. 24 da Constituição, para projetar sobre a possibilidade de legislação concorrente entre a União e o Estado-membro em matéria de proteção da infância e da juventude.

De modo que esse argumento de natureza formal, à luz de um debate que, aliás, tem sido travado neste Colegiado sobre a dimensão cooperativada do federalismo, repartição de competências e essa rede interligada de atribuições entre os diversos entes da federação: União, Estados e Municípios.

Portanto, esse argumento como consta do voto, que tomei a liberdade de fazer chegar às mãos de Vossas Excelências, eu estou a afastar até porque, em matéria de lei federal, a legislação que consta do Diploma 13.431 de 2017, e, portanto, de lei federal, já estabeleceu uma rede de proteção em face da qual essa lei federal, se materialmente constitucional, a rigor, ela está a verticalizar uma proteção que não é afastada pela legislação federal.

Nós, de um modo geral, temos sustentado, aqui, a aplicação da regra segundo a qual a competência, em matéria de atuação concorrente do Estado, está afastada quando há uma regra federal explícita que não permita essa latitude legislativa do ente estadual, e não me parece que seja o caso.

ADI 6039 MC / RJ

A questão, Senhor Presidente - e avançando para o aspecto material -, diz respeito precisamente a essa ordem de ideias que a eminente Procuradora-Geral da República traz à colação. Propósitos que merecem ser enaltecidos de todos os pontos de vista, inclusive da proteção, pode, do ponto de vista das suas consequências, se aplicado o conjunto desses instrumentos protetivos que são, a rigor, também, em determinadas hipóteses concretas, excludentes da proteção, podem levar ao objetivo oposto ao almejado.

E, aí, que, ao menos, num juízo de cognição sumária nessa medida cautelar, estou a compreender que a iniciativa da lei estadual é efetivamente salutar, porque busca proteger a criança e o adolescente, e evidentemente deixá-la desassistida da proteção criminal, uma vez que tal direito, dentre outros diplomas, inclusive da nossa Constituição da República, decorre também do art. 39 da Convenção sobre Direitos das Crianças.

De modo que a questão central que está aqui é a ideia, de um lado, de proteção integral da Criança e do Adolescente, e, de outro, do direito também fundamental de acesso à Justiça, porque a regra que está em questão - eu volto a repetir - é esta da segunda parte do § 3º do art. 1º da Lei Estadual 8.008, do Estado do Rio de Janeiro: Sempre que possível, a vítima do sexo feminino será examinada por perito legista mulher - e aqui, vem a questão -, exceto em caso de menor de idade do sexo feminino, que deverá ser obrigatoriamente examinado - aqui, quiçá, há um problema gramatical, mas enfim - que deverá ser obrigatoriamente examinado por legista mulher.

A questão que se coloca é na ausência de legista mulher e, a rigor, o que há, do ponto de vista prático, é um retardamento do próprio atendimento e da realização do próprio acesso à Justiça. E creio que o julgador deve, até por conta do que está na Lei de Introdução de Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, pensar nas consequências das decisões e desses dispositivos legais cujos propósitos são evidentemente merecedores de enaltecimento.

Por isso, Senhor Presidente, entendo que, à luz do § 4º do art. 227, da

ADI 6039 MC / RJ

Constituição da República, há plausibilidade nas alegações apresentadas pela Procuradoria-Geral da República, no sentido de atribuir a esta matéria uma interpretação conforme que permita compreender, à luz da circunstância fática, inclusive, na própria instrução desta ação direta de inconstitucionalidade, um diálogo de índole constitucional e uma cognição plena que conjugue a proteção da Criança e do Adolescente, mulher vítima de violência e também o acesso ao pleno direito à realização da prestação jurisdicional.

De modo que, nesse sentido, eu estou a dizer que, nessa matéria, aplica-se aquilo que na literatura jurídica, com alguma sensibilidade, tem sido denominado de atendimento empático entre iguais. Este é o fim evidente almejado em situações que suscitam esta sensibilidade, especialmente para evitar, até mesmo nesse tipo de procedimento, uma revitimização de quem já está fragilizado - e, no caso, da criança, adolescente e mulher vítima de violência.

O próprio Tribunal de Justiça Estado Rio de Janeiro projetos tem alguns projetos - e eu anoto aqui no voto - nesse sentido e que demonstram um especial e sensível atendimento para evitar que o dano já sofrido seja gravado com o tipo de atendimento que eventualmente venha a ser realizado e, nesse caso, dentro das atribuições do Instituto Médico Legal.

Por isso, nada obstante o mandamento constitucional de absoluta prioridade da proteção e assistência dessa vítima qualificada, que de todo a merece, a exigência, tal como posta, pode prejudicar outro direito fundamental, que é a tutela do bem jurídico lesado. Por essa razão, a solução caminha - e concludo, Senhor Presidente - para o que propõe a Procuradoria-Geral da República, ou seja, uma interpretação conforme no sentido do que já advém daquilo que consta do fio condutor do art. 249 do Código de Processo Penal, segundo o qual a busca será feita, tendo como destinatário a vítima mulher, por outra mulher se não importar retardamento ou prejuízo da diligência, mantendo-se o dever estatal para fins de responsabilidade na proteção da criança, mas não para obstar a produção da prova.

ADI 6039 MC / RJ

Assim, estou propondo deferimento da medida cautelar tão somente para dar interpretação conforme à parte final desse § 3º do art. 1º da Lei 8.008/2018 do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de reconhecer que as crianças e adolescentes do sexo feminino, vítimas de violência, deverão ser examinadas por legista mulher, desde que não importe retardamento ou prejuízo da diligência. Portanto, a fim de resguardar perícias que tenham sido feitas, estou atribuindo efeitos para evitar que esta decisão se projete em qualquer tipo de nulidade de procedimento que já tenha sido realizado.

Portanto, estou acolhendo a proposta de interpretação conforme, no sentido de acolher essa proteção especial, de o exame de criança e adolescente do sexo feminino, vítima de violência, ser realizado por mulher legista. Esta é a obrigação, desde que a falta de mulher legista para que esse exame seja feito não importe em retardamento ou prejuízo da diligência.

É o que proponho, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Com efeito **ex tunc** para eventuais exames feitos por médicos homens?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Com efeito *ex tunc*.

13/03/2019**PLENÁRIO****MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO****DEBATE**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, se me permite, o que estaríamos interpretando, na forma do voto de Vossa Excelência, seria: O exame será feito obrigatoriamente por mulher legista disponível para fazê-lo, e, na ausência, para não impedir que haja o processamento.... Esse "obrigatoriamente" fica valendo apenas no sentido de uma obrigação para o Estado criar essas condições, mas não para impedir que seja realizado.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Perfeitamente. A Ministra Cármen Lúcia bem captou o sentido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Fachin, eu estou chegando à mesma conclusão de Vossa Excelência. Parabenizo-o pelo voto que oferece, agora, para apreciação do Plenário.

Na minha conclusão, sem prejuízo daquilo que Vossa Excelência concluiu, eu estaria dando opção à vítima de se deslocar para outra unidade que disponha de uma legista mulher, senão, ela fica quase que sem alternativa. Se houver uma unidade próxima com uma legista mulher à disposição, ela, ou quem de direito por ela, poderia optar para ser examinada por uma legista mulher, numa dependência especializada própria.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Creio que o sentido da expressão que utilizei, ao final da proposição, "desde que não importe em retardamento ou prejuízo da diligência", vai ao encontro da reflexão de Vossa Excelência e acho que estamos, portanto, na mesma direção.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Perfeito. Se isso estiver compreendido, eu acho que essa é uma opção importante, porque a vítima poderá dizer: Olha, embora só haja um legista homem, aqui numa delegacia próxima ou numa unidade médico-pericial existe

ADI 6039 MC / RJ

uma legista do sexo feminino, então eu prefiro ser examinada nessa unidade. Seria uma alternativa, mas eu vejo então que está compreendida no voto de Vossa Excelência, que eu acompanho desde logo.

13/03/2019**PLENÁRIO****MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO****VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Senhor Presidente, inicialmente, existe nesta lei um vício formal. Não em relação - e aí concordo com o eminente Relator - a ser competência privativa da União. Não se trata aqui, a meu ver, de norma processual. É uma norma de organização da própria polícia técnico-científica do Rio de Janeiro. Consequentemente, a organização da polícia técnico-científica do Rio de Janeiro só pode ser feita por lei estadual de iniciativa do governador do Estado. E aqui a iniciativa foi de um deputado estadual, Deputado Carlos Minc. Ou seja, iniciativa de um deputado que reorganizou a questão pericial. Aponto, portanto, um primeiro vício formal de inconstitucionalidade, o vício de iniciativa. Não é vício de competência, mas de iniciativa, porque na organização da polícia técnico-científica, para questões de perícia, não cabe a iniciativa a um deputado estadual.

Agora, a lei vai mais longe. Apesar da boa intenção, a lei bagunçou totalmente a questão de perícia no Rio de Janeiro. Eu tive o cuidado de ligar para o delegado-geral do Rio de Janeiro, para o procurador-geral e para o presidente do Tribunal de Justiça, que me disseram - e me mandaram uma documentação - que o que estava ocorrendo era a total impossibilidade de realização de perícia, com prejuízo das vítimas. Nós temos que lembrar que é absolutamente impossível - eu falo por experiência própria, na Secretaria de Segurança - ter uma mulher legista em cada comarca. Não é possível isso. E o que estava ocorrendo? Estava ocorrendo que a vítima era apresentada, queria fazer a perícia - porque temos que lembrar que essas perícias têm que ser feitas rapidamente, não dá para se deslocar de uma comarca para outra; isso tem que ser feito rapidamente, até para a vítima poder já começar, várias vezes, o tratamento com medicação - a vítima queria realizar a perícia, mas o médico legista homem se recusava, para não ser responsabilizado.

Isso resultou em três questões práticas no Estado do Rio de Janeiro.

ADI 6039 MC / RJ

A primeira: o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude, em conjunto com o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais do Estado Rio de Janeiro, publicou um entendimento dizendo que, sobretudo nos municípios do interior do Estado, a realização dos exames que visam a identificação de provas periciais nos casos de estupro, ao exigir legista do sexo feminino para a realização da perícia em vítima menor de idade, estava inviabilizando totalmente a perícia. Ou seja, o Ministério Público se posicionou a esse respeito.

Para evitar a continuidade dessa situação de caos, que foi gerada por essa lei absolutamente irrazoável, no dia 18 de fevereiro deste ano, a Desembargadora Suely Lopes Magalhães, coordenadora da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, editou uma recomendação, porque, apesar dos pedidos do Ministério Público, dos juízes da Comarca, os peritos diziam: “Eu não vou realizar, pois eu vou ser responsabilizado depois”. Editou-se, agora, dia 18 de fevereiro, uma recomendação. Nos considerandos, a Procuradora-Geral colocou:

Necessidade de garantir o acesso à Justiça, a prioridade e a proteção aos interesses da criança, a indispensabilidade do exame de corpo de delito, considerando que os vestígios de crimes sexuais não se perpetuam no tempo, considerando a recusa à realização de perícia - que estava ocorrendo.

Passou-se a recomendar, e, só então, começou a ser normalizado agora, em 18 de fevereiro, um mês atrás.

Recomendando que o exame médico legal em vítima menor de idade, do sexo feminino, seja sempre realizado, mesmo na ausência do perito do sexo feminino, desde que haja a autorização do responsável legal, do acompanhante maior de idade ou agente público - para tentar equacionar.

E o próprio autor da lei - repito, há aqui, a meu ver, uma inconstitucionalidade formal por iniciativa -, o Deputado Estadual Carlos Minc, já apresentou no final do ano passado, enquanto a Assembleia

ADI 6039 MC / RJ

Legislativa do Rio já começou uma primeira discussão, no dia 12/11/2018, a alteração dessa lei, para alterar o texto, dizendo: *"Sempre que possível, a vítima do sexo feminino será examinada por perito legista mulher."*

Ou seja, o próprio Legislativo, o autor da lei, percebeu que, apesar da boa intenção, é absolutamente impossível cumprir a lei sem prejuízo da própria vítima. Pois o que vinha ocorrendo, nos relatos por telefone que nos passaram, é que a vítima ia ao perito, que se recusava. E ela voltava à sua casa para tomar um banho e ser medicada, bem como para repousar. Ela não ficava esperando, pois é humilhante para a vítima ficar aguardando naquela situação. Ela vai tomar o medicamento, o coquetel antiaids, que se dá às vítimas de estupro. Não é possível aguardar que, da capital ou de algum lugar, venha uma legista. E isso está prejudicando a própria persecução penal.

O Ministério Público concordou, e o próprio autor da lei. E o Judiciário, assim, editou essa recomendação para tentar já normalizar tal assunto.

Há, ainda, por parte de segmentos da polícia, alguns peritos que, mesmo com essa recomendação, vêm se recusando, até que haja uma solução do caso.

Consequentemente, Presidente e Ministro-Relator, a vida real mostra que, aqui, o princípio da razoabilidade, em todos os seus aspectos, foi descumprindo pela edição dessa lei. Não só há uma inconstitucionalidade formal, por mim apontada, como há uma inconstitucionalidade material por ausência absoluta de razoabilidade.

Eu concedo, também, a medida cautelar; mas, aqui, com uma divergência - porque, na prática, isso pode fazer uma diferença muito grande. Queria até que refletíssemos juntos. Como seria a lei, se aprovado o texto, quanto ao "preferencialmente"? Porque, se nós criarmos algo que coloque muitos obstáculos, o que vai ocorrer não é que a vítima não queira a perícia; mas que o perito tenha medo de ser responsabilizado. Porque os vários obstáculos depois podem ser analisados, e alguém pode dizer: "Você não cumpriu isso! Poderia ter levado a vítima aqui à cidade ao lado". E os legistas vão continuar se recusando. Portanto, eu daria a

ADI 6039 MC / RJ

interpretação conforme, para entender a lei "preferencialmente", não "obrigatoriamente".

É assim como voto, Presidente.

13/03/2019

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO**

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Presidente, apenas para salientar, creio que não há uma diferença substancial entre o voto do Ministro Alexandre de Moraes e o que eu estou propondo, mas há duas tênues percepções, que indicam sentidos distintos.

A primeira - eu me permito manifestar no sentido diverso de Sua Excelência -, de entender que iniciativas para proteção de direitos, nomeadamente de mulheres, não estão restritas à iniciativa do Poder Executivo. Aqui, não se trata de alterar a estrutura do Estado. Aliás, a lei federal que trata dessa matéria, que é a Lei 13.505, foi de iniciativa de um parlamentar federal, portanto, no exercício de suas funções, embora isso não altere necessariamente a conclusão.

Quanto à parte final do dispositivo, creio que a lei não é desarrazoada. Aliás, ao contrário, a lei tem um sentido que leva a efeito a proteção da Constituição.

A cautelar, nos moldes solicitados pela Procuradoria-Geral da República - que eu estou acolhendo -, no sentido de evitar retardamento ou prejuízo da diligência - e nisso vai ao encontro da preocupação do Ministro Alexandre de Moraes -, creio que dá abertura suficiente para que os profissionais não se sintam constrangidos a não promover esse atendimento, mas, ao mesmo tempo, encontra um equilíbrio entre a proteção integral da criança e adolescente vítima do sexo feminino e o direito ao acesso à Justiça.

Apenas, com essas observações, nós estamos aqui utilizando tijolos distintos, para construir a mesma ponte, para chegar do outro lado da margem desse rio, que é a conclusão da concessão da cautelar - apenas reafirmando essa ordem de ideias.

13/03/2019**PLENÁRIO****MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO**

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AM. CURIAE.	: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - CREMERJ
ADV.(A/S)	: LUCAS LAUPMAN FERRAZ LIMA E OUTRO(A/S)

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Só uma observação. Veja, a proteção integral da criança e do adolescente vítima de estupro não é diminuída porque um médico legista homem atende. É importante salientar isso. Óbvio, assim como as delegacias da mulher foram sendo compostas por equipes de mulheres, o ideal - até por ter um entendimento mais próximo - é a legista mulher. Mas dizer que é prejudicial à vítima ser atendida por um médico legista homem é ofensivo até aos próprios médicos legistas, porque, no País todo, 80% desse atendimento é feito por médicos legistas homens. Então eu não entendo que haja uma diminuição da proteção.

A questão do vício de iniciativa, com o devido respeito à posição em contrário, nós temos que tomar cuidado com isso, porque amanhã também então pode um deputado oferecer um projeto de lei de que todos os casos de estupro cuja vítima seja mulher devem ser julgados por juízas - atravessando a organização judiciária -, que em todos os casos de estupros com vítimas mulheres quem deve oferecer a denúncia e analisar sejam promotoras. Isso fere, obviamente, a organização do Judiciário, fere a do Ministério Público, como fere, ao meu ver, a da polícia técnico-

ADI 6039 MC / RJ

científica.

13/03/2019

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO**

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Antes de dar sequência à coleta dos votos, eu perguntaria ao Ministro Relator, Luiz **Edson Fachin**, diante dos debates, que já estão bastante aprofundados, se Sua Excelência não aceitaria uma proposta de já julgarmos o mérito da ação?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Da minha parte, não há nenhum problema, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se o processo está aparelhado para julgamento, muito bem. Mas se não estiver...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

A própria Procuradora-Geral, aqui ao lado, assim sugeriu.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Há um conjunto de manifestações nos autos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Os requeridos já se pronunciaram?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Houve um conjunto de coleta de informações que me parece suficiente para apreciar a matéria de fundo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pergunto se os requeridos já se pronunciaram.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Na verdade, a rigor, houve a manifestação, pelo que pude colher, para pautar a cautelar, da Assembleia Legislativa do Estado. Essa manifestação, integralmente, não se tem nos autos. Há manifestações que coletei para apreciar a matéria. Talvez nesse sentido pudéssemos eventualmente apreciar apenas a cautelar. Da minha parte, a matéria está madura, mas evidentemente a Assembleia Legislativa poderá vir defender o seu ponto de vista em sentido diverso se acolher o argumento que o Ministro

ADI 6039 MC / RJ

Alexandre de Moraes acaba de expor, eventualmente.

13/03/2019

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, primeiro cumprimento Vossa Excelência por ter pautado esta matéria que considero de particular relevância. Está aqui em discussão um parágrafo de um dispositivo de lei do Estado do Rio de Janeiro que cuida do Programa de Atenção às Vítimas de Estupro, que tem no § 3º do art. 1º a seguinte dicção:

"§ 3º. Sempre que possível, a vítima do sexo feminino será examinada por perito legista mulher (...)"

A regra geral é que, se a vítima for maior, sempre que possível. De modo que, se não for possível, não há dúvida de que o exame possa ser feito por um legista do sexo masculino.

Com o complemento:

"(...) exceto em caso de menor de idade do sexo feminino, que deverá ser, obrigatoriamente, examinado por legista mulher."

De modo que o que a lei inova e está em discussão é saber se era legítimo ao legislador estadual do Rio de Janeiro impor que, no caso de vítima de violência sexual do sexo feminino menor, o exame ginecológico tivesse de ser feito por legista mulher. Esta é a discussão.

Eu gostaria de dizer, pedindo todas as vênias ao Ministro Alexandre de Moraes, que não vejo inconstitucionalidade formal neste caso. Acho que não há inconstitucionalidade formal por vício de competência e acho que não há inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa. Não há por vício de competência porque não acho que se esteja legislando sobre processo penal. Acho que aqui se está cuidando de uma questão

ADI 6039 MC / RJ

puramente procedimental, em que a Constituição, no art. 24, XI, dá competência inequívoca ao Estado. E acho que não há vício de iniciativa porque, no rol do art. 24 da Constituição, que cuida da competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, o inciso XV prevê a competência concorrente para a proteção da infância e da juventude, que, claramente, a meu ver, é a pretensão desta lei, sendo que, no inciso XVI, ainda diz ser competência concorrente a organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis. Como esse serviço integra uma atuação da polícia civil, eu acho que está legitimada a competência neste art. 24 de maneira inequívoca. De modo que assento, preliminarmente, a constitucionalidade formal desta lei.

Assento, em segundo lugar, Presidente, dos três capítulos do meu voto, que inexistente inconstitucionalidade nesta lei no seu relato abstrato. Em tese, não vejo nenhum problema em que o legislador estadual estabeleça que o exame ginecológico em uma menor de idade vítima de violência sexual seja feito por uma legista do sexo feminino. Não só acho que é constitucional, como acho que é desejável. Portanto, não vejo nenhum problema de constitucionalidade no relato abstrato dessa norma.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Vossa Excelência me permite um aparte, Ministro Barroso? Apenas para vir ao encontro e, até mesmo, respondendo a uma indagação do eminente Ministro Marco Aurélio, Senhor Presidente, o Documento 21 que está nos autos foi trazido pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - eu estou elucidando isto neste momento - em que diz precisamente o que Vossa Excelência vem de afirmar: não há que se falar em invasão de competência da União porque, neste caso, o Poder legislativo do Estado do Rio de Janeiro realizou sua obrigação de prover peritos, ou deve realizar a sua obrigação de prover peritos e peritas, em quantidade e distribuição adequadas pelos órgãos fluminenses responsáveis por tão relevantes exames. E, por isso, pugnou pela improcedência do pedido.

Portanto, a Assembleia foi ouvida nesta hipótese e à luz do que Vossa Excelência está a se manifestar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E o Governador foi

ADI 6039 MC / RJ

ouvido? Porque há um processo legislativo. Ele atua nesse processo legislativo.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Nesse caso, eu estou me referindo ao documento da Assembleia, que acabo de fazer referência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência acabou de afirmar que a Assembleia foi ouvida.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E o Governador foi ouvido?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Essa informação não consta dos autos ainda, sobre a oitiva do eminente Governador do Estado, que aliás sancionou a Lei. Não houve veto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não importa.

Presidente, toda lei observa um processo legislativo. Em toda lei nós temos, em si, sanção do Presidente da República ou do Governador do Estado, e esse fato não nos levou jamais a dispensar as informações do Governador.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Não, não, nós estamos só na cautelar, Ministro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É que o Ministro Fachin deu-me resposta e estou retrucando o que colocou.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Eu apenas dei a resposta sobre a Assembleia Legislativa. E, no que concerne ao Governador, esta informação não está posta nos autos. Vossa Excelência, como de hábito, tem razão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, tenho razão segundo a minha ciência e o meu convencimento, apenas.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Retomando, então, Presidente.

Eu assentei, em primeiro lugar, a constitucionalidade formal. Assentei, em segundo lugar, a constitucionalidade em abstrato do

ADI 6039 MC / RJ

preceito. E, agora, chego ao terceiro e último capítulo, que diz respeito ao que eu estou considerando a inconstitucionalidade de determinadas incidências concretas dessa norma. E aqui há uma questão, que é teórica, relativamente recente, mas que, de uma certa forma, já se tornou corrente, que é a normatividade dos fatos.

Antigamente se entendia que as leis podiam ser interpretadas puramente em abstrato e, ali, se estabelecer o seu sentido e alcance de modo definitivo.

Na interpretação constitucional contemporânea, é preciso levar em conta os fatos do mundo real e o impacto que eles produzem sobre o sentido e o alcance da norma. A norma pode ser válida em abstrato, mas quando você produz a norma concreta, que vai reger a hipótese, você constata que ela produz um resultado inconstitucional, porque incompatível com a Constituição.

Acho que este é o caso aqui. A norma é válida no plano abstrato, mas, em algumas de suas incidências, ela será inconstitucional.

Por que digo isso, Presidente? É preciso confrontar as normas em abstrato com as possibilidades e limites do mundo real. E, no mundo real, infelizmente, não existem legistas mulheres no Rio de Janeiro em quantidade suficiente para fazer cumprir a norma.

Na prática, o que tem ocorrido – como foi ressaltado pela Doutora Raquel Dodge na sua concisa, mas contundente sustentação –, o que tem ocorrido é a impunidade pela impossibilidade de se dar continuidade às investigações e consumir a persecução criminal pela ausência da perícia necessária. E, portanto, a Lei, que foi concebida para proteger a autonomia da vítima, acaba protegendo a impunidade do autor do crime. Portanto, ninguém pode achar que esta seja uma incidência legítima dessa Lei.

É claro que alguém poderia cogitar de se determinar a admissão de legistas mulheres em número suficiente para cumprir a Lei. E se nós estivéssemos em outro momento de realidade fiscal e social, eu talvez cogitasse dessa solução: determinar ao Estado do Rio de Janeiro que realizasse concurso para admissão de legistas mulheres. Mas, de novo,

ADI 6039 MC / RJ

olhando para a realidade fática, ninguém há de imaginar que, neste quadro de crise fiscal dramática do Estado do Rio de Janeiro, que já excede os gastos de pessoal, o Poder Judiciário pudesse determinar o incremento desses gastos.

Também aqui a realidade fática condiciona a interpretação jurídica possível. Mandar o Estado contratar nessas circunstâncias seria mais antijurídico ainda porque agravaria a violação à lei de responsabilidade fiscal, que já é vulnerada em muitos estados da federação. Portanto, de novo, aqui há normatividade dos fatos.

Presidente, por entender que a lei é válida no seu relato abstrato, eu não gostaria de puramente declará-la inconstitucional na parte em que determina que o exame seja feito por mulheres, porque acho que, sempre que seja possível, deve ser feito.

Por essa razão, pedindo todas as vênias ao Ministro Alexandre de Moraes, embora ache que o efeito prático seja muito próximo, eu estou aderindo à sugestão do Ministro Luiz Edson Fachin, com o complemento do Ministro Ricardo Lewandowski, portanto eu acho que, sempre que haja a possibilidade alternativa de se fazer com uma legista mulher, deve-se seguir esta possibilidade.

Eu até tinha cogitado – mas não gostaria de complicar mais a vida – que se pudesse determinar que a perícia fosse feita por legista mulher num hospital público ou no SUS, mas a investigação criminal já enfrenta tantas dificuldades que criar mais esse embaraço poderia ser contrário ao interesse público.

Eu devo dizer, Presidente, que eu tenho, no meu gabinete, majoritariamente, assessoras mulheres, portanto, ouvi todas sobre a questão da consensualidade ou não do exame. E o grupo ficou dividido entre as que achavam que era uma violência fazer esse exame, contra a vontade da menor, por um médico do sexo masculino; e a outra parte, igualmente expressiva, entendendo que a vítima era melhor protegida, inclusive de si mesma, com a realização do exame. Só para demonstrar que, mesmo entre mulheres esclarecidas e bem informadas, há visões diferentes sobre esse assunto, o que me chamou a atenção.

ADI 6039 MC / RJ

Mas nós estamos falando aqui de uma perícia médica, portanto, é preciso, como regra geral, confiar na ética médica e na postura do profissional de saúde que vai fazer o exame. A exceção é a conduta desviante. Portanto, eu acho que, onde não seja possível a realização por legista mulher, é legítimo que seja feito por legista do sexo masculino.

De modo, Presidente, que estou acompanhando a posição do Relator para interpretar conforme a Constituição esse § 3 do art. 1 da Lei nº 8.008 do Estado do Rio de Janeiro, para assentar que somente quando não seja possível o exame por legista do sexo feminino é que se realize por legista do sexo masculino.

É como voto.

13/03/2019**PLENÁRIO****MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, é muito bom votar depois do Ministro Luís Roberto porque ele faz a resenha de tudo o que já ocorreu no julgamento e me exime de ficar aqui a repetir. Trago voto escrito e requeiro a juntada aos autos.

Digo, desde logo, que também, como Sua Excelência, pedindo todas as vênias ao Ministro Alexandre, acompanho o eminente Relator, que, de maneira muito percuciente, equacionou a matéria.

Acompanho assim o Relator quando afasta a inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa. Entendo perfeitamente configurada a hipótese de competência concorrente, e essa compreensão decorre de preceito já bem destacado, art. 24, XI e XV, da Constituição Federal.

Por outro lado, a imposição de obrigatoriedade de as vítimas de estupro do sexo feminino serem examinadas por legista mulher quando menores de idade, embora em perfeita consonância com o Texto Constitucional – o Ministro Luís Roberto acabou de definir como uma hipótese de constitucionalidade em abstrato –, na verdade esbarra nos fatos, esbarra na realidade, vale dizer, na impossibilidade de que esses exames sejam feitos sempre por mulheres, o que termina por importar em proteção ao infrator, atingindo resultado diverso daquele que foi perseguido pela Lei.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministra Rosa, até porque pode ser que, depois de amanhã, haja legistas do sexo feminino em número suficiente, e, aí, a Lei pode ser cumprida regularmente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Entendo, por isso, e exatamente nessa linha, que a perícia deverá ser feita preferencialmente por legista mulher. Todavia, de forma alguma, podemos inviabilizar a realização desse crucial exame, porque a não realização virá justamente

ADI 6039 MC / RJ

em detrimento da vítima e em benefício do infrator.

Nessa linha, eu acompanho, na íntegra, o eminente Relator quanto à interpretação conforme que ele propõe.

É como voto, Presidente.

13/03/2019

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO**

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): 1. Senhor Presidente, reporto-me ao bem lançado relatório da lavra do eminente Ministro *Luís Edson Fachin*.

Apenas para concatenar as premissas do meu voto, digo que se trata, na hipótese, de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, buscando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º, § 3º (segunda parte), da Lei Estadual do Rio de Janeiro n. 8.008/2018, no ponto em que dispõe sobre a obrigatoriedade de as vítimas de estupro do sexo feminino serem examinadas por legista mulher, quando menores de idade.

O dispositivo impugnado tem a seguinte redação (destaquei a parte impugnada):

Art. 1.º. O Programa de atenção às vítimas de estupro visa a apoiar as vítimas e identificar provas periciais, que caracterizem os danos, estabelecendo nexos causal com o ato de estupro praticado. [...]

§3º Sempre que possível, a vítima do sexo feminino será examinada por perito legista mulher, exceto em caso de menor de idade do sexo feminino, que deverá ser, obrigatoriamente, examinado por legista mulher.

A autora assenta sua pretensão nos argumentos de que a disciplina legal questionada configura norma processual (art. 22, inciso I, da CRFB¹) e norma geral sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, inciso XI, da CRFB²), invadindo a competência legislativa da União. Sustenta, além disso, inconstitucionalidade material consistente em ofensa ao

1 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

2 Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XI - procedimentos em matéria processual;

ADI 6039 MC / RJ

direito de acesso à justiça por crianças e adolescente e aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta (arts. 5º, XXXV³, e 227⁴ da CRFB).

Forte nesses argumentos, formula pedido liminar de suspensão do dispositivo impugnado, aduzindo que o perigo na demora decorreria da recusa de peritos legistas homens em realizar exame em vítimas menores de idade do sexo feminino, desde o advento da lei estadual, gerando prejuízo à produção da prova em crimes sexuais envolvendo crianças e adolescentes do sexo feminino.

No mérito, postula:

Requer, ao final, que se julgue procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1.º-§3.º (segunda parte) da Lei estadual n.º 8.008/2018.

Na eventualidade de não ser reconhecida a nulidade da norma, requer-se, com fundamento nos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, seja fixada interpretação no sentido de que a segunda parte do art. 1.º-§3.º da Lei estadual n.º 8.008/2018 somente terá eficácia quando o Instituto Médico Legal do Rio de Janeiro possuir, no seu quadro de pessoal, número suficiente de peritos legistas mulheres para atender toda a demanda de perícia em crianças e adolescentes do sexo feminino vítimas de estupro no Estado. Requer, ao final, que se julgue procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1.º-§3.º (segunda parte) da Lei estadual

3 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: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

4 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 opressão. (...)

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

ADI 6039 MC / RJ

n.º 8.008/2018. Na eventualidade de não ser reconhecida a nulidade da norma, requer-se, com fundamento nos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, seja fixada interpretação no sentido de que a segunda parte do art. 1.º-§3.º da Lei estadual n.º 8.008/2018 somente terá eficácia quando o Instituto Médico Legal do Rio de Janeiro possuir, no seu quadro de pessoal, número suficiente de peritos legistas mulheres para atender toda a demanda de perícia em crianças e adolescentes do sexo feminino vítimas de estupro no Estado.

2. Bem ponderada a controvérsia constitucional, e presente a necessidade da presença dos requisitos da plausibilidade jurídica da pretensão deduzida e do perigo da demora, informadores da concessão de medida cautelar, concluo mereça ela apenas deferimento parcial, nos termos do voto do eminente Relator, somente para dar interpretação conforme à parte final do § 3º do art. 1º da Lei do Estado do Rio de Janeiro de nº 8.008/2018, no sentido de reconhecer que as crianças e adolescentes do sexo feminino vítimas de violência deverão ser, obrigatoriamente, examinadas por legista mulher, desde que não importe retardamento ou prejuízo da diligência, atribuindo à decisão excepcionais efeitos *ex tunc*, a fim de resguardar as perícias que porventura tenham sido feitas por profissionais do sexo masculino

A alegação de **inconstitucionalidade formal** por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, inciso I, CF/88) e sobre normas gerais de procedimento em matéria processual (art. 24, inciso XI, CF/88) nada colhe.

A norma questionada em absoluto legisla sobre processo penal, apenas especificando o **procedimento** de atuação dos profissionais responsáveis pela realização de perícias técnicas, nos casos envolvendo a prática de crimes sexuais contra vítimas do sexo feminino, estabelecendo mecanismo de resguardo da dignidade humana de crianças e adolescentes, enquanto indivíduos em desenvolvimento especialmente protegidos pela Constituição Federal (art. 227).

ADI 6039 MC / RJ

Sem dúvida, em juízo de cognição sumária, não vislumbro a **inconstitucionalidade material** da norma nos limites propugnados. Os vetores principiológicos que compõem o regime jurídico protetivo das crianças e dos adolescentes, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, apontam para a necessidade de sua proteção integral e para a priorização de seus direitos, impondo ao Estado um papel ativo em defesa de tais direitos. Transcrevo o teor do artigo 227 do texto constitucional:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, **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 opressão. (Destaquei)

A prioridade imposta pela norma constitucional está a indicar um juízo de ponderação realizado pelo próprio constituinte, do qual resultou a precedência *prima facie* dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo em conta sua especial condição de indivíduos em formação. Nesse contexto, a norma questionada concretiza o regime de especial proteção constitucional, impondo ao Estado a adoção de tratamento diferenciado a crianças e adolescentes já vitimados em sua dignidade de modo atroz pelos atos criminosos a que submetidos. Dito de outro modo, exige um papel ativo do Estado para impedir, na maior medida possível, o agravamento do situação de vilipêndio dos direitos das vítimas.

3. Apesar disso, a parte autora demonstrou que a incidência concreta da norma questionada pode gerar perplexidades, em vista da realidade fática vivenciada no espaço territorial de sua incidência. No particular, a narrativa inicial descreveu o inquietante cenário gerado com a entrada em vigor da norma contestada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro:

ADI 6039 MC / RJ

Assim que a norma entrou em vigor, deparamo-nos com um caso tenebroso de estupro de uma menina de 11 anos. A lei estadual foi aplicada e o desfecho acabou sendo pior que o crime.

A menina foi levada a uma delegacia pela mãe, dizendo que o padrasto havia ejaculado nela. Lá só havia um perito homem, que se recusou a fazer o laudo pro causa da nova lei. Portanto, não foi possível fazer o exame de corpo de delito.

Mãe e filha rodaram por quilômetros madrugada adentro, e nem mesmo no hospital conseguiram fazer o exame — médicos de hospitais não podem fazer perícia técnica. Receberam até mesmo uma recusa por escrito, sempre sob o argumento de que a Lei estadual 8.008/18 veda a atuação do perito do sexo masculino em vítima menor de idade de sexo feminino em casos de estupro.

No desespero, a mãe se retirou da delegacia. Certamente foi para casa, juntamente com uma prova essencial para a materialidade delitiva. E não foi possível coletar o material.

(...) No caso concreto, a criança apresentava sinais indicativos de fluido em suas pernas, compatível com a aparência de sêmen. Diante de tal circunstância, a providência salutar é a coleta desse material — certamente rico em material genético — durante o exame de corpo de delito, à luz do artigo 158, do CPP, que deverá ser acautelado para exame laboratorial, conforme o artigo 170 do CPP. Mas, com a recusa dos peritos e dos médicos, isso não foi possível.

Em arremate, assentou a eminente Procuradora-Geral da República:

Sabe-se, ainda, que o Instituto Médico Legal do Estado do Rio de Janeiro está em situação precária. Além da falta de insumos básicos e mesmo de serviço de limpeza, não há, no quadro de pessoal, número suficiente de peritos criminais e legistas. O baixo número de mulheres peritas, ademais, inviabiliza o atendimento nos termos da Lei estadual n.º 8.008/2018, prejudicando as crianças e adolescentes do sexo feminino que necessitam de exame pericial para comprovar a materialidade do crime de estupro por elas sofrido.

ADI 6039 MC / RJ

A realidade fática revela o baixo número de legistas mulheres no Estado do Rio de Janeiro, o que repercute gravemente sobre a própria capacidade dos atores do sistema de justiça penal em coletar e produzir provas técnicas imprescindíveis ao descortino de crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes do sexo feminino. Nesse contexto, a norma protetiva, em sua incidência concreta, pode gerar um déficit de amparo dos direitos que pretende tutelar.

O efeito prático daí decorrente é extremamente grave e não pode ser ignorado na análise da constitucionalidade da norma. É preciso, pelo contrário, compatibilizar as possíveis incidências da norma protetiva com a regra subsidiária prevista no artigo 159, § 1º, do Código de Processo Penal, a fim de que a perícia técnica em vítimas de crimes sexuais do sexo feminino possam ser realizadas por *duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame*, quando verificada a falta de perita oficial do mesmo sexo. Daí minha adesão ao voto do eminente Relator, no sentido da concessão de interpretação conforme à constituição, no ponto, de modo que a realização de perícia por legista mulher seja tida como preferencial, e em absoluto se inviabilize o exame – o que viria em benefício do infrator, e não da vítima –, na hipótese, *v.g*, por carência de quadro, da impossibilidade de ser efetuada por legista mulher.

É o voto.

13/03/2019**PLENÁRIO****MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO****VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, depois de tantas falas profundas, torna-se mais fácil partir imediatamente para o voto.

Eu entendo, Senhor Presidente, também, que não há inconstitucionalidade formal, não só porque a Lei é procedimental, mas, se nós analisarmos a essência da Lei, ela é uma lei voltada à proteção da criança e do adolescente. Nós até abordamos isso no caso da revista íntima, onde verificamos que a proibição de revista íntima poderia, sim, ser estabelecida por lei estadual, na medida em que ela não feria, em essência, nenhuma lei federal; era uma lei salutar que não violava, de forma alguma, competência nenhuma da União e nem afrontava lei federal. Então, é uma lei essencialmente de proteção à criança e ao adolescente, proteção essa que veio consagrada na Constituição, e a própria Constituição estabelece que cabem a todos os entes da Federação a guarda da Constituição. Isso é um caso típico de guarda da Constituição, notadamente no que toca à criança e ao adolescente.

Por outro lado, Senhor Presidente, é absolutamente inequívoco que o número de peritas mulheres é bem menor do que o dos peritos homens, tanto é assim que o próprio art. 249 do Código de Processo Penal admite, no caso da busca e apreensão, a busca nas mulheres por peritos do sexo feminino, desde que seja possível. E aqui a sistemática é exatamente a mesma.

A minha preocupação é que a solução seja inconstitucional em decorrência do princípio da proteção deficiente encartado no princípio da razoabilidade. Isso porque o número reduzido de peritas é infinitamente menor do que o número de casos de violência sexual contra menor. Evidentemente que não se vai consultar a menor sobre qual é o perito da sua preferência, mas acontece que a violação pior já aconteceu

ADI 6039 MC / RJ

anteriormente, que foi o delito sexual. E o perito vai atuar como se fosse um médico, com essa postura a que se referiu o Ministro Barroso.

E entre as próprias mulheres, como também aqui foi assentado, há um desacordo moral, como se elas pudessem ser, digamos assim, periciadas por homens e por mulheres. Tanto quanto me consta, o número de ginecologistas homens é bem maior do que o número de ginecologistas mulheres. E isso não causa nenhum transtorno às pessoas do sexo feminino.

A solução do Ministro Fachin é boa, muito boa, como sempre, mas eu entendo que a Lei diz mais do que ela queria; ela poderia dizer menos, porque, ao assentar que, sempre que possível, a perícia nesses casos será feita por peritos do sexo feminino, isso já resolveria a questão.

Então, eu declararia a inconstitucionalidade com redução de texto, tirando essa segunda parte do "obrigatoriamente". Porque menor mulher é do sexo feminino, mulher maior é do sexo feminino. Então, sempre que possível, a mulher do sexo feminino...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Vossa Excelência me permite? Parece-me que, neste caso, a exceção protege a menor, não é apenas, como se tem, a vítima do sexo feminino. Deu-se uma proteção à menina, à menor, à adolescente, então acho que há uma diferença.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas essa proteção, no meu modo de ver, é deficiente, porque o número de casos de violência sexual...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim, eu apenas estou dizendo que, se tirar essa segunda parte, esta proteção específica à menina, à jovem, à adolescente, fica distinta quando deixamos a norma expondo apenas a vítima do sexo feminino, porque a maturidade, inclusive psicológica, não apenas cronológica, de uma mulher é diferente, e a gente sabe o que é adolescente, homens e mulheres, imagina da menina que tenha sofrido uma violência dessa natureza.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A declaração, Ministro Fux, de inconstitucionalidade impede que, amanhã, havendo número de legistas mulheres suficientes, você cumpra obrigatoriamente a norma.

ADI 6039 MC / RJ

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, porque aí sempre será possível.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas aí você vai ter retirado o "obrigatoriamente".

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas, sempre que possível, será feita por perita do sexo feminino. Então isso aí será possível e a perícia será feita. Agora, no meu modo de entender, essa solução - muito bem sugerida pelo Ministro Fachin -, no estágio atual, gera uma solução inconstitucional, porque o número de atos atentatórios às mulheres e até mesmo às menores é muito maior que o número de peritas. Então esta solução "*sempre que possível, pessoas do sexo feminino serão examinadas por peritas do sexo feminino*" engloba mulheres e meninas.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Fux, esse foi exatamente o meu posicionamento, ou seja, retira o "obrigatoriamente" e vale o "preferencialmente" para todas as mulheres.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sempre que possível. Quando tiver concurso, sempre será possível.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Senão, nós vamos ter o problema prático de quem vai analisar os limites de todas as possibilidades, e não no "preferencialmente" para todas as mulheres. É exatamente esse o meu posicionamento.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E outra coisa, o pior já aconteceu, que foi a violência sexual.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Então, só para compreensão da Presidência, o Ministro **Luiz Fux** e, agora, pelo que disse, o Ministro **Alexandre de Moraes** suspendem a segunda parte da norma.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu tinha dito isso antes já.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Sim.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu suspendo o "obrigatoriamente", fica "preferencialmente".

ADI 6039 MC / RJ

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Por outros fundamentos, acompanho o Ministro-Relator, mas com essas observações.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Está bem.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Acompanha a divergência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, mas defiro a cautelar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Porque o Ministro-Relator interpreta conforme a Constituição; o Ministro Alexandre declarou a inconstitucionalidade do "obrigatoriamente". Então há posições diferentes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas ambos concedem a cautelar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O Ministro Alexandre suspenderia o "obrigatoriamente".

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - O "obrigatoriamente", aplicando o "preferencialmente" para todas as mulheres.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E o Ministro Fachin suspende qualquer outra que não seja a interpretação no sentido de que será preferencialmente enquanto essa situação prevalecer. Acho que é isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Agradeço ao Ministro **Luiz Fux**.

13/03/2019**PLENÁRIO****MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO****VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, começo por também elogiar Vossa Excelência, como fez o Ministro Alexandre de Moraes, por ter pautado este, que é um tema realmente que preocupa não apenas no Rio, mas em outros Estados, nos quais também se tentou estabelecer norma parecida. E também à Doutora Raquel Dodge, pela sustentação e pela arguição.

Peço vênia ao Ministro Alexandre de Moraes, porque não vislumbro qualquer inconstitucionalidade formal. Parece-me que, aqui, é procedimento e forma de prestação de um serviço imprescindível. E também não vejo como exclusivo, por vício de iniciativa, o que seria, segundo Sua Excelência, uma invasão de competência.

Também não vislumbro, Presidente, inconstitucionalidade material, no que se refere, como bem posto pelo Ministro Barroso, à norma em abstrato. Necessariamente, nós fazemos controle de constitucionalidade de norma, que seria em abstrato. A novidade, aqui, é que a norma em abstrato não parece conter - pelo menos no que se põe pela maioria até agora - uma inconstitucionalidade material, porém, a aplicação da norma em face de dados da realidade, incontornáveis neste momento, é que tem gerado uma inconstitucionalidade por outro direito, que é o do acesso à Justiça, que não estaria sendo devidamente protegido, acobertado.

Nesse sentido, é que também tenho como inválida a obrigatoriedade que leva ao não cumprimento da realização do exame, que é necessário para que se chegue à imputação e ao eventual processamento do responsável, do agressor, mas, neste caso, apenas chamo a atenção para a circunstância de que não é apenas a intenção da norma que precisa ser valorizada, a própria norma gera uma situação nova. E acho que isso é importante até para vencer uma situação de muito preconceito, que sofrem não apenas as pessoas que passam por esse tipo de experiência,

ADI 6039 MC / RJ

mas a própria vítima, que tem até medo de ir ao médico-perito. Por isso é que foram criadas delegacias de mulheres, por isso é que vão sendo criadas outras situações.

E entendo, Ministro Alexandre, que o preconceito é enorme contra nós mulheres e falo de cátedra!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu concordo plenamente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Apenas para chamar a atenção, não tenho dúvidas de que é de pleno conhecimento isso, mas o sofrimento que o preconceito impõe e, em situações como essa, a gente vê pessoas se perdendo por absoluta incapacidade até de superação. Então, quando Vossa Excelência afirma que, daqui a pouco, alguém vai cogitar de ser julgado só por mulheres, não é o caso, porque, como Vossa Excelência mesmo enfatizou, o princípio da razoabilidade é que há de nortear esse tipo de situação. Acho que aqui foi voltado para isso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Sim, Ministra Cármen, mas é o caso, porque, em vários Estados, já há projetos de lei apresentados por deputados nesse sentido. Então, é a vida como ela é! A vida real!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E a vida como ela é, é feita por nós: uma sociedade preconceituosa, discriminatória, como a nossa, nós que fizemos. Há um poeta francês, poeta da negritude, o Damas, que diz sobre nós, os que sofrem preconceito:

*Nous les chiens
nous les rien
qu'attendons-nous
de cette vie
stupide et bête
qui nous est faite*

O que nós podemos esperar dessa vida que nos é entregue e que, se a gente não mudar, vai continuar para sempre preconceituosa, discriminatória, violenta contra cada uma de nós? Violenta, porque - Vossa Excelência haverá de estar no CNJ e o hoje Presidente sabe disso,

ADI 6039 MC / RJ

quando trabalhamos - desde a gestão da Ministra Ellen e do Ministro Gilmar foram criadas as coordenadorias de mulher, e isso foi objeto de deboche e ainda há hoje. Trabalho permanentemente com juízes das poucas varas que ainda temos no Brasil, especializadas, tanto de Infância, quanto de combate à violência doméstica, e sabemos o que se passa ali dentro de preconceito ao vivo.

Se não mudarmos, se não criarmos situações, essa *vie stupide et bête qui nous est faite* continuará por muito tempo. Por isso é que a norma em si, como diz o Ministro Barroso, em abstrato, não nos parece objeto de discriminação.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Mas acho que é importante deixar claro, como também o Ministro Barroso salientou, que não pode existir um preconceito *a priori* dos médicos legistas homens.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Nem estamos a dizer isso. Estamos dizendo que o que há é uma realidade.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Como o Ministro Fux levantou, há muito mais ginecologistas homens do que mulheres.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Há muito mais médicos no Brasil, porque há muito mais...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Também nós temos que analisar a realidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Claro! Uma realidade que aí está.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Há preconceito? Há, mas o fato, simplesmente, de um homem realizar a perícia em uma mulher não significa preconceito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, não se a gente considerar o lado do médico, mas, aqui, nós estamos considerando o lado da vítima e, como se põe, a vítima que, muitas vezes - e bem disse o Ministro Barroso -, mesmo em uma conversa entre mulheres, entre nós mulheres, não há qualquer preconceito a que se tenha o atendimento pelo homem.

ADI 6039 MC / RJ

O que nós estamos dizendo, neste caso, é que a norma, em abstrato, buscou uma modificação de uma situação que, a partir de dados - e agora os dados contrários, da realidade, por isso estamos dando essa interpretação conforme -, comprovou o desconforto ou o maior conforto da vítima, eventualmente, com o atendimento de alguém que tenha essa empatia por uma questão de imaginar que a outra é capaz de compreender.

E, por isso mesmo, é que nós não estamos - pelo menos eu que estou já adiantando, acompanhando o Relator – não excluindo a norma nem suspendendo os efeitos por ela produzidos, mas a obrigatoriedade, apenas isso, para dizer que essa condição advém de uma circunstância fática, também vista de um lado. Claro que, diante de uma circunstância como essa, Vossa Excelência bem acentua, temos a maioria de médicos ginecologistas homens, temos a maioria de médicos homens no Brasil, pela singela circunstância de que pouquíssimas mulheres, até as décadas de 50 e 60, chegavam até às faculdades. No Direito também e em todos os campos de conhecimento chegamos há muito pouco tempo, relativamente pouco tempo na história da humanidade, a conseguir atingir os cargos. É isso.

Mas de toda a sorte, com todo o respeito, e sabendo bem que, como Vossa Excelência mesmo enfatizou, como ex-Secretário de Segurança, teve os dados concretos para saber que, diante disso, melhor dar preferencialidade que simplesmente excluir uma situação de não realização desses exames, o que seria realmente ruim.

Por isso, Presidente, estou acompanhando o Relator, com as vênias do Ministro Alexandre, no que se refere tanto à sustentação de uma inconstitucionalidade material quanto à exclusão do termo obrigatoriedade.

É como voto, Presidente, acompanhando, portanto, o Relator.

13/03/2019

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO**

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de ADI proposta pela Procuradoria-Geral da República – PGR contra a Lei Estadual 8.008/2018, do Estado do Rio de Janeiro, que, ao instituir o Programa de Atenção às Vítimas de Estupro, estabeleceu a obrigatoriedade de as vítimas do sexo feminino menores de idade serem examinadas por perito legista mulher.

O dispositivo impugnado está assim redigido:

“Art. 1º [...]

§ 3º: Sempre que possível, a vítima do sexo feminino será examinada por perito legista mulher, **exceto em caso de menor de idade do sexo feminino, que deverá ser, obrigatoriamente, examinado por legista mulher**” (Grifei).

A requerente arguiu ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito processual e à sua competência para legislar sobre normas gerais de procedimentos em matéria processual, bem como inconstitucionalidade material, malferindo direitos e garantias das crianças e adolescentes de acesso à Justiça, proteção integral e prioridade absoluta. O pedido ficou assim formulado:

“É caso de concessão de medida cautelar, até por decisão monocrática do(a) Ministro(a) relator(a), para suspender os efeitos do art. 1.º-§3.º (segunda parte) da Lei estadual n.º 8.008/2018 até o julgamento definitivo desta ação. A plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni juris*) está suficientemente demonstrada nesta petição inicial. O perigo na demora processual (*periculum in mora*) está configurado na

ADI 6039 MC / RJ

notícia de que peritos legistas homens, no Estado do Rio de Janeiro, têm se recusado a examinar crianças e adolescentes do sexo feminino vítimas de estupro, prejudicando a coleta da prova da materialidade e da autoria do crime.

Nota-se que, com a suspensão da segunda parte do art. 1.º-§3.º da Lei estadual n.º 8.008/2018, prevalecerá a regra de que “sempre que possível, a vítima do sexo feminino será examinada por perito legista mulher” (primeira parte do art. 1.º-§3.º da Lei estadual n.º 8.008/2018 – grifei), suficiente para proteger todas as mulheres, adultas, crianças e adolescentes, sem que haja retardamento ou prejuízo da perícia.

Requer, ao final, que se julgue procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1.º-§3.º (segunda parte) da Lei estadual n.º 8.008/2018.

Na eventualidade de não ser reconhecida a nulidade da norma, requer-se, com fundamento nos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, seja fixada interpretação no sentido de que a segunda parte do art. 1.º-§3.º da Lei estadual n.º 8.008/2018 somente terá eficácia quando o Instituto Médico Legal do Rio de Janeiro possuir, no seu quadro de pessoal, número suficiente de peritos legistas mulheres para atender toda a demanda de perícia em crianças e adolescentes do sexo feminino vítimas de estupro no Estado”.

É o breve relatório. Decido.

Bem examinados os autos, rejeito a alegação de ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito processual por entender que incide, no caso, o disposto no art. 24, XI da Constituição, segundo o qual “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual”, o qual resguarda a iniciativa estatal em aspecto que, a meu ver, não invade a seara das normas gerais de competência da União.

Uma questão inquietante diz respeito à possível infração ao art. 61,

ADI 6039 MC / RJ

inc. II, *a* e *c*, da Constituição. Este aspecto deverá ser resolvido, porém, quando da apreciação do mérito desta ação. Por enquanto, em sede de liminar, acredito que podemos projetar para o futuro essa discussão.

Neste momento processual, entendo que, a despeito das virtudes da lei, ela tem pode provocar situações de violação ao direito das vítimas, que não têm sido atendidas pela ausência de número suficiente de legistas mulheres. Transcrevo o trecho citado pela PGR em sua inicial, de autoria de Delegado de Polícia do Estado do Rio de Janeiro:

“Assim que a norma entrou em vigor, deparamo-nos com um caso tenebroso de estupro de uma menina de 11 anos. A lei estadual foi aplicada e o desfecho acabou sendo pior que o crime.

A menina foi levada a uma delegacia pela mãe, dizendo que o padrasto havia ejaculado nela. Lá só havia um perito homem, que se recusou a fazer o laudo por causa da nova lei. Portanto, não foi possível fazer o exame de corpo de delito.

Mãe e filha rodaram por quilômetros madrugada adentro, e nem mesmo no hospital conseguiram fazer o exame — médicos de hospitais não podem fazer perícia técnica. Receberam até mesmo uma recusa por escrito, sempre sob o argumento de que a Lei estadual 8.007/18 veda a atuação do perito do sexo masculino em vítima menor de idade de sexo feminino em casos de estupro.

No desespero, a mãe se retirou da delegacia. Certamente foi para casa, juntamente com uma prova essencial para a materialidade delitiva. E não foi possível coletar o material.”¹

Suprimindo-se a parcela impugnada do dispositivo legal, prevalecerá a primeira parte do artigo, que estabelece a preferência pelo atendimento por legista mulher, que é suficiente para proteger as vítimas

1 Texto disponível na íntegra em:
 <http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=21000>. Acesso: 11 de março de 2019.

ADI 6039 MC / RJ

de estupro do sexo feminino, em qualquer idade, sem que haja riscos de inviabilização da prova pericial.

Ressalto que interpreto o “preferencialmente” da seguinte forma: se houver legista mulher na unidade de atendimento para a qual a vítima se dirigiu inicialmente, será ela que irá atender a referida vítima; não havendo legista do sexo feminino, a vítima poderá escolher entre ser atendida por um homem ou, alternativamente, deslocar-se a uma unidade que disponha de legista mulher.

Assim, diante da noticiada inviabilidade de apuração de crimes praticados contra crianças do sexo feminino, pela ausência de legistas mulheres em número suficiente para dar conta da demanda no Estado, estaria configurada a ofensa aos princípios invocados pela PGR de acesso à Justiça, proteção integral e prioridade absoluta.

Ante o exposto, acompanho o relator para deferir a medida cautelar tão somente para dar interpretação conforme à parte final do § 3º do art. 1º da Lei do Estado do Rio de Janeiro 8.008/2018, no sentido de reconhecer que as crianças e adolescentes do sexo feminino vítimas de violência deverão ser, obrigatoriamente, examinadas por legista mulher, desde que não importe retardamento ou prejuízo da diligência.

Acompanho Sua Excelência também na atribuição de efeitos *ex tunc*, a fim de resguardar as perícias que porventura tenham sido feitas por profissionais do sexo masculino.

13/03/2019

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO**

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Procuradora-Geral da República, em face do artigo 1º, § 3º (segunda parte), da **Lei Estadual 8.008/2018-RJ**, que, ao instituir o Programa de Atenção às Vítimas de Estupro, estabelece a obrigatoriedade de as vítimas de estupro do sexo feminino menores de idade serem examinadas por perito legista mulher.

A Procuradora-Geral da República requer a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos do artigo 1º, § 3º (segunda parte), da Lei Estadual 8.008/2018 até o julgamento definitivo desta ação.

A AGU apresentou parecer pelo deferimento da medida cautelar pleiteada pela requerente.

É o breve relatório.

Voto: Eis o teor do dispositivo impugnado nesta ação:

“LEI N. 8.008, DE 28 DE JUNHO DE 2018

INSTITUI O PROGRAMA DE ATENÇÃO ÀS VÍTIMAS DE ESTUPRO, COM OBJETIVO DE DAR APOIO E IDENTIFICAR PROVAS PERICIAIS.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Faço saber que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º. O Programa de atenção às vítimas de estupro visa a apoiar as vítimas e identificar provas periciais, que

ADI 6039 MC / RJ

caracterizem os danos, estabelecendo nexo causal com o ato de estupro praticado.

§1.º. O Programa será implantado nas Delegacias de Polícia, inclusive nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAM), Delegacia de Proteção do Adolescente (DPCA)/ Delegacia da Criança e do Adolescente Vítima (DCAV) e IML (Instituto Médico Legal), em ação conjunta com os Centros Integrados de Atendimento à Mulher (CIAM's) e com os Centros de Referência de Atendimento à Mulher do Estado do Rio de Janeiro.

§2.º. A equipe será constituída por profissionais peritos, do quadro do funcionamento público, com capacitação técnica para o necessário estabelecimento do nexo de causalidade.

§3.º. Sempre que possível, a vítima do sexo feminino será examinada por perito legista mulher, **exceto em caso de menor de idade do sexo feminino, que deverá ser, obrigatoriamente, examinado por legista mulher**".

A Procuradora-Geral da República sustenta, em síntese: a) **inconstitucionalidade formal**: ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal (artigo 22, inciso I, da CF) e à competência da União para legislar sobre normas gerais de procedimentos em matéria processual (artigo 24, inciso XI, da CF); e b) **inconstitucionalidade material**: ofensa ao direito das crianças e dos adolescentes de acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, da CF) e aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta (artigo 227 da Constituição).

A Constituição Federal estabelece no artigo 22, inciso I, a competência privativa da União para legislar sobre direito penal e processual. No artigo 24, inciso XI, fixa a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre procedimentos em matéria processual.

ADI 6039 MC / RJ

No julgamento da ADI 2.922, de minha relatoria, o Pleno do STF reconheceu a importância da competência dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre procedimentos em matéria processual, por possibilitar que *“novas e exitosas experiências sejam formuladas”*.

Cito trechos do voto por mim proferido:

“A controvérsia constitucional cinge-se a saber se a Lei nº 1.504/1989, do Estado do Rio de Janeiro, trata de matéria relativa a direito civil e a direito processual civil e, portanto, padece de inconstitucionalidade formal, por violação ao art. 22, inciso I, da Constituição Federal.

O Estado do Rio de Janeiro alega que, por meio da referida lei, estaria exercendo competência legislativa meramente suplementar, nos termos do art. 24, § 2º, da Constituição Federal.

Da leitura da norma impugnada, verifica-se que o referido diploma, ao tratar da homologação de acordo, realmente estabelece um modelo procedimental complementar à sistemática processual dos Códigos Civil e de Processo Civil.

Ainda que a legislação do Estado do Rio de Janeiro verse sobre homologação de acordo na prestação alimentícia, que inclui matérias que dizem respeito ao direito civil e processual civil, de competência privativa da União, não vislumbro vício formal e violação da estrutura de divisão de competências legislativas.

A apreciação da diferença entre meramente definir critérios procedimentais, e, portanto, estar subsumido à competência concorrente prevista no art. 24, XI e XII da Constituição Federal, e regular matéria de direito civil e processo civil, cuja competência é privativa da União, é tarefa que deve ser cuidadosamente realizada.

Processo é o instrumento pelo qual o Estado presta a jurisdição, ao passo que procedimento é a forma como o processo é desenvolvido e executado. O direito processual

ADI 6039 MC / RJ

cuida da unidade, da série de atos pelos quais se dá a prestação jurisdicional. O procedimento, por sua vez, é a ordem como esses atos serão desenvolvidos, tem relação com sua dinâmica, incluindo-se aí o modo de postular, a estrutura da petição inicial, o modo como serão colhidas provas admitidas pela legislação processual.

Na estrutura federativa brasileira, coube à União estabelecer privativamente normas processuais, válidas uniformemente em toda a Federação. À própria União, Estados e Distrito Federal foi concedida a competência concorrente de, utilizando-se de certo grau de autonomia, criar regras procedimentais para melhor execução da legislação processual federal.

Os Entes federativos, portanto, têm a prerrogativa de definir a forma como a matéria processual será executada, de acordo com a maneira que julgar ser mais adequada para atender suas peculiaridades, consoante art. 24, §3º, da Constituição Federal.

Assim, a Constituição Federal, ao incluir ao rol das competências concorrentes a edição de leis que versem sobre *procedimentos em matéria processual*, garantiu a preservação do poder de os Entes federativos editarem normas que atendam aos seus anseios e características locais, adequando o modo como se desenvolve o processo à sua realidade. Essa previsão está calcada em um princípio basilar do sistema federativo, que é o respeito ao pluralismo federal”.

Eis a ementa desse julgado:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei Estadual que disciplina a homologação judicial de acordo alimentar firmado com a intervenção da Defensoria Pública (Lei 1.504/1989, do Estado do Rio de Janeiro). 3. O Estado do Rio de Janeiro disciplinou a homologação judicial de acordo alimentar nos casos específicos em que há participação da Defensoria Pública, não estabelecendo novo processo, mas a forma como este será

ADI 6039 MC / RJ

executado. Lei sobre procedimento em matéria processual. 4. A prerrogativa de legislar sobre procedimentos possui o condão de transformar os Estados em verdadeiros ‘laboratórios legislativos’. Ao conceder-se aos entes federados o poder de regular o procedimento de uma matéria, baseando-se em peculiaridades próprias, está a possibilitar-se que novas e exitosas experiências sejam formuladas. Os Estados passam a ser partícipes importantes no desenvolvimento do direito nacional e a atuar ativamente na construção de possíveis experiências que poderão ser adotadas por outros entes ou em todo território federal. 5. Desjudicialização. A vertente extrajudicial da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública permite a orientação (informação em direito), a realização de mediações, conciliações e arbitragem (resolução alternativa de litígios), entre outros serviços, evitando, muitas vezes, a propositura de ações judiciais. 6. Ação direta julgada julgada improcedente”.

No âmbito da competência concorrente, cabe à União legislar sobre as normas gerais sobre procedimentos em matéria processual, restando aos Estados e ao DF a competência suplementar.

As normas sobre procedimentos em matéria processual editadas pelos Estados e pelo DF, além de respeitar as normas gerais estabelecidas pela União, não podem interferir no direito processual.

Nesse juízo preliminar próprio das cautelares (juízo de cognição sumária), entendo, como bem ressaltou o eminente relator, que o dispositivo ora impugnado não restringe normas federais sobre procedimento e nem interfere em matéria processual.

Examino, então, a apontada inconstitucionalidade material.

Entendo presentes os requisitos autorizadores da concessão do

ADI 6039 MC / RJ

pedido de medida cautelar.

O *fumus boni juris* e o *periculum in mora* estão suficientemente demonstrados na petição inicial.

A PGR sustenta que, ao dificultar a realização da perícia, a lei estadual não apenas embaraça a investigação criminal e gera risco de anulação de feitos – e, conseqüentemente, de impunidade –, mas, principalmente, prejudica as crianças e os adolescentes do sexo feminino, que têm direito à especial e integral proteção do Estado, bem como à prioridade absoluta (artigo 227, *caput*, da Constituição).

Na prática, os peritos legistas do sexo masculino estariam se recusando a realizar exames periciais em crianças e adolescentes do sexo feminino vítimas de violência sexual, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, inviabilizando a coleta de material indispensável à configuração da materialidade dos referidos crimes.

A referida lei, portanto, estaria dificultando o acesso das vítimas à justiça.

Observa-se, ainda, que os vestígios nos crimes sexuais devem ser coletados o quanto antes, pois não se perpetuam no tempo.

Ainda, deferida a medida cautelar nos termos solicitados, subsistirá a regra de que “*sempre que possível, a vítima do sexo feminino será examinada por perito legista mulher*” (primeira parte do artigo 1º, § 3º, da Lei 8.008/2018), suficiente para proteger todas as mulheres, adultas, crianças e adolescentes, sem que haja retardamento ou prejuízo da vítima.

Presidente, também vou acompanhar integralmente o Ministro-Relator porque, de certa forma, atende à objeção levantada pelo Ministro Alexandre.

ADI 6039 MC / RJ

De fato, na redação do texto, especialmente naquilo que se tem o advérbio obrigatoriamente, poderíamos chegar a um extremo de, ao invés de proteção, termos uma subproteção, a proteção insuficiente, como já apontada agora pelo Ministro Fux.

Mas isso já está atendido na interpretação conforme, que propõe Sua Excelência, o que, de fato, no caso da menor de idade do sexo feminino, exige-se que o exame seja obrigatoriamente feito por legista mulher, o que sabidamente não pode ser atendido.

Havendo outro tipo de encaminhamento, poderemos nos pronunciar no outro sentido quando do mérito da questão. Mas estou convencido de que o Relator contemplou todas as variantes a propósito da aplicabilidade da norma e as resolveu na interpretação conforme.

Ante o exposto, acompanho o relator e voto pela concessão da medida cautelar tão somente para dar interpretação conforme à parte final do § 3º do artigo 1º da Lei do Estado do Rio de Janeiro 8.008/2018, no sentido de reconhecer que as crianças e adolescentes do sexo feminino vítimas de violência deverão ser, obrigatoriamente, examinadas por legista mulher, desde que não importe retardamento ou prejuízo da diligência, atribuindo à decisão excepcionais efeitos *ex tunc*, a fim de resguardar as perícias que porventura tenham sido feitas por profissionais do sexo masculino.

É como voto.

13/03/2019**PLENÁRIO****MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.039 RIO DE JANEIRO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Constató que a Advocacia-Geral da União insiste em substituir-se à Procuradoria-Geral da República, colocando em segundo plano, totalmente, o que previsto no § 3º do artigo 103 da Constituição Federal. Aliás, a manifestação da Advocacia-Geral da União, em se tratando de impugnação a lei estadual, somente se justifica para atuar como curadora, como defensora do ato normativo.

Por outras palavras, a Procuradora-Geral da República, Doutora Raquel Dodge, apontou que o conteúdo da norma impugnada é politicamente correto. Mas não estamos a ser convocados nem para votar a partir de um feminismo barato, nem para votar levando em conta a perspectiva do politicamente correto. Somos convocados a nos pronunciar sobre a harmonia, ou não, do diploma, sob os pontos de vista formal e material, com a Lei das leis da República, com a Constituição Federal.

É irrecusável, pelo menos sob o meu convencimento, a articulação de vício formal considerados dois ângulos do diploma atacado. Sob o da competência, a lei do Estado do Rio de Janeiro acabou por alterar o Código de Processo Penal, no que disciplina perícia, e o faz de forma exaustiva, não deixando espaço para, sob o argumento de que se estaria no campo da procedibilidade, dispor-se a respeito. Alterou também, aditando, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mas há mais. O fez com repercussão no campo administrativo, no campo administrativo jungido ao Executivo local, porque, a prevalecer o diploma, o que se tem? Tem-se a obrigatoriedade de arremuneração, mediante concurso público, de legistas mulheres.

A lei peca em termos de conteúdo, tendo em conta princípio implícito na Constituição Federal, que é o da razoabilidade. Toda e qualquer distinção de gênero, para tratamento mais favorável a um dos sexos, é de início perniciosa. Em vez de o tratamento especial – parece

ADI 6039 MC / RJ

que não teremos mais machismo no Brasil – favorecer o sexo feminino, acaba prejudicando-o.

Peço vênia à maioria já formada, para acompanhar, de ponta a ponta – estamos nas pontas da bancada, à esquerda da Presidência – o voto proferido pelo ministro Alexandre de Moraes, deferindo a liminar, sob o ângulo do vício formal e também do material.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.039

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE. : CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - CREMERJ

ADV.(A/S) : LUCAS LAUPMAN FERRAZ LIMA (137567/RJ) E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu a medida cautelar tão somente para dar interpretação conforme à parte final do § 3º do art. 1º da Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 8.008/2018, no sentido de reconhecer que as crianças e adolescentes do sexo feminino vítimas de violência deverão ser, obrigatoriamente, examinadas por legista mulher, desde que não importe retardamento ou prejuízo da diligência, atribuindo à decisão excepcionais efeitos *ex tunc*, a fim de resguardar as perícias que porventura tenham sido feitas por profissionais do sexo masculino, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux e Marco Aurélio, que concediam a cautelar em maior extensão. Falou, pela requerente, a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 13.03.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário