

A COMUNIDADE LGBT NO SISTEMA CARCERÁRIO: A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

THE LGBT COMMUNITY IN THE PRISON SYSTEM: THE STATE RESPONSIBILITY

Regina Priscilla Werka Xavier de França¹

artigos
científicos

RESUMO

A presente pesquisa objetiva analisar a responsabilidade do Estado frente às represálias que presos pertencentes ao grupo LGBT possam vir a sofrer dentro do sistema carcerário brasileiro, em decorrência da omissão estatal, essencialmente, por não criar uma ala protetiva própria dentro das unidades prisionais. Primordialmente, será abordado um pouco de como é a realidade dos preconceitos enfrentados pela comunidade LGBT dentro das celas. Em sequência, será feita uma análise da atual situação do sistema penitenciário brasileiro para se ter um panorama de como funcionam as penitenciárias, além de demonstrar a essencialidade dessas alas protetivas para garantir que seus direitos sejam concretizados. Por fim, analisar-se-á a responsabilidade que incide sobre o Estado por ser omisso em garantir a integridade – tanto física quanto moral – desses presos com base em julgados e pesquisas doutrinárias, além de indagar pela sua omissão em não criar as alas em unidades prisionais. Essas responsabilizações serão analisadas com o intuito de garantir ao preso LGBT lesado a indenização devida pelos danos que lhe foram causados por conta dessas omissões estatais, as quais evidenciam o descaso do Poder Público frente a essa comunidade.

PALAVRAS CHAVES: Presos LGBT. Sistema Carcerário Brasileiro. Alas LGBT. Responsabilidade do Estado. Omissão. Indenização.

ABSTRACT

The present study intends to analyze the state's responsibility for reprisals that prisoners belonging to the LGBT group may suffer under Brazil's prison system, as a result of the state's omission, essentially, for not creating a protective cell in prison units. Primarily, we will discuss the reality of the prejudices faced by the LGBT community inside the cells. In sequence, an analysis of the current situation of the Brazilian prison system will be conducted in order to have an overview of how penitentiaries work, in addition to demonstrating the essentiality of these protective rooms to ensure that their rights are implemented. Finally, we will analyze the responsibility of the State for failing to guarantee the integrity - both physical and moral - of these prisoners based on judgements and doctrinal research, in addition to investigating their omission not to create wards in prison units. These responsibilities will be analyzed in order to guarantee the injured LGBT prisoner compensation for the damages caused to him by these state omissions, which demonstrate the negligence of the Government towards this community.

Keywords: LGBT prisoners. Brazilian Prison System. LGBT people. State responsibility. Omission. Indemnity.

¹ Acadêmica de Direito do UNICURITIBA- Paraná.

1. INTRODUÇÃO

O preconceito com a população LGBT ainda é fortemente marcada na nossa sociedade diariamente, mas quando se trata de um preso LGBT inserido no sistema carcerário brasileiro, a sua vulnerabilidade e ofensa a sua integridade são ainda maiores. Nesse sentido, é necessário fazer uma análise da realidade dessa classe na prisão, pois se existe discriminação fora das celas, dentro é demasiadamente pior.

Na pesquisa, será exposto como seus direitos são violados, em especial à sua dignidade humana - pressuposto constitucional-, tais como: agressões verbais, discriminações, abusos sexuais, limitações nas suas vestimentas e agressões físicas - sem contar os casos que podem chegar, até mesmo, a óbito.

Uma das alternativas que surgiram para tentar garantir os direitos desses presos dentro das unidades prisionais foi a adoção de alas exclusivas LGBT, um espaço protetivo com apenas presos dessa comunidade para lhes preservar sua dignidade.

No entanto, levando-se em consideração que poucos Estados no Brasil já adotaram a medida de criação de alas separadas, será feita uma análise de quais situações o Estado terá obrigação de indenizar eventuais represálias que esses determinados custodiados venham a sofrer, por conta de sua omissão específica.

Será analisado qual a responsabilidade incidirá nos casos dessas violações de direitos sofridas, subjetiva ou objetiva, com base em análises de julgados e entendimentos doutrinários, tendo em vista existir uma divergência muito grande na aplicação dessas teorias nos casos de responsabilização por omissão estatal.

Portanto, o embate a respeito de como é a realidade dos presos LGBTs nas penitenciárias justifica-se e apresenta-se pertinente pelo fato de que eles não conseguem ter um cumprimento de pena partilhado com os demais presos sem ter sua dignidade ameaçada ou ferida.

2. O PRESO LGBT

Primordialmente, é importante fazer uma diferenciação de todos os termos de orientação sexual, visto que erroneamente se usa a expressão “gay” como sinônimo que abrange todos os grupos que compõem a comunidade LGBT.

2.1. O QUE É “LGBT”?

A sigla LGBT é a mais popularmente utilizada pelo movimento social brasileiro e por muitas entidades governamentais, já que é a sigla mundialmente conhecida e utilizada. Inclusive, é a sigla que a ONU e a Anistia Internacional utilizam como padrão², já que pelo fato de o movimento ter se expandido, acabou acolhendo novas

2 NASCIMENTO, Fernanda e FOGLIARO, Débora. **LGBT, LGBTI, LGBTQ ou o quê?**. Revista Desacato, 24 de mar. de 2017. Disponível em: <http://desacato.info/lgbt-lgbti-lgbtq-ou-o-que/>. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

identidades que foram ganhando notório reconhecimento e, conseqüentemente, acabaram agregando novas siglas.

“LGBT” é a sigla que representa o nome do movimento social que inclui todas as pessoas que não se consideram heterossexuais ou que não se consideram cisgêneras³. Cada letra da sigla é utilizada para representar pessoas que são: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Transgêneros. Atualmente, a utilização mais completa da sigla é LGBTPQIA+. As novas letras e símbolo inclusos, representam respectivamente: “P”, Pansexuais; “Q”, Queer’s; “I”, Intersex; “A”, assexuais e o “+” que é o sinal utilizado para representar as outras pessoas que não se sintam incluídas em nenhuma dessas categorias mencionadas⁴.

2.2. REALIDADE DO APENADO LGBT

As carceragens por si só, propiciam um ambiente de convivência que instiga a violência entre os detentos. Somado a isso, levando-se em consideração que existe preconceito com relação a comunidade LGBT fora dos presídios, dentro é demasiadamente pior. São muitos os casos e relatos de represálias que estes presos já sofreram por conta da sua identidade de gênero, seja por castigos com espancamentos, torturas, moléstias, para que sejam tratados como uma moeda de troca entre outros presos ou que seja a discriminação proferida por atitudes e proibições, sem contar as verbais.

Em uma entrevista a Human Rights Watch, em 2014, um preso homossexual lotado na Casa de Detenção, em São Paulo, relatou a respeito de como os companheiros de cela heterossexuais os tratam, como o que segue:

Eles dizem que nós não temos dignidade, honra e direitos. Eles são orgulhosos de serem *homens*, bandidos; eles são durões...Eles nos vêm como objetos para serem usados. Se há uma rebelião, nós somos os que sofrem. Os guardas não têm controle da situação aqui dentro⁵.

Um outro preso, da mesma unidade prisional, acrescenta o seguinte:

Nós cumprimos duas sentenças aqui: uma imposta pelo juiz e outra imposta pelos prisioneiros. Nós não temos valor para eles. Ninguém presta atenção para a palavra de um homossexual. Eles nos deixam falar com eles até um certo ponto. Nenhum deles beberia do meu copo⁶.

A presidiária transexual Gabriela – seu nome fictício – estava lotada em um dos maiores presídios de São Paulo e conta um pouco de como foi sua estadia no presídio masculino:

3 VILELA, Lorraine. **Cisgênero e Transgênero**. Cisgêneras são pessoas que se identificam com o seu sexo biológico, ou seja, se a pessoa nasceu mulher, ela se identifica como uma mulher. Brasil Escola, [s.d]. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sexualidade/cisgenero-transgenero.htm>. Acesso em: 17 de nov. de 2019.

4 FERRAZ, Thaís. **Conheça a história do movimento pelos direitos LGBT**. Politize!, 28 de jun. de 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/lgbt-historia-movimento/>. Acesso em: 17 out de 2019.

5 BRASIL, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário. **Estimativa do “Déficit” de Vagas do Sistema Penitenciário do Brasil, dezembro de 1987**. Disponível em: https://www.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/fnotes3.htm#N_197_. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

6 BRASIL, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário. **Estimativa do “Déficit” de Vagas do Sistema Penitenciário do Brasil, dezembro de 1987**. Disponível em: https://www.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/fnotes3.htm#N_197_. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

“Na minha primeira noite na cadeia, fui mandada para uma cela com 12 homens. Fui estuprada aquela noite toda. Depois, ao longo da pena, era comum ser estuprada no banheiro⁷.” Além disso, comentou a respeito de uma rebelião que ocorreu no presídio, que além de ter sido alvo dos presos, acabou sendo bolinada por policiais: “Quanto à tortura física, a ex-detenta conta que, durante uma rebelião, foi usada como ‘escudo’ pelos detentos e, quando a polícia entrou no presídio, foi ‘torturada com choques nos genitais’ quando os policiais descobriram que ela era trans⁸”.

Os outros detentos acabam tendo uma impressão errada com relação aos presos que são homoafetivos e acreditam que só por este fato, são obrigados a ter relação com eles quando quiserem, e isso acaba fazendo com que eles se tornem uma moeda de troca para sexo entre outros presos⁹. Ou seja, eles não possuem controle sobre o seu próprio corpo, estando submetidos a regra dos demais companheiros de sexo quanto a sua integridade física, ofendendo bruscamente os seus direitos fundamentais.

Esse pensamento arcaico de muitos presos acaba refletindo na sua convivência com os presos LGBTs, onde acabam os discriminando em qualquer tipo de hábito de convivência, que se justificam com base em seu preconceito e ignorância. De acordo com informações publicadas no artigo “Discriminação nos presídios: Com pratos marcados e rejeitados por facções, presos LGBT sofrem com rotina de segregação¹⁰”, um homossexual não pode nem usar o mesmo prato ou o mesmo copo que um héterossexual use. Também não pode dividir o mesmo cigarro, visto que para eles, a boca do homossexual sempre está remetida a ideia de conotação sexual e sua boca seria impura. Além do mais, relata que não podem utilizar da mesma vassoura que é usada para varrer o pátio do presídio, pois é visto como um afrontamento pelos outros presos.¹¹

Os presos homossexuais tiveram alguns de seus direitos melhor respaldados através da Resolução Conjunta nº1¹², de 15 de abril de 2014, que lhes asseguram muitas garantias que antigamente, nem se cogitavam ter. A partir da sua divulgação, foi garantido aos presos o direito de: ser reconhecido pelo seu nome social, as presas transexuais serem transferidas para os presídios femininos, de vestir a roupa

7 G1, Portal GazetaWeb. **Estupro e tortura: relatório inédito do governo federal aponta o drama de trans**. Estudo mostra que pessoas LGBT+ são mais vulneráveis aos efeitos da precariedade do sistema prisional brasileiro. G1 GazetaWeb. Alagoas, 6 de fev. de 2020. Disponível em: <https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2020/02/estupro-e-tortura-relatorio-inedito-do-governo-federal-aponta-o-drama-de-trans-96632.php>. Acesso em: 18 de jun. de 2020.

8 G1, Portal GazetaWeb. **Estupro e tortura: relatório inédito do governo federal aponta o drama de trans**. Estudo mostra que pessoas LGBT+ são mais vulneráveis aos efeitos da precariedade do sistema prisional brasileiro. G1 GazetaWeb. Alagoas, 6 de fev. de 2020. Disponível em: <https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2020/02/estupro-e-tortura-relatorio-inedito-do-governo-federal-aponta-o-drama-de-trans-96632.php>. Acesso em: 18 de jun. de 2020.

9 KIEFER, Sandra. **Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação**. Artigo Estado de Minas. Minas Gerais, 25 de nov. de 2014. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais.593189/uma-questao-de-respeito.shtml. Acesso em: 4 de nov. 2019.

10 SOUZA, Felipe. **Discriminação nos presídios: Com pratos marcados e rejeitados por facções, presos LGBT sofrem com rotina de segregação**. BBC News Brasil. São Paulo, 27 de mar. de 2019. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47376077>. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

11 SOUZA, Felipe. **Discriminação nos presídios: Com pratos marcados e rejeitados por facções, presos LGBT sofrem com rotina de segregação**. BBC News Brasil. São Paulo, 27 de mar. de 2019. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47376077>. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

12 BRASIL, Congresso Nacional. Senado. Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014. **Conselho Nacional de Combate à discriminação**. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 de abril de 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx. Acesso em: 13 de ago. de 2020.

pena, tanto o é, que o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Lewandowski relatou algumas ofensas a dignidade dos detentos, como “a presença de ratos nas celas (e de presidiários com marcas de “mordidas de roedores”), esgoto a céu aberto dentro dos presídios e falta de um local adequado para lixo – o que levou à existência de lixões nas cadeias.¹⁸”

As superlotações também se devem ao fato de possuir muitos presos provisórios, ou seja, pessoas que foram acusadas de um crime e que ainda não tiveram seu julgamento, compartilhando da mesma carceragem. Segundo dados da Banco de Monitoramento de Prisões, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁹, cerca de 41% do total dos presos, são presos provisórios. Isso sem contar os que são mantidos em delegacias policiais, que também sofrem do problema da superlotação.

A situação é tão perturbadora que em 2015, o Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento de medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 347, considerando a crise do sistema prisional um “Estado de Coisas Inconstitucional”²⁰.

Contudo, além dos problemas das superlotações e problemas de infraestrutura, que acabam fornecendo péssimas condições de convívio e de higiene precária, as carceragens acabaram se tornando ambientes que propiciam a violência. São muitos os casos e relatos de homicídios, estupros, de discriminações - raciais, sociais e de orientação sexual - e, do fator que prepondera fortemente: a rivalidade entre as facções criminosas.

Em geral, as rebeliões, os casos de tortura, as fugas e as eventuais mortes dentro dos presídios servem para mostrar a ineficiência dos dispositivos de controle disciplinar desse sistema²¹, que conseqüentemente, acabam contribuindo fortemente para a atuação do controle das facções criminosas. Não é à toa que uma das principais organizações criminosas que atua no país, o Primeiro Comando da Capital (PCC), surgiu no presídio de segurança máxima, em São Paulo, no Centro de Readaptação Penitenciária de Taubaté²². Nesse viés, Christiane Freire afirma que “a precariedade institucional e a ausência de autonomia prisional serão compensadas pela auto-organização em facções criminosas.”²³

18 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. **REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFESTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.** Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 de ago. de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: (colocar data).

19 BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação.** G1. Brasília, 17 de jul. de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 9 de set. de 2019.

20 Conceito configurado pela Corte Constitucional da Colômbia desde a *Sentencia de Unificación (SU) 559*, de 1997.

21 FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo.** São Paulo: IBCCRIM, 2005. p.143

22 *Ibid.*, p. 143.

23 *Ibid.*, p. 144.

Diante desse cenário caótico, muitas são as medidas analisadas para tentar amenizar essa situação do sistema prisional, entretanto, muitas vezes, não são bem aceitas pela população. Em sua obra “Privatização do Sistema Prisional Brasileiro”²⁴, a autora Grecciany Carvalho Cordeiro discorre que

Além da falta de recursos financeiros para investir no sistema penitenciário, qualquer ideia no sentido de melhorar a situação do recluso é vista com antipatia por parte da sociedade. Some-se a isso ainda a má vontade política e a influência da mídia.

A frase supracitada “qualquer ideia no sentido de melhorar a situação do recluso é vista com empatia por parte da sociedade” da referida autora, acaba se concretizando ao analisarmos os resultados dos dados da pesquisa feita pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública²⁵, através do levantamento feito pelo Datafolha a pedido do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Segundo dados da pesquisa, a maioria da população, cerca de 57%, é adepta do discurso “bandido bom é bandido morto”, enquanto 45% discordam, 3% não concordam e nem discordam e 2% não sabem. Com isso, explica-se o porquê de as discussões a respeito das condições dos presos não possuir tanta relevância para a sociedade, já que muitos acreditam que eles merecem pagar pelo que fizeram, independentemente das condições desumanas a que estejam sujeitos.

Com todos esses impasses, fica cada vez mais difícil da pena concretizar sua real função, que é a ressocialização do apenado.

3.1. AS ALAS LGTBs

Como já demonstrado anteriormente, o preconceito e a repressão contra os homossexuais são demasiadamente maiores e mais fortes dentro dos presídios. Pensando nisso, buscando preservar os direitos fundamentais desses presos, que alguns Estados passaram a adotar as Alas exclusivas para os presos LGTBs dentro de alguns presídios. As alas, portanto, foram criadas com o intuito de evitar violências morais, físicas e institucionais – que podem ser praticadas tanto pelos presos quanto pelos agentes penitenciários –, além de manter o direito de terem sua personalidade – o nome que querem ser reconhecidos de acordo com a sua identidade de gênero – e também, um acesso específico a saúde, tendo em vista que muitos fazem tratamento hormonal e eram interrompidos a partir do momento que eram encarcerados.

Em análise ao inciso XLVIII²⁶ do artigo 5º da Constituição Federal, que discorre que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos de acordo com o sexo do agente, é possível notar que houve uma omissão do legislador com relação aos indivíduos que não se adequam ao seu sexo biológico, não sendo mencionado nada a respeito de gênero – até porque, os enfoques a respeito de identidade de gênero começaram a

24 CORDEIRO, Grecciany Carvalho. **Privatização do Sistema Prisional Brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 101.

25 SEGURANÇA PÚBLICA, Fórum Brasileiro. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo, [s.d]. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015_retificado_.pdf. Acesso em: 11 de set. de 2019.

26 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º. XLVIII** - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 de set. de 2020.

ganhar maior relevância nas discussões sociais recentemente, sendo que na época em que este dispositivo foi instaurado, pouco se mencionava a respeito desse emblema.

Nessa sonda, o Princípio de Yogyakarta implementa o 9º Princípio que versa sobre o direito a um tratamento humano durante a sua detenção da pessoa LGBT privada de liberdade, fazendo a seguinte recomendação aos Estados:

[...] d) **Implantar medidas de proteção para todos os presos e presas vulneráveis à violência ou abuso por causa de sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero** e assegurar, tanto quanto seja razoavelmente praticável, que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral; [...]²⁷

Desta forma, além da adoção de medidas para proteger os presos LGBTs, é necessário lhes assegurar o direito de concretizar suas necessidades seguindo sua orientação sexual e identidade de gênero de forma digna, que vão desde a atenção a demandas necessárias pra sua saúde até o treinamento institucional, para que funcionários saibam como lidar com essa população carcerária.

A Resolução Conjunta nº 1 do Conselho Nacional de Combate a Discriminação de abril de 2014, já supracitada anteriormente, busca sanar essa omissão com os presos que possuem uma identidade de gênero diferente, além de lhes garantir outras disposições referentes à sua identidade. Nesta sonda, a resolução dispõe acerca da destinação de espaços específicos para travestis e gays que cumprem pena privativa de liberdade em presídios masculinos, no entanto, dependem da sua exteriorização de vontade.

Esse espaço destinado para os presos LGBTs pode ser tanto alas, como pavilhões ou até mesmo cela reservadas, dependendo da penitenciária em que estiver situado, levando-se em consideração o tamanho desta, e se há relativamente espaço para ocupação. No entanto, são poucos os presídios que possuem esse espaço exclusivo.

No diagnóstico “LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento”²⁸, foram produzidos dados que foram colhidos através de questionários destinados às unidades prisionais do país, mas que não eram de cunho obrigatório e, conseqüentemente, não foram todas as unidades que responderam. De um total de 1499 estabelecimentos penais no Brasil – de acordo com os dados de até julho de 2016 do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional²⁹ – apenas 508 foram as unidades respondentes entre masculinas, femininas e mistas.

27 **Princípios de Yogyakarta.** Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, jun. de 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 11 de ago. de 2020.

28 BRASIL, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **LGTB nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento.** Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepeessoasLGBT.pdf>. Acesso em: 11 de ago. de 2020.

29 BRASIL, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **LGTB nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento.** Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepeessoasLGBT.pdf>. Acesso em: 11 de ago. de 2020.

No referido diagnóstico, constata-se que das 1449 unidades penais do país todo, apenas 106 possuem alas destinadas aos presos LGBTs, o que é um número expressivamente baixo. Ainda mais, que a ocupação dessas alas ultrapassa a sua capacidade, portanto a quantidade de presos é bem significativa.

Considerando todos os tipos de agressões e exclusões – retaliações essas providas de um preconceito estruturado e ainda fortemente presente na nossa sociedade – que este grupo de presos necessita de uma ala exclusiva para assegurar sua integridade, tanto física quanto moral, a fim de que seus direitos básicos sejam assegurados, com respaldo, principalmente, ao artigo 5º, XLIX³⁰ da Constituição Federal.

Além da proteção pela integridade física desses apenados, “a criação de cela/ala para LGBT tem influência direta nas possibilidades de monitoramento mais preciso, tanto em termos de censo, quanto na esfera da identificação das demandas específicas dessa população³¹”, ou seja, as alas também facilitam o acesso para as necessidades que esses custodiados demandam, além de ajudar no monitoramento por parte dos agentes penitenciários.

Um dos direitos mais aclamados pelas presas que podem ser assegurados nos espaços exclusivos, é o direito de personalidade desses presos, ou seja, poder sem quem são, com direito de serem chamados pelo seu nome social, ter os cabelos longos e se vestir do jeito que puderem, nos limites das regras institucionais da penitenciária.

Conclui-se, portanto, que a finalidade das alas exclusivas é segregar para proteger, além de buscar a ressocialização. Apesar da Resolução englobar todas as medidas necessárias para a adoção de alas protetivas e melhores garantias aos presos LGBTs, elas não vinculam os Estados e, portanto, muitos deixam de segui-la estritamente.

Ademais, a omissão do Estado em não destinar um espaço exclusivo para esses presos muitas vezes é justificada pela precariedade da estrutura desses estabelecimentos penais ou por qualquer outra razão que for, o que acaba demonstrando o descaso do sistema penal no que tange à população LGBT.

4. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO FRENTE ÀS REPRESÁLIAS SOFRIDAS PELOS PRESOS LGBTs

Diante da vulnerabilidade desses apenados, principalmente no que tange a omissão de criação de alas protetivas para este grupo, se questiona qual seria o tipo de responsabilidade que o Estado tem perante esses condenados e, deste modo, muitas

30 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 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: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de jun. de 2020.

31 BRASIL, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **LGTB nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT. Brasília, 2020. p. 21. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em: 20 de jun. de 2020.

são as questões sobre esse emblema para garantir a devida indenização ao preso LGBT que teve seu direito lesado.

Qual o tipo de Responsabilidade que o Estado possui diante das represálias que esses detentos sofrem pela omissão de criação das alas LGBTs? E se o preso foi vítima de homicídio dentro das celas, o Estado deve indenizar a família do preso? E se foi um agente penitenciário que cometeu repressão contra o preso, o agente que responde ou o Estado?

Essas são algumas das questões que serão analisadas e discutidas a seguir neste trabalho, mas para tal, é necessário fazer uma análise teórica dos tipos de Responsabilidade que competem ao Poder Público.

Primordialmente, evidencia-se que nem toda omissão é suscetível a indenização por parte do Estado, sendo necessária a análise do dolo ou da culpa. Entretanto, existem exceções, essas são caracterizadas nos casos em que diante da omissão estatal, já ficará evidenciado o nexo causal da omissão e do dano causado, obrigando o Estado a repará-lo. Essas exceções são as chamadas omissões específicas³².

4.1. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O artigo 37,§6º da Constituição Federal de 1988 determina que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa³³”. Esse dispositivo supracitado fixa tanto a **responsabilidade objetiva do Estado quanto a subjetiva perante o agente público**.

Seguindo a regra da responsabilidade objetiva, Di Pietro disserta que, embasado no artigo 37, §6º da Constituição, essa responsabilidade exige o seguinte: 1) que o ato danoso seja cometido por agente de pessoa jurídica de direito público³⁴ ou as de direito privado que prestam serviço público; 2) as entidades que são de direito privado precisam prestar **serviço público**. Desta forma, não se enquadra as entidades da administração indireta que realizem serviços de natureza privada; 3) um dano que atingiu um terceiro, em decorrência de um serviço público e aqui esta o nexo de causalidade; 4) o dano causado a terceiro seja cometido por agente público e 5) que o agente tenha causado o dano no decorrer do exercício de sua função, caso

32 DE ASSIS, Luciana Vilar; DA SILVA, Wilker Jeymisson Gomes; MUNIZ, Raphael Estevão de Sousa. Responsabilidade Civil Estatal: Fuga do Preso e Consequências para o Estado por sua Omissão. Revista dos Tribunais, 15 de fev. de 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.975.07.PDF. Acesso em: 22 de ago. de 2020.

33 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 37, § 6º**. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de set. de 2020.

34 BRASIL. **Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Art. 41**. São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias; V - as associações públicas; VI - as demais entidades de caráter público criadas por lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 16 de set. de 2020.

contrário não acarretará responsabilidade, considerando que não basta ter apenas a qualidade de agente³⁵.

Quando se fala em entidades privadas que prestem serviço público, inclui-se “empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais de direito privado, cartórios extrajudiciais, bem como qualquer entidade com personalidade jurídica de direito privado, inclusive as do terceiro setor, que recebam delegação do Poder Público, a qualquer título, para a prestação do serviço público³⁶”.

Conforme disposto em sede de apelação³⁷, a responsabilidade subjetiva está diretamente ligada com a presença de dolo ou culpa por parte do agente público e perante o ajuizamento de ação regressiva. Nesse contexto, verificada a presença de dano e o nexo de causalidade entre ele e a atuação estatal, o Estado indeniza a vítima e, em contrapartida, o agente público indenizará regressivamente o Estado, considerando ter agido com dolo ou culpa. Dessa maneira, o fato danoso ocorre porque “o agente público, ao agir, não o faz em nome próprio, mas revestido da autoridade do Estado que representa, em atendimento ao princípio constitucional da impessoalidade administrativa.³⁸

Com relação a responsabilidade subjetiva, seria o caso, à título de exemplo, do agente penitenciário que comete algum tipo de agressão física – ou se for o caso, moral – contra um preso LGBT dentro das unidades prisionais, tendo o Estado que indenizar a vítima e posteriormente regressar contra o agente.

4.2. OMISSÃO GENÉRICA X OMISSÃO ESPECÍFICA

Antes de analisar efetivamente a responsabilidade objetiva ou subjetiva do Estado em caso de omissão, é necessário fazer uma análise para compreender a diferença de omissão genérica ou específica, para saber em qual das classificações se enquadra.

Sérgio Cavalieri define que omissão genérica ocorre nos casos em que não se pode exigir uma atuação específica do Estado para evitar o evento danoso. O autor leciona, como exemplo, quando a Administração tem o dever legal de agir do seu poder de polícia e por conta da omissão contribui para o resultado e, por conta disso, deve preponderar o princípio da responsabilidade subjetiva³⁹.

35 DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2014. P 723.

36 *Ibid.*, p. 722.

37 DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF. 4ª Turma Cível. Apelação Cível nº 0050298-80.2007.8.07.0001. **Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Ministério Público. Ilegitimidade Passiva. Art. 37, §6º da CF. Responsabilidade objetiva do Estado. Ação Regressiva. Relação Jurídica da Pretensa Vítima com o Estado e do Estado com o Agente Público. Negar Provimento ao Recurso**. Apelantes: José Roberto Leitão e Silva. Apelados: Maria José Miranda Pereira. Relator: Desembargador Arnold Caminho de Assis. Brasília, DF, 23 de jul. de 2012. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905745700/20070111529995-df-0050298-8020078070001/inteiro-teor-905745757?ref=juris-tabs>. Acessado em: 16 de set. de 2020.

38 DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF. 4ª Turma Cível. Apelação Cível nº 0050298-80.2007.8.07.0001. **APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ART. 37, §6º DA CF. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. AÇÃO REGRESSIVA. RELAÇÃO JURÍDICA DA PRETENZA VÍTIMA COM O ESTADO E DO ESTADO COM O AGENTE PÚBLICO. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**. Apelantes: José Roberto Leitão e Silva. Apelados: Maria José Miranda Pereira. Relator: Desembargador Arnold Caminho de Assis. Brasília, DF, 23 de jul. de 2012. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905745700/20070111529995-df-0050298-8020078070001/inteiro-teor-905745757?ref=juris-tabs>. Acessado em: 16 de set. de 2020.

39 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. In: Revista EMERJ., vol. 14 – nº 55. Rio de Janeiro, RJ, jul. set. de 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em: 22 de ago. de 2020.

Para o autor, é na omissão genérica que surge a responsabilidade subjetiva da Administração, de modo que a omissão do Estado não é a causa direta e imediata da não ocorrência do dano, “razão pela qual deve o lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano, que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano poderia não ter ocorrido”⁴⁰.

Enquanto na omissão específica, Cavaliere⁴¹ explana que ocorre quando o Estado está na condição de garante e, por conta da sua omissão, cria uma circunstância propícia para a ocorrência de um evento em que tinha o dever de agir para o impedir. Deste modo, o Estado tinha um dever de agir para evitar que o evento danoso ocorresse.

Portanto, a inércia estatal é a causa direta e imediata de não impedimento do evento danoso. George Sarmiento exemplifica a omissão específica como o que segue:

É o caso do diretor de presídio que **coloca membros de gangs rivais na mesma cela**; do diretor de escola pública que deixa os portões abertos possibilitando a fuga de alunos (crianças) no horário de aula; do responsável pelo serviço de atendimento de urgência que, injustificadamente, demora em determinar a ambulância que transporte paciente em estado grave. Em todos esses casos **há uma relação direta em a omissão do agente responsável direto pela prática de atos de ofício e o dano causado a terceiros**⁴²

Feita essa análise, é possível auferir que quando o Estado não cria uma ala protetiva para a comunidade LGBT e coloca um preso desse grupo em uma cela lotada de heterossexuais, principalmente os interligados com facções, que repudiam os homossexuais, ele está cooperando diretamente para a ocorrência do evento danoso, que pensando em um caso concreto, seria a repressão contra a integridade física e moral desse condenado.

Essa situação do Estado colocar um LGBT em um ambiente que aumenta sua vulnerabilidade seria, analogamente, o mesmo caso do exemplificado por Sarmiento na citação acima, quando a administração coloca indivíduos de gangues rivais na mesma cela, ocasionando danos a terceiros, demonstrando, dessa forma, a relação direta da omissão com este dano.

Portanto, conclui-se que a omissão do Estado em não criar ambientes protetivos aos LGBTs se enquadra como a modalidade específica, restando fazer uma análise da sua responsabilidade perante essa omissão.

40 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. In: Revista EMERJ., vol. 14 – nº 55. Rio de Janeiro, RJ, jul. set. de 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em: 22 de ago. de 2020.

41 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. In: Revista EMERJ., vol. 14 – nº 55. Rio de Janeiro, RJ, jul. set. de 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em: 22 de ago. de 2020.

42 SARMENTO, George. **Responsabilidade Civil por omissão administrativa**. Revista Jusbrasil. [s.d]. Disponível em: <https://georgesarmiento.jusbrasil.com.br/artigos/121941969/responsabilidade-civil-por-omissao-administrativa>. Acesso em: 23 de ago. de 2020.

4.3. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA X OBJETIVA NA OMISSÃO ESTATAL

Com relação a qual tipo de responsabilidade seria admitida no caso de omissão estatal, existem divergências doutrinárias e jurisprudenciais, com correntes que defendem que seria do tipo subjetiva e outras, objetiva.

Nesses termos, Di Pietro entende que os autores que defendem a teoria objetiva da responsabilidade na omissão, estariam preocupados com a dificuldade que o terceiro que foi lesado teria para obter seu ressarcimento quando fosse discutir o elemento subjetivo, a culpa, e portanto, entendem que o §6º do artigo 37 da Constituição abrange tanto os atos comissivos quanto os omissivos do agente público⁴³.

Dessa maneira, “basta demonstrar que o prejuízo sofrido teve um nexo de causa e efeito com o ato comissivo ou com a omissão. Não haveria que se cogitar de culpa ou dolo, mesmo no caso de omissão.”⁴⁴

Ainda, para a autora⁴⁵, para os que defendem que a responsabilidade é subjetiva no caso de omissão é porque reconhecem que deve ser aplicado a teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público, tendo em vista que é de pouco importância saber quem é o agente público causador do dano.

Nestes termos, só recairia a responsabilidade sobre o Estado sobre três hipóteses, desde que o serviço público: “(a) não funcione, quando deveria funcionar; (b) funcione atrasado; ou (c) funcione mal. Nas duas primeiras hipóteses, tem-se a omissão danosa.”⁴⁶

Para Celso Antônio Bandeira de Mello quando o dano ocorreu por conta de uma omissão estatal – considerando se o serviço não funcionou, funcionou tardiamente ou ineficientemente – deverá incidir a teoria da responsabilidade subjetiva, de modo que se o Estado não agiu, ele não tem como ser o autor do dano. O autor compreende que só cabe responsabilizar o Poder Público quando tiver presente a obrigação de impedir o dano. Nesta sonda, conclui que “só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.”⁴⁷

Bandeira de Mello defende que se o Estado não tinha a obrigação de impedir o acontecimento lesivo, faltaria motivo para lhe impor o dever de indenizar as consequências do dano e, segundo seu entendimento, a responsabilidade estatal sempre se dará mediante um comportamento ilícito. Se a responsabilidade surge por conta de uma ação ilícita, conseqüentemente ela será subjetiva, pois não há como falar em conduta ilícita estatal sem a presença de dolo ou culpa. Deste modo, não basta apenas a relação entre ausência de serviço e o dano sofrido para configurar a responsabilidade do Estado, o autor ressalta que

inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-

43 DI PIETRO, 2014. p. 727.

44 *Ibid.*, p. 727.

45 *Ibid.*, p. 727.

46 DI PIETRO, loc. cit.

47 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.1029.

lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico⁴⁸

José Cretella Júnior também é um autor que se filia a corrente da teoria subjetiva do Estado, acreditando que a omissão estatal é quando o Estado devendo agir, não o faz, sendo negligente, imprudente ou imperito e em todos os casos, ligados a culpa⁴⁹.

Di Pietro acolhe a tese da responsabilidade subjetiva no caso de omissão estatal, seguindo a mesma linha de pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, pois consideram que existem uma presunção de culpa por parte do Estado. Nessa sonda, caberia ao Poder Público demonstrar que usufruiu de todos os meios possíveis e disponíveis e que, se permaneceu omissivo, é porque a sua atuação estaria acima do seu limite do possível. Consequentemente, não cabe ao lesado precisar fazer prova de que houve culpa ou dolo. Desse modo, caso o Estado demonstre que fez sua atuação no razoável de se exigir, não lhe incidirá responsabilidade.⁵⁰

Sob o mesmo viés, Maccari Telles assegura que a responsabilidade objetiva é a teoria marcante da responsabilidade extracontratual do Estado, entretanto, quando tratar-se de condutas omissivas, deverá incidir a responsabilidade subjetiva⁵¹. Para José dos Santos Carvalho Filho, sempre que estiverem presentes os pressupostos da responsabilidade subjetiva estarão também os da responsabilidade objetiva, tendo em vista esta ser mais abrangente que aquela e, portanto, sempre está presente o fato administrativo, o dano e o nexo causal. Para o autor, além do fato administrativo, nas condutas omissivas, se exigirá que ele venha respaldado na culpa⁵².

Além da corrente que defende a teoria subjetiva, conforme já discorrido, há autores que são partidários da incidência da responsabilidade objetiva nos casos de condutas omissivas do Estado, que é consagrada no artigo 37, §6º da Constituição Federal. Weida Zancaner Brunini entende que o supracitado dispositivo da Constituição engloba a responsabilidade objetiva tanto nos atos comissivos quanto nos omissivos, conforme narrado pela autora:

Portanto, o Estado responde tanto pelas ações, como pelas omissões dos agentes públicos em geral, pois pode a omissão vir a ser causa eficiente do dano. A Constituição, a nosso ver, agasalhou a responsabilidade objetiva, tanto nos atos comissivos, como nos omissivos, parecendo-nos preferível este entendimento àquele que pretende apartar da teoria objetiva os comportamentos omissivos, enquadrando-os na teoria subjetiva e, portanto, sujeitando-se à comprovação de culpa para a consequente imputação de responsabilidade ao Estado.⁵³

48 *Ibid.*, p. 1039.

49 CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Vol. 8. Rio de Janeiro: Forense. 1970. p. 210.

50 DI PIETRO, 2014. p. 729.

51 TELLES, Eduardo Maccari. **A responsabilidade civil do estado por atos omissivos e o novo Código Civil**. Revista de Direito da Proc. Geral do Estado do Rio de Janeiro nº 57. 2003, p. 115-130.

52 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Atlas. 2019. p. 381.

53 BRUNINI, Weida Zancaner. **Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1981. p. 62.

Augusto Vinicius Fonseca Silva entende que a partir do momento que se exige a demonstração de culpa para analisar a incidência da responsabilidade do Estado por conduta omissiva, se restabelece o status de desigualdade do administrado usuário do serviço público que lhe gerou o dano, demonstrando ser, na verdade, um retrocesso na evolução da responsabilidade civil do Estado⁵⁴. Nesse viés, o autor conclui que “a conquista da responsabilidade objetiva do Estado, quer por atos comissivos, quer por atos omissivos, não pode ser deixada de lado. A vulnerabilidade da parte mais fraca é conquista de cidadania e concretizante do princípio da igualdade material⁵⁵.”

Aparecida Vendramel também é partidária da corrente objetiva e define a omissão como uma tomada de posição e que, portanto, “Toma-se posição para agir ou não agir, inclusive na diuturnidade da vida. Se omissão é ‘tomada de posição’ então omissão é conduta, é ação e embora ação negativa, ação se trata.⁵⁶” A referida autora aduz que omissão, é sim, um ato e este é ilícito, na medida em que se esperaria um dever agir do Poder Público e ele não o faz. Deste modo, a autora refuta a ideia postulada por Celso Antonio Bandeira de Mello – o qual alega que o Estado não pode responder por algo que não fez –, sendo que incide sim a responsabilidade devido ao ato ilícito ser infringente ao princípio da legalidade.⁵⁷

Sérgio Cavalieri Filho é partidário de uma corrente intermediária, considerando que possui um outro entendimento a respeito de como interpretar qual o tipo de responsabilidade estatal incidente nos casos por omissão. Levando-se em consideração o que já foi discorrido do presente trabalho sobre as duas distinções de omissão, o autor defende que a responsabilidade subjetiva incidirá nos casos de omissão genérica por parte da Administração Pública, enquanto incidirá a objetiva nos casos de omissão específica.

Guilherme Couto de Castro também é partidário da ideia de Cavalieri, concluindo que “há responsabilidade subjetiva quando se tratar de omissão genérica e responsabilidade objetiva quando se tratar de omissão específica, onde há dever individualizado de agir⁵⁸”.

Cavalieri entende que o disposto no §6º do artigo 37 da Constituição não se refere apenas a condutas comissivas estatais, mas que na verdade, engloba tanto as comissivas quanto as omissivas. O referido autor sustenta que a omissão específica faz incidir a responsabilidade objetiva do Poder Público, tendo em vista que “pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso.”⁵⁹

54 SILVA, Augusto Vinicius Fonseca e. **A responsabilidade objetiva do Estado por seus atos omissivos: interpretação sistemática do Direito**. Artigo JusBrasil. Minas Gerais, abr. de 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5025/a-responsabilidade-objetiva-do-estado-por-seus-atos-omissivos-interpretacao-sistemica-do-direito>. Acesso em: 15 de set. de 2020.

55 SILVA, Augusto Vinicius Fonseca e. **A responsabilidade objetiva do Estado por seus atos omissivos: interpretação sistemática do Direito**. Artigo JusBrasil. Minas Gerais, abr. de 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5025/a-responsabilidade-objetiva-do-estado-por-seus-atos-omissivos-interpretacao-sistemica-do-direito>. Acesso em: 15 de set. de 2020.

56 VENDRAMEL, Aparecida. **Responsabilidade extracontratual do Estado**. São Paulo: Themis, 2000. p. 115

57 BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Art. 929**. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 15 de set. de 2020.

58 CASTRO, Guilherme Couto. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991. p. 56.

59 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. In: Revista EMERJ., vol. 14 – nº 55. Rio de Janeiro, RJ, jul. set. de 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em: 22 de ago. de 2020.

Entretanto, nos casos em que não se pode pleitear uma atuação específica do Estado, caracterizará a omissão genérica e, desta forma, quando a Administração tem “apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva.”⁶⁰ Para o autor, na omissão genérica, a omissão do Estado não se apresenta como causa direta e imediata para a não ocorrência do evento danoso, motivo pelo qual o caberia ao lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) contribuiu para o dano e que, caso o Poder Público tivesse efetivamente praticado uma conduta comissiva, o dano não teria se concretizado.⁶¹

Portanto, sob análise do que é consagrado pelo autor, o que determina a responsabilidade do Estado não é a mera ocorrência da omissão, mas sim o tipo de conduta omissiva, se esta é específica ou genérica, distinção feita pela mais atualizada doutrina.

Conforme analisado, há uma divergência forte na doutrina a respeito da incidência do tipo de responsabilidade nos casos de omissão estatal, tendo julgamentos divergentes nesse sentido também. No entanto, quando se trata especificamente da atuação do Poder Público nas penitenciárias, algumas doutrinas postulam em um sentido determinado, conforme analisaremos a seguir.

4.4. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE ESTATAL POR CONDUTAS OMISSIVAS FRENTE AOS LGTBs NO SISTEMA CARCERÁRIO

A finalidade do presente trabalho é tentar apresentar a discussão teórica e jurisprudencial a respeito da responsabilidade omissiva do Estado por qualquer tipo de repressão ou até mesmo, morte, de detento nas penitenciárias, mas trazendo de maneira análoga a realidade do que é vivenciado pelos presos LGTBs que sofrem as consequências da falta de alas protetivas.

Deste modo, cumpre-se destacar que não foram encontrados julgados que versem especificamente sobre indenização estatal para presos LGTBs ou que especifiquem que a opressão motivada por homofobia, entretanto, será feita uma equiparação dos antigos julgados com o que poderia ser decidido nos casos desses presos especificamente, além do que poderia ser adotado perante a omissão da criação de alas protetivas a comunidade LGTB.

Conforme discorrido anteriormente, analisou-se que o ilustríssimo Celso Antônio Bandeira de Mello defende a incidência da teoria subjetiva da responsabilidade nos casos de condutas omissas por parte do Poder Público. Entretanto, o autor muda sua concepção quando trata-se de presídios, por exemplo, tendo em vista que há

60 EMERJ, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. **A responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. Vol. 14 – nº 55. Revista EMERJ. Rio de Janeiro, jul. de 2011. p. 18. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf>. Acesso em: 15 de set. de 2020.

61 ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. 2ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008. p. 921.

certos casos em que o fato danoso não foi de fato efetuado por agente do Estado, porém foi o próprio Estado quem criou as condições para que o evento ocorresse e, por conta disso, deve-se aplicar a responsabilidade objetiva⁶². É o caso das situações caóticas das unidades prisionais. Nesse contexto, o autor explicita o seguinte:

Por razões e critérios idênticos aos que vêm sendo expostos, a responsabilidade objetiva por danos oriundos de coisas ou pessoas perigosas sob guarda do Estado aplica-se, também, em relação aos que se encontram sob tal guarda. Assim, se um detento fere ou mutila outro detento, o Estado responde objetivamente, pois cada um dos presidiários está exposto a uma situação de risco inerente à ambiência de uma prisão onde convivem infratores, ademais inquietos pela circunstância de estarem prisioneiros.⁶³

Seria o caso de algum detento LGBT que sofresse agressão por parte de outros detentos de cela, podendo postular por indenização frente ao Estado por não garantir sua integridade física e pelas próprias condições do presídio, sendo que não possui nem ala protetiva. Com relação a responsabilidade subjetiva e objetiva nas situações de presos serem espancados por outros, há julgados nos dois sentidos. À título de exemplo de julgado postulando pela aplicação da responsabilidade subjetiva no caso de agressão física, é o que segue:

EMENTA: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ESTADO DE MINAS GERAIS - MENOR APREENDIDO EM CENTRO SOCIOEDUCATIVO - **AGRESSÃO FÍSICA SOFRIDA DENTRO DA UNIDADE** - INTERNAÇÃO EM UTI - AGENTES SOCIOEDUCATIVOS RENDIDOS POR OUTROS DETENTOS COM OBJETOS PONTIAGUDOS - **OMISSÃO DO ESTABELECIMENTO EM ZELAR PELA GUARDA E SEGURANÇA** - **RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA** - DEVER DE INDENIZAR. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. **É subjetiva a responsabilidade em caso de omissão do Poder Público** na prestação de seus serviços. Tendo em vista que o Estado de Minas Gerais tem a responsabilidade de garantir a segurança e guarda dos seus recuperandos, certo que caberia ao ente público garantir que não houvesse ausência ou mau funcionamento de seus serviços, devendo vigiar e cuidar para que não ocorressem situações como a agressão sofrida pelo autor. 2. Caberia ao Estado demonstrar no caso concreto que foi diligente, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que agiu até o limite razoável. Entretanto, não tendo o ente público logrado êxito em demonstrar que existiam seguranças, pessoas preparadas para prevenir ou minorar a possibilidade de ocorrência de espancamentos entre presos, **resta evidenciada a omissão estatal e o dever de indenizar.** [...]

(TJ-MG - AC: 10470160058363001 MG, Relator: Carlos Roberto de Faria, Data de Julgamento: 10/10/2019, Data de Publicação: 21/10/2019).⁶⁴

62 MELLO, 2008. p. 1046.

63 *Ibid.*, p. 1048.

64 MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG. 4ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 10470160058363001**. Apelante: Estado de Minas Gerais. Apelado: Gustavo Rocha Rodrigues. Relator: Desembargador Carlos Roberto de Faria. Data de Julgamento: 10 de out. de 2019. Data da Publicação: 21 de out. de 2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771361960/apelacao-civel-ac-10470160058363001-mg/inteiro-teor-771362070?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18 de set. de 2020.

Há também, no mesmo contexto, julgados que reconheceram devida a indenização de danos morais, porém, configurada a responsabilidade objetiva, como a que segue, por exemplo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESTADO DE MINAS GERAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. **TEORIA OBJETIVA. AGRESSÃO A DETENTO POR OUTROS COLEGAS DE CELA. OMISSÃO QUANTO AO DEVER DE GARANTIA DA INCOLUMIDADE FÍSICA E MORAL.** PREJUÍZOS ANÍMICOS CONFIGURADOS. DESRESPEITO À INTEGRIDADE FÍSICA. QUANTIFICAÇÃO DO DANO. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é, em regra, objetiva - independente de prova de culpa, porque amparada na teoria do risco administrativo, prevista no art. 37, § 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 - O Excelso **Supremo Tribunal Federal**, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 841.526/RS, submetido ao regramento da repercussão geral, **reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado pela garantia dos direitos do preso à integridade física e moral** - Demonstrado nos autos que a parte autora, no período em que permaneceu custodiada em estabelecimento prisional, sofreu agressão física por parte de suas colegas de cela, revela-se caracterizada a conduta antijurídica estatal, bem como os prejuízos anímicos, considerando a ofensa ao direito à integridade física, incluído no rol dos direitos da personalidade - Na mensuração do “quantum” reparatório por danos morais, deve o Julgador se ater aos critérios de razoabilidade e da proporcionalidade, para que a medida não represente enriquecimento sem causa da parte que busca a indenização, bem como para que seja capaz de atingir seu caráter pedagógico, coibindo a prática reiterada da conduta lesiva por seu causador.

(TJ-MG - AC: 10000191144765001 MG, Relator: Ana Paula Caixeta, Data de Julgamento: 21/01/2020, Data de Publicação: 24/01/2020).⁶⁵

No que tange a morte de detentos, causada por outros detentos, dentro das unidades prisionais, há julgados que pendem para a incidência dos dois tipos de responsabilidade, mas em sua maioria pautadas especialmente na objetiva. O Supremo Tribunal Federal possuía o entendimento de que seria subjetiva, entretanto, em suas decisões mais recentes têm sido partidárias da responsabilidade objetiva.

O Recurso Extraordinário nº 372.472-0 reconheceu a culpa subjetiva da omissão estatal pela morte do detento e arguiu que, apesar da responsabilidade do Estado ser subjetiva em atos de omissão, em casos como a da morte de custodiado, não é necessário “que essa culpa seja individualizada, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.”⁶⁶ Transcreve-se a ementa da referida decisão a seguir:

65 MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG. **4ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 10000191144765001.** Apelante: Ana Maria Pereira e Estado de Minas Gerais. Apelados: os mesmos. Relatora: Desembargadora Ana Paula Caixeta. Data de Julgamento: 21 de jan. de 2020. Data de Publicação: 24 de jan. de 2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.19.114476-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 18 de set. de 2020.

66 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Segunda Turma Recursal. Recurso Extraordinário nº 372.472/RN.** Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Antônio Carlos da Silva. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 4 de nov. de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261630>. Acesso em: 20 de set. de 2020..

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO MORTO POR OUTRO PRESO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. c.F., art. 37, § 6º · I. - **Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva**, pelo que exige dolo ou culpa. em sentido estrito, está numa de suas três vertentes - a negligência, a imperícia ou a imprudência - não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público de forma genérica, **a falta do serviço**. II- A falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexó de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano, causado a terceiro. **III- Detento assassinado por outro preso: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, dado que o Estado deve zelar pela integridade física do preso.** [...]

(STF – RE: 372472 RN, Relator: Min. Carlos Velloso, Data de Julgamento: 04.11.2003).⁶⁷

Em contrapartida, a omissão específica do Estado é a adoção do atual entendimento do STF, em que o Estado tinha o dever legal de agir para impedir que o dano ocorresse e assim não o faz, conforme consentido em 2016 no Recurso Extraordinário 841526/RS, configurando a responsabilidade objetiva, na modalidade do risco administrativo, conforme destacado na ementa do julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.** 2. A omissão do Estado reclama nexó de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). **4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.** 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexó de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou

⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Segunda Turma Recursal. Recurso Extraordinário nº 372.472/RN.** Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Antônio Carlos da Silva. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 4 de nov. de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261630>. Acesso em: 20 de set. de 2020.

morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. **8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.** 9. In casu, o tribunal a quo assentou que inoocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. (STF. Plenário. RE 841526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/3/2016 [repercussão geral]) (grifos acrescentados)⁶⁸

Com esse posicionamento, com a atribuição de repercussão geral, a tendência é que os tribunais passem a adotar essa decisão proferida pelo STF cada vez mais.

Em análise aos demais julgados, em suma maioria foi concedido o direito de danos morais aos presos pela agressão sofrida em unidade prisional, ou até mesmo, indenização⁶⁹ a família pela morte do detento, decorridas da omissão do Estado em zelar pela não ocorrência desses fatos, sendo que não caberia em caso de morte natural.

Para o preso LGBT que sofreu a lesão adquirir a indenização, o preso deverá, conforme leciona Meirelles, acionar a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre a conduta omissa e o dano, além do montante que achar devido. E se, comprovados os dois elementos essenciais, surgirá o dever de indenizar por parte do Poder Público.⁷⁰

Feita essa análise, constata-se que independentemente da responsabilidade a ser admitida, fica evidente o direito do preso LGBT lesado em receber indenização por

68 STF, Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma Recursal. **Recurso Extraordinário nº 841.526/RS.** Recorrentes: Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: VJ de Q (Representado por Simone Jardim). Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 30 de mar. de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>. Acesso em: 20 de set. de 2020.

69 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - STJ. Segunda Turma Recursal. Recurso Especial: REsp 1324341 RJ. **ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO POR MORTE DE DETENTO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR IRRISÓRIO. POSSIBILIDADE. PENSÃO MENSAL. DEPENDÊNCIA ECONOMICA DA MÃE NÃO COMPROVADA. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ [...]**4. In casu, é objetiva a responsabilidade do Estado (art. 37, § 6º, da CF) em indenizar a família do detento que estava sob sua custódia e foi brutalmente assassinado dentro da carceragem, visto que não cumpriu o dever constitucional de assegurar a integridade física do preso, conforme disposto no art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. 5. A indenização por dano moral não é preço matemático, mas sim compensação parcial, aproximativa, pela dor injustamente provocada. É mecanismo que visa a minorar o sofrimento da família diante do drama psicológico da perda afetiva e humilhação social à qual foi submetida, na dupla condição de parente e cidadã. Objetiva também dissuadir condutas assemelhadas, seja pelos responsáveis diretos, seja por terceiros que estejam em condição de práticas futuramente[...]. 8. Na espécie, o quantum indenizatório arbitrado pelo Tribunal de origem revela-se irrisório, por isso se deve afastar a Súmula 7/STJ. Com efeito, mostra-se razoável e proporcional que se restabeleça o valor indenizatório fixado na sentença - R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) -, a fim de adequar o montante da indenização aos parâmetros adotados por essa Corte Superior em casos análogos. [...].9. Quanto ao pensionamento, a Corte estadual entendeu não ser cabível a concessão de pensão mensal porque está demonstrado nos autos que a vítima não exercia atividade laborativa antes da sua prisão e não auferia nenhum rendimento econômico, bem como não ter sido comprovada a relação de dependência econômica entre a autora (mãe) e a vítima (filho). Neste contexto, a modificação do entendimento esposado no acórdão recorrido, para se concluir pela comprovação da dependência econômica da genitora da vítima, demanda o reexame do conjunto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ[...]. Recorrente: Sônia Maria de Jesus de Oliveira. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 5 de nov. de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859932296/recurso-especial-resp-1324341-rj-2012-0050739-0?ref=juris-tabs>. Acesso em: 3 de out. de 2020.

70 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 27ª edição, São Paulo: Malheiros. 2003.p. 791.

conta da falha do Poder Público em não zelar pela sua integridade física, violando o pressuposto constitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certamente os presos LGBTs são expostos à vulnerabilidade nas penitenciárias, sujeitos a terem seus direitos a personalidade violados e fragilizados, além da ofensa a sua integridade física.

Constata-se que é dever do Estado zelar pela integridade física dos detentos, assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLIX⁷¹ e pela LEP, especialmente em seu artigo 40.⁷² Em que pese isso lhes seja assegurado, na convivência dos presos é recorrente algum detento sofrer alguma agressão por outro companheiro de cela, causando danos graves, - quiçá um preso LGBT em uma ala com presos que repudiam os homossexuais - que pode ser atribuído ao Estado pela sua omissão na segurança e não ter propiciando um ambiente específico para zelar pela sua integridade e cumprimento de pena digno.

No decorrer da pesquisa, foi possível constatar que as alas LGBTs demonstraram ser a medida mais viável e eficiente para consagrar os direitos desses presos, entretanto, são poucas as unidades prisionais que já as adotaram. Em análise ao relatório feito pelo governo em Estados que já implantaram essa medida, apesar de precisarem de algumas melhorias, ainda demonstraram ser frutíferas e apresentaram resultados positivos.

Tanto o é, que principalmente, os princípios de Yogyakarta e a Resolução Nacional orientam aos Estados a criarem esse espaço protetivo, mas muitos não as seguem, tanto por motivos de falta de estrutura, quanto por não ser uma política de sua maior preocupação.

Como muitos pecam em preservar esse espaço protetivo, há muitos casos de presos que podem sofrer alguma represália mediante a omissão estatal em proteger os direitos do preso LGBT através de uma ala exclusiva e a análise do trabalho foi feita sob esse viés, se o Estado indenizaria nesses casos e também, analisar quais as possibilidades de responsabilização podem incidir com base em análises doutrinárias e julgados.

Ora, se o Estado tem o dever de zelar pela integridade física do apenado LGBT e mesmo assim o coloca em uma cela com presos de facções criminosas que repudiam os homossexuais - já que não criou a ala protetiva - ele está consentindo com o risco daquelas agressões que o preso possa vir a sofrer e isso deverá sim, ser caracterizada como uma conduta ilícita, violando diretamente preceitos constitucionais. Essa omissão estatal em não zelar pela sua integridade, bem como, não criar uma ala protetiva, devem ser sujeitas a responsabilização.

71 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5. XLIX** - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, (DF), 5 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de set. de 2020.

72 BRASIL, **Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Art. 40.** Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 20 de set. de 2020.

Nesse viés, constatou-se que, apesar de ainda existirem alguns casos de aplicação de responsabilidade fundada na teoria subjetiva, em suma maioria e em decisão mais recente do STF, tendem a pender pela responsabilização objetiva do Estado, dispensando a comprovação de dolo ou culpa.

Por fim, deduz-se que o detento LGBT é digno de receber uma indenização estatal, levando-se em consideração todas as recomendações impostas para criar-se as alas exclusivas e o Estado permanecendo omissivo, tanto por conta do descaso do poder público que perpetua frente essa comunidade, quanto pelos problemas de infraestrutura das penitenciárias do Brasil.

Evidencia-se que esse tema ainda precisa de muitos debates e maior relevância, por isso, é de suma importância a valorização da criação de alas exclusivas e a ênfase da responsabilidade do Estado quando se omite em não criá-las, que por consequência disso, acaba tornando estes custodiados mais vulneráveis à quaisquer tipos de agressões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 2ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008. BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**. G1. Brasília, 17 de jul. de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghml>. Acesso em: 9 de set. de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 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: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 de set. de 2020.

Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo. Instituto Humanista Unisinos. Rio Grande do Sul, 20 de fev. de 2020. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo#:~:text=Brasil%20se%20mant%C3%A9m%20como%203%C2%BA%20pa%C3%ADs%20com%20maior,reportagem%20%C3%A9%20publicada%20por%20Conectas%20Direitos%20Humanos%2C%2018-02-2020>. Acesso em: 14 de ago. de 2020.

BRASIL, Lei de Execução Penal. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Art. 84**. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 29 de set. de 2020.

BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002**. Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 de set. de 2020.

BRASIL, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário. **Estimativa do “Déficit” de Vagas do Sistema Penitenciário do Brasil, dezembro de 1987**. Disponível em: https://www.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/fnotes3.htm#N_197. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

BRASIL, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **LGTB nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em: 11 de ago. de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Segunda Turma Recursal. Recurso Extraordinário nº 372.472/RN**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Antônio Carlos da Silva. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 4 de nov. de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261630>. Acesso em: 20 de set. de 2020..

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Segunda Turma Recursal. Recurso Extraordinário nº 372.472/RN**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Antônio Carlos da Silva. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 4 de nov. de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261630>. Acesso em: 20 de set. de 2020.

BRUNINI, Weida Zancaner. **Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1981. p. 62.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. In: Revista EMERJ., vol. 14 – nº 55. Rio de Janeiro, RJ, jul. set. de 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em: 22 de ago. de 2020.

Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Série ação parlamentar nº 384. Brasília: Edições Câmara, 2009. p.138

BRASIL, Congresso Nacional. Senado. Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014. **Conselho Nacional de Combate à discriminação**. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 de abril de 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx. Acesso em: 13 de ago. de 2020.

CASTRO, Guilherme Couto. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. In: Revista EMERJ., vol. 14 – nº 55. Rio de Janeiro, RJ, jul. set. de 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em: 22 de ago. de 2020.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do Sistema Prisional Brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 101.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Vol. 8. Rio de Janeiro: Forense. 1970.

DE ASSIS, Luciana Vilar; DA SILVA, Wilker Jeymisson Gomes; MUNIZ, Raphael Estevão de Sousa. **Responsabilidade Civil Estatal: Fuga do Preso e Consequências para o Estado por sua Omissão**. Revista dos Tribunais, 15 de fev. de 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.975.07.PDF. Acesso em: 22 de ago. de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2014.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF. 4ª Turma Cível. Apelação Cível nº 0050298-80.2007.8.07.0001. **Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Ministério Público. Ilegitimidade Passiva. Art. 37, §6º da CF. Responsabilidade objetiva do Estado. Ação Regressiva. Relação Jurídica da Pretensa Vítima com o Estado e do Estado com o Agente Público. Negar Provimento ao Recurso**. Apelantes: José Roberto Leitão e Silva. Apelados: Maria José Miranda Pereira. Relator: Desembargador Arnold Caminho de Assis. Brasília, DF, 23 de jul. de 2012. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905745700/20070111529995-df-0050298-8020078070001/inteiro-teor-905745757?ref=juris-tabs>. Acessado em: 16 de set. de 2020.

EMERJ, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. **A responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. Vol. 14 – nº 55. Revista EMERJ. Rio de Janeiro, jul. de 2011. p. 18. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55.pdf. Acesso em: 15 de set. de 2020.

FERRAZ, Thaís. **Conheça a história do movimento pelos direitos LGBT**. Politize!, 28 de jun. de 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/lgbt-historia-movimento/>. Acesso em: 17 out de 2019.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Atlas. 2019.

FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p.143

G1, Portal GazetaWeb. **Estupro e tortura: relatório inédito do governo federal aponta o drama de trans.** Estudo mostra que pessoas LGBTQ+ são mais vulneráveis aos efeitos da precariedade do sistema prisional brasileiro. G1 GazetaWeb. Alagoas, 6 de fev. de 2020. Disponível em: <https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2020/02/estupro-e-tortura-relatorio-inedito-do-governo-federal-aponta-o-drama-de-trans-96632.php>. Acesso em: 18 de jun. de 2020.

Jornal Nacional. **Monitor da Violência mostra que superlotação nos presídios aumentou.** G1. São Paulo, 26 de abr. de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/04/26/monitor-da-violencia-mostra-que-superlotacao-nos-presidios-aumentou.ghtml>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

KIEFER, Sandra. **Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação.** Artigo Estado de Minas. Minas Gerais, 25 de nov. de 2014. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml. Acesso em: 4 de nov. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 27ª edição, São Paulo: Malheiros. 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG. **4ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 10470160058363001.** Apelante: Estado de Minas Gerais. Apelado: Gustavo Rocha Rodrigues. Relator: Desembargador Carlos Roberto de Faria. Data de Julgamento: 10 de out. de 2019. Data da Publicação: 21 de out. de 2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771361960/apelacao-civel-ac-10470160058363001-mg/inteiro-teor-771362070?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18 de set. de 2020.

NASCIMENTO, Fernanda e FOGLIARO, Débora. **LGBT, LGBTI, LGBTQ ou o quê?** Revista Desacato, 24 de mar. de 2017. Disponível em: <http://desacato.info/lgbt-lgbti-lgbtq-ou-o-que/>. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, jun. de 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 11 de ago. de 2020.

SARMENTO, George. **Responsabilidade Civil por omissão administrativa.** Revista Jusbrasil. [s.d.]. Disponível em: <https://georgesarmento.jusbrasil.com.br/artigos/121941969/responsabilidade-civil-por-omissao-administrativa>. Acesso em: 23 de ago. de 2020.

SEGURANÇA PÚBLICA, Fórum Brasileiro. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública.** São Paulo, [s.d.]. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015.retificado.pdf. Acesso em: 11 de set. de 2019.

SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. **A responsabilidade objetiva do Estado por seus atos omissivos: interpretação sistemática do Direito.** Artigo Jusbrasil. Minas Gerais, abr. de 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5025/a-responsabilidade-objetiva-do-estado-por-seus-atos-omissivos-interpretacao-sistemica-do-direito>. Acesso em: 15 de set. de 2020.

SOUZA, Felipe. **Discriminação nos presídios: Com pratos marcados e rejeitados por facções, presos LGBT sofrem com rotina de segregação.** BBC News Brasil. São Paulo, 27 de mar. de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47376077>. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Segunda Turma Recursal. Recurso Extraordinário nº 841.526/RS.** Recorrentes: Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: VJ de Q (Representado por Simone Jardim). Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 30 de mar. de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>. Acesso em: 20 de set. de 2020.

VENDRAMEL, Aparecida. **Responsabilidade extracontratual do Estado.** São Paulo: Themis, 2000.

VILELA, Lorraine. **Cisgênero e Transgênero.** Cisgêneras são pessoas que se identificam com o seu sexo biológico, ou seja, se a pessoa nasceu mulher, ela se identifica como uma mulher. Brasil Escola, [s.d.]. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sexualidade/cisgenero-transgenero.htm>. Acesso em: 17 de nov. de 2019.