



Recebido em 04 ago. 2015.

Aceito em 24 out. 2015.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS CRIMES COMETIDOS CONTRA TRANSGÊNEROS DENTRO DOS PRESÍDIOS MASCULINOS BRASILEIROS

*Anna Beatriz Alves de Oliveira**

*Tallita de Carvalho Martins**

RESUMO: Analisa a responsabilidade civil do Estado nos crimes cometidos contra transgêneros dentro dos presídios masculinos brasileiros. Tece considerações tocantes ao descaso da sociedade e do próprio judiciário quanto ao problema em pauta. Uma metodologia analítica, trazendo para debate o papel do Poder Executivo enquanto garante dos direitos humanos dos presidiários, no geral, apresentando, portanto, contundente crítica a respeito do tema. Aponta para soluções que podem ser tomadas no contexto em tela. Observa a importância da participação da própria sociedade no fim da institucionalização de uma violência estrutural a qual respalda em grande parte a celeuma em questão.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Transgêneros. Direitos humanos.

1 INTRODUÇÃO

Considerando a evidente falibilidade do sistema carcerário brasileiro e a consequente e recorrente violação aos direitos humanos do preso, a presente pesquisa busca perquirir o contexto de agressões aos apenados transgêneros que, além de sofrerem com as misérias do cárcere, são alvos de preconceito. Suportam, assim, uma dupla penalidade configurada pela própria pena de prisão, além do cerceamento dos seus direitos constitucionais.

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cursando o 8º período.

** Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cursando o 8º período.

Logo, o respectivo estudo se delinea no interesse de observar qual a responsabilidade civil do Estado, nesse contexto, e o que se fazer para que de fato esses presos tenham efetivadas as garantias as quais lhes foram previstas pela Constituição Federal de 1988.

Porquanto, inúmeras são as notícias que repercutem as agressões aos presos transgêneros nas penitenciárias brasileiras, mas, ainda assim, muito pouco se tem feito a respeito. Destarte, o judiciário brasileiro parece não ter sido provocado no que tange a tal situação, considerando-se o silêncio da jurisprudência nesse assunto.

Nesse sentido, muitos trabalhos têm analisado as implicações da responsabilidade estatal no tocante à morte e às lesões corporais sofridas pelos presos, de um modo geral e abstrato, dentro dos presídios. Todavia, pouco se fala sobre a violência institucional sofrida por aqueles os quais são submetidos ao sistema sob uma condição especial, relativa à desfora de gênero, e que, em razão disso, precisam ser tratados igualmente, na medida das suas desigualdades – máxima da isonomia na sua acepção material.

Diante do exposto, a pesquisa em tela se apresenta socialmente relevante no sentido de encontrar soluções para o problema levantado, que, por sua vez, ultrapassem o quadro de medidas imediatistas adotadas pela direção dos presídios no país. Justifica-se, igualmente, pelo propósito de imiscuir no meio acadêmico a importância de se debater o assunto, considerando-se que o povo, no seu viés mais popular, pode/deve compreender a profundidade da problemática com afincamento para, então, a partir de uma democracia mais participativa, ser também agente na mudança dessa realidade caótica.

Logo, buscar-se-á tal objetivo mediante uma análise crítica do assunto levantado que explore e esclareça os pontos cruciais da questão delineada, focando assim uma metodologia analítica centrada na apreciação de julgados e teorias doutrinárias tangentes ao tema.

2 A DESFORA DE GÊNERO E A SITUAÇÃO DOS TRANSGÊNEROS PERANTE O JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Sabe-se que a situação desse grupo de pessoas – Transgêneros –, hodiernamente, ganhou bastante repercussão social. Os veículos de comunicação, por seu turno, passaram a expor de maneira a chamar mais a atenção da sociedade para as violências e crimes cometidos em desfavor desses seres humanos. Nesse sentido, em primeira análise, cumpre esclarecer o termo, o qual, de acordo com o dicionário¹, *transgênero* diz respeito àquele que mudou o gênero sexual; indivíduo que possui uma identidade de gênero oposta ao sexo designado (normalmente no nascimento). Contudo, trata-se de uma definição restrita que deve ser ampliada, tendo em vista a complexidade do tema.

Feitas as devidas considerações, a questão, neste ponto, reside no fato de conhecer de

¹ DICIONÁRIO INFORMAL. Significados de transgêneros. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/transg%C3%A0neros>. Acesso em: 16 jun. 2015.

que maneira o Poder Judiciário brasileiro vem tratando, em seus julgados, os crimes cometidos contra os transgêneros nos presídios masculinos. Refere-se, em verdade, a uma situação considerada “nova” aos tribunais, tendo como reflexo a escassez de casos levados à Justiça.

Entretanto, as decisões acerca de crimes praticados a quaisquer custodiados pelo Estado nos presídios, devem ser aplicadas, de igual modo, aos indivíduos portadores da condição ora discutida, tendo em vista a possibilidade de utilizar-se a analogia, nos casos em que a lei for omissa. Ademais, embasa-se tal argumento no princípio da isonomia, já que segundo o art. 5º, da CF/88:

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 [...].

À guisa do exposto, passa-se à análise casuística de um julgado de Apelação Cível, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de um homicídio cometido contra um presidiário:

APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE DE PRESIDIÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANOS NÃO CONFIGURADOS. - *A responsabilidade do Estado pela morte do presidiário dentro da unidade prisional é objetiva, independentemente, do fato gerador do passamento, isto é, se causado por ato de agente, por ato de outros detentos, ou do próprio falecido. Sabe-se que ao Estado compete o dever de manutenção da integridade física e da vida do preso quando este se encontra sob sua custódia. - Na espécie, dentre os elementos da responsabilização objetiva, o fato e o nexo de causalidade encontram-se comprovados de forma inequívoca.² (grifos acrescidos).*

Diante disso, observa-se que, na falta de jurisprudência farta, bem como de lei específica sobre os crimes cometidos a presidiários transgêneros nos presídios masculinos, uma saída viável é aplicar, por analogia, a orientação de decisões, conforme a acima exposta.

Por isso, verifica-se que a responsabilidade do Estado nesses casos é objetiva, tendo em vista seu dever de cuidado para com os indivíduos por ele custodiados. Nesse viés, em se tratando de um grupo de pessoas extremamente vulnerável, sobre o qual o Estado passa a prestar um papel de proteção, deverá também assumir a responsabilidade pelo dano ocorrido. Muito embora não haja uma causa direta e imediata, por um comportamento ativo seu, isto é, por uma situação propiciatória do dano por ele criada, tem-se uma omissão desencadeadora do risco analisado.

Nessa perspectiva, há de se observar que ao serem colocados indevidamente em presídios masculinos, os transgêneros ainda têm de sofrer humilhações, discriminações e preconceitos por parte dos outros presos em sua convivência. Logo, têm ferida a sua dignidade de diversas formas: uma vez pela estrutura debilitada das penitenciárias brasileiras que não lhes propiciam

² TJ-RJ. APL 00123335920128190001. 22ª Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira. j. 26.11.2013. DJe 08.01.2014.

o mínimo de salubridade e, ainda, com o escárnio por parte dos companheiros de cela que não aceitam e tampouco entendem a condição à qual aquelas pessoas estão submetidas.

Certamente, na tentativa de não incorrer nessa dupla penalidade sofrida – inobservância dos direitos fundamentais à pessoa humana e agressões por parte dos outros presos – é que foi concedida aos transgêneros uma ala especial no presídio de Igarassu, na Região Metropolitana de Recife. Segundo o relato de um dos presos na reportagem realizada³, em sua cela havia treze homens que não o deixavam comer ou beber; acordavam-no com bucha quente nos pés; queimavam-no com plásticos; batiam, e colocavam sacos em sua cabeça.

E, ainda, conforme a mesma reportagem, o promotor da Vara de Execuções Penais do Ministério Público de Pernambuco, Marco Aurélio Farias, afirmou que a iniciativa minimiza os crimes sexuais e a exploração do trabalho não remunerado dessas pessoas por parte dos demais presos.

No entanto, esse é apenas um exemplo caricatural da situação pela qual muitos transgêneros têm de se submeter ao serem postos em presídios masculinos. Trata-se de uma realidade pouco analisada, sob o ponto de vista jurídico, devendo, contudo, passar por transformações, com o objetivo de se tutelar a dignidade desses seres humanos, bem como outros direitos e garantias individuais a que fazem jus.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE A O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA ESTATAL E OS CRIMES ANALISADOS NO CONTEXTO EM TELA

Trabalhar a responsabilidade civil do Estado, antes de tudo, requer o reconhecimento de três fatores que elucidam a configuração deste instituto, quais sejam: as teorias que o definem; a quem efetivamente se aplica e quais os seus efeitos. Isso porque, é a partir do entendimento conjunto desses aspectos que se poderá analisar a sua aplicabilidade em casos concretos, a exemplo do tratado no trabalho em pauta.

Nesse sentido, fazendo-se um recorte no que diz respeito à omissão estatal na tutela dos direitos humanos dos presos transgêneros dentro das penitenciárias brasileiras, duas são as teorias doutrinariamente dominantes: de um lado, a da responsabilidade subjetiva por omissão e, de outro, a da responsabilidade objetiva do Estado.

Para Maria Sylvia Di Pietro (2014, p. 727), segundo a teoria da responsabilidade subjetiva por omissão, “o Estado responde 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”.

Entretanto, para a doutrina majoritária⁴, em casos de omissão, deve-se aplicar a teoria

3 OLIVEIRA, Wagner. Transgêneros ganham ala especial em presídio no Grande Recife. **Pernambuco.com**, Pernambuco, 2 jan. 2015. Disponível em: <http://blogs.diariodepernambuco.com.br/segurancapublica/?p=7750>. Acesso em: 04 ago. 2015.

4 Nesse sentido, José Cretella Júnior (1970); Juan Carlos Cassagne (2005); Flávio de Araújo Willeman (2005).

da responsabilidade objetiva, preceituada pelo art. 37, § 6º, da CF/88. Desse modo, 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”. (DI PIETRO, 2014, p. 727).

Na perspectiva de José Cretella Júnior (1970, p. 210):

a omissão configura a culpa *in omittendo* ou *in vigilando*. São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, *o agente público omite-se*, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. *Devendo agir*, não agiu. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como *bonus administrator*. Foi negligente. Às vezes imprudente ou até imperito. Negligente, se a solécia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade de concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à ideia de inação, física ou mental.

Conforme colocado por Cretella (1970), na citação supra, a inércia do Poder Executivo, sobretudo na concretização de políticas públicas que interrompam o mal infligido pela falibilidade do sistema penal, é o grande fator propulsivo a uma responsabilidade punível. Ora, se o Estado tem como diretriz máxima a “justiça” retributiva e, nesse aspecto, uma política criminal de encarceramento, porque não responder igualmente pelos seus atos? Os quais, muito embora sejam velados e suavizados pela própria nomenclatura – omissão – atingem de forma ainda mais brutal toda a sociedade.

Flávio Araújo Willeman, citando Juan Carlos Cassagne (2005, p. 122), ensina, por exemplo, que “a chave para determinar a falta de serviço e, conseqüentemente, a procedência da responsabilidade estatal por ato omissivo se encontra na configuração ou não de uma *omissão antijurídica*”. Complementa, ainda, dizendo que “a configuração de dita omissão *antijurídica* requer que o Estado ou suas entidades descumpram uma obrigação legal expressa ou implícita”.

Nessa linha de intelecção, não se pode esquecer que a Lei de Execução Penal preceitua claramente como deve ser a atuação estatal em relação aos presos, oferecendo-se assistência e orientando o seu retorno à convivência em sociedade. Assistência essa, por sua vez, a qual, segundo o art. 11, I-VI, deste diploma, será: “material; à saúde; jurídica; educacional; social e religiosa”. Portanto, fazendo-se uma comparação entre o quadro do sistema penal brasileiro e essas disposições legislativas, não há dúvida que a dita “omissão antijurídica”, nos dizeres de Willeman (2005), vê-se plenamente configurada.

Endossando o raciocínio, na visão de Celso de Mello (2005), o ambiente prisional, por si só, oferece riscos à integridade física e, sobretudo, psíquica do detento. Desse modo, o Estado deverá responder objetivamente quando, por omissão, não age em situação que deveria agir; nesse caso, deixando de tutelar as garantias constitucionais asseguradas aos presos. Por outro lado, a responsabilidade objetiva por danos oriundos de coisas ou pessoas perigosas sob a guarda do Estado aplica-se, até mesmo, às outras pessoas que se achem sob tal guarda, como na ocasião em que um detento fere outro.

Por seu turno, o próprio Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado inúmeras vezes a respeito, consignando que “[...] **o Estado tem o dever objetivo de zelar pela integridade física e moral do preso sob sua custódia, atraindo então a responsabilidade civil objetiva**, razão pela qual é devida a indenização por danos morais e materiais decorrentes da morte do detento”⁵.

Dessa forma, outra não poderia ser o tipo de responsabilidade aplicada para os casos retratados em inúmeras notícias que repercutem as violações aos presos transgêneros nas penitenciárias brasileiras⁶. O estado de Minas Gerais tem tentado desde 2009 implantar algumas medidas para a solução dessa problemática que, contudo, não têm sido suficientes em face da amplitude do problema.

Por exemplo, a criação da ala LGBT em alguns presídios do supracitado estado tem servido de paliativo para a questão, depois que o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos (Conedh) reportou casos de violação aos presidiários transgêneros, por parte dos próprios agentes penitenciários⁷. A medida se espalhou pelo país e, atualmente, estados como Mato Grosso, Paraíba e Rio Grande do Sul já possuem um espaço reservado para esses presos⁸.

No entanto, longe de ser a melhor solução, tal iniciativa não passa de uma alternativa segregadora e correccional, ainda mais violadora dos direitos humanos dessas pessoas, que vem para suprir uma falha sucessiva do Estado na concessão de um tratamento digno a esses indivíduos.

Assim, tem-se configurada uma violência estrutural que transforma a violência individual cometida pelos presos em algo muito maior do que realmente é. O Estado, a fim de eximir a sua responsabilidade, faz o povo acreditar na inexistência dessa violência institucionalizada. Logo, por trás de uma política de defesa social, deixa-se em evidência a marginalização daqueles indivíduos selecionados que devem ser atacados pela sociedade e pela mídia.

Aliás, a violência estrutural se configura como a violência oriunda não da ação de um indivíduo, mas de um conjunto de omissões que dificultam o acesso aos benefícios do progresso econômico (GALVÃO; MARTINS, 2013). Segundo Leonardo Boff⁹, é estrutural, pois é própria do sistema econômico adotado: o capitalismo, enquanto regime essencialmente perverso, gerador de opressão, eventualmente desdobrando-se em repressão.

Para melhor compreensão do termo, nas palavras de Marcos Monteiro:

Violência sem agressão física, aparentemente, não violenta, mas de eficácia muito maior porque causa não apenas dor, mas dor significada. Violência dirigida não

5 STF. RE 590939 – AM. Rel. Min. Dias Toffoli. j. 07.12.2012. DJe 04.02.2013.

6 SILVA, Rebeca. Transgêneros ganham ala especial em presídio no Grande Recife. **Diário de Pernambuco**. 2015. Disponível em: <http://blogs.diariodepernambuco.com.br/segurancapublica/?p=7750>. Acesso em: 05 jun. 2015.

7 BRAGON, Rayder. Gays foram espancados em presídio de Minas Gerais, diz relatório de órgão do governo. **UOL**. Cotidiano. 2015. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/05/12/gays-foram-espancados-em-presidio-de-minas-gerais-diz-relatorio-de-orgao-do-governo.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

8 ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS. Cadeia exclusiva para homossexuais. 2014. Disponível em: <http://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/111936335/cadeia-exclusiva-para-homossexuais>. Acesso em: 05 jun. 2015.

9 BOFF, Leonardo. *Entender a violência?* Disponível em: <http://www.leonardoboff.com/site/vista/2001-2002/entenderviol.htm>. Acesso em: 01 ago. 2013.

contra o corpo, mas contra o desejo, a alegria, o amor e a vontade de viver. Violência contra a capacidade de transcendência humana, contra a possibilidade do ser humano ser mais do que um corpo. Incruenta e indolor é o espaço de todas as outras dores, a autorização organizada para as violências físicas, legalizadas e ilegais. A violência estrutural afunila a sociedade, criando uma desigualdade tão desigual que autoriza os sentimentos de injustiça e espoliação sistêmicos, justificando o egoísmo, o crime, a matilha humana prestes a se lançar sobre pessoas e objetos, com a fúria do coração voraz.¹⁰

Nesse contexto, ressalta-se a necessidade premente de recair sobre o Estado a sua responsabilidade em face da falha na consecução dos seus deveres. Desta feita, em suma, para a configuração da responsabilidade objetiva se exige a ocorrência do dano, aqui configurado no que tange à evidente violação dos direitos humanos dos presos transgêneros, no ambiente penitenciário, interligado, por sua vez, com a ação ou omissão administrativa – falha estatal na tutela das garantias albergadas pela CF/88) – através de um nexo de causalidade incontestável.

Ora, se o Estado incorporasse devidamente o seu papel de garante e não deixasse de agir quando deveria, é certo que o quadro de violação aos direitos humanos das pessoas as quais se submetem ao sistema penal seria indubitavelmente outro. Logo, configurado o nexo causal e não havendo causa excludente da responsabilidade estatal, presentes estão os fatores que dão azo a uma possível indenização tanto aos os presos agredidos quanto aos seus familiares, conforme será melhor analisado na seção seguinte.

4 O DIREITO À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS TANTO DO PRESO AGREDIDO QUANTO DOS SEUS FAMILIARES

Conforme demonstrado no tópico anterior, o qual concerniu acerca da Responsabilidade Objetiva do Estado nas relações de custódia dos presos transgêneros em presídios masculinos, sabe-se que essa modalidade só é assim adotada nesses casos, pois se trata de pessoas com as quais tem o Estado tem o dever de proteger. Por isso, não se faz necessária a comprovação de uma conduta dolosa ou culposa, já que basta a comprovação da relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso.

Dessa maneira, ocorrendo quaisquer crimes contra os transgêneros nessa situação e estando preenchidos os requisitos da referida responsabilidade civil do Estado, há que se falar no dever estatal de indenização, como uma forma de compensar os danos sofridos pelo preso, estendendo-se, inclusive, aos familiares. Tal qual já se afirmou anteriormente, poucos são os julgados acerca dos crimes específicos contra essa classe de pessoas nos presídios masculinos, contudo, há de se utilizar, nesses casos, o mesmo raciocínio das demais decisões, segundo se demonstra a seguir:

10 MONTEIRO, Marcos. *A violência estrutural na nossa vida cotidiana*. 2010. Disponível em: <<http://www.ejesus.com.br/artigos/a-violencia-estrutural-na-nossa-vida-cotidiana>>, acesso em 19 de maio de 2013.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ASSASSINATO DE PRESO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DIREITO À INCOLUMIDADE. INDENIZAÇÃO. IRMÃS. DANOS MORAIS. É dever do Estado zelar pela incolumidade dos presos, sendo responsável pela indenização por danos que vierem a sofrer nas prisões, independentemente da prova de culpa dos servidores do presídio. Embora seja justificável a indenização por danos morais, não é devida a indenização por danos materiais se não há prova hábil a demonstrar que os irmãos dependiam financeiramente da vítima. A verba indenizatória decorrente de dano moral tem como objetivo minimizar a dor e a aflição suportada em decorrência da morte da vítima.¹¹ (*grifos acrescidos*).

Nesse sentido, a Administração Pública, quando não conseguir evitar o prejuízo, deve prestar a tutela jurisdicional de indenização. Por isso, resta demonstrado o dever estatal de indenizar os danos, material e moral, quando comprovados, causados ao preso e à sua família, sendo, portanto, um meio minimizador do descaso aos transgêneros, ainda que não seja uma solução reparadora suficiente.

Inclusive, recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 580252, com repercussão geral, em que se discutiu a responsabilidade civil do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária, o ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, propôs a remição de dias da pena quando for cabível a indenização. Trata-se de uma alternativa bastante inovadora, mas igualmente viável, sobretudo em face das alegações do Estado quanto à indisponibilidade do erário público para pagamentos em pecúnia.¹² Nas exatas palavras do supracitado ministro:

O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente.¹³

Assim, quanto à relação entre o preso recolhido em estabelecimento prisional e a responsabilidade civil da Administração é clarividente que, por se tratar de uma relação de custódia, tem o Estado o dever de assegurar-lhe a incolumidade física e a segurança, posto que

11 TJ-MG. APL 10223120039001001. 7ª Câmara Cível. Des. Rel. Eander Marotta. j. 26.03.2014

12 NOTÍCIAS STF. *Ministro Barroso propõe remição como forma de indenizar presos em condições degradantes*. Imprensa. 06 maio 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=290987>. Acesso em: 04 ago. 2015.

13 NOTÍCIAS STF. *Ministro Barroso propõe remição como forma de indenizar presos em condições degradantes*. Imprensa. 06 maio 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=290987>. Acesso em: 04 ago. 2015.

propiciou a ocorrência da situação que levou à emergência do dano.

Com a evolução das teorias sobre esse assunto, chegou-se à atual Teoria da Responsabilidade Objetiva, ora adotada pela CF/88, em seu art. 37, 6º, tendo sido essa a teoria escolhida pela doutrina e jurisprudência para reger as relações de custódia. Nesse ponto, é mister analisar que o referido avanço de ideias e posicionamentos foi válido, pois só assim pôde se conceber maior proteção àqueles que, muitas vezes, eram vítimas de homicídios, lesões corporais etc., sem, contudo, ter um respaldo estatal, seja para prevenir, seja para indenizar as vítimas e suas famílias.

De alguma forma, essa tutela, hodiernamente, concedida aos presidiários, representa uma tentativa de evitar que novos crimes sejam praticados aos presos, e que aqueles que o sejam, tenham a devida sanção, servindo como exemplo para que não se repitam. É, também, uma evolução do ponto de vista da aplicação plena e efetiva dos direitos fundamentais, pois se está promovendo o direito à dignidade e à vida, dentre outros, na medida em que a Administração Pública torna-se responsável por manter intactos todos os direitos do preso que não foram restringidos ou eliminados pela pena¹⁴.

Essa ideia pode ser demonstrada por meio de um julgado datado de 2012¹⁵, em que se discutiu, no Supremo Tribunal Federal, o alcance da responsabilidade do Poder Público no caso de morte de detento sob sua custódia, independentemente da causa dessa morte. A questão foi debatida no Recurso Extraordinário com Agravo, em que o Estado do Rio Grande do Sul contesta decisão do Tribunal de Justiça gaúcho (TJ-RS) que determinou aos cofres estaduais o pagamento de indenização à família do presidiário morto.

Nesse caso especificamente, não ficou comprovada se a causa da morte (asfixia mecânica) foi provocada por homicídio ou suicídio. No recurso, o Estado do Rio Grande do Sul alega que o nexo causal é imprescindível para que se estabeleça a condenação do Estado. Argumenta ainda que, no caso dos autos, não comprovada a hipótese de homicídio e com fortes indícios de suicídio, “não há como impor ao Estado o dever absoluto de guarda da integridade física dos presos”.¹⁶

Por outro lado, o TJ-RS considerou que há, sim, a responsabilidade do Poder Público, conforme estabelece o art. 37, parágrafo 6º, da CF/88. O acórdão recorrido destacou que “a responsabilidade será objetiva, se a omissão for específica, e subjetiva, se a omissão for genérica.” Para a corte gaúcha, “no caso em análise, a omissão é específica, pois o Estado deve zelar pela integralidade física dos internos em estabelecimentos penitenciários que estão sob sua custódia, tendo falhado nesse íterim”¹⁷.

A despeito de o Estado do Rio Grande do Sul ter argumentado que em se tratando de suicídio não tem ele como evitar, assim como alegam outros Estados, no intuito de eximirem-se da obrigação de tutelar os indivíduos que estão sob sua custódia, é certa a responsabilidade

14 BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 163º da Independência e 96º da República.

15 STF. RE 638467. Plenário. Rel. Min. Luiz Fux. j., 20.09.2012. DJ 04.10.2012.

16 STF. RE 638467. Plenário. Rel. Min. Luiz Fux. j., 20.09.2012. DJ 04.10.2012.

17 STF. *Responsabilidade por morte de detento tem repercussão geral*. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=227684>>. Acesso em 04 ago. 2015.

objetiva do Poder Público nesses casos e já pacificado entre os tribunais.

Porém, essa tese defendida por alguns Estados precisa ser rechaçada, em virtude da defesa dos direitos humanos e fundamentais, elencados na Constituição Federal de 1988. Não é porque se tratam de presidiários, que, devido a algum crime por eles cometido, a sua liberdade foi cerceada, e, além desse direito, tenham de estar desprotegidos por outros, como o direito à dignidade, e à vida, essencialmente.

Tendo em vista o exposto neste ponto, sob a égide garantias fundamentais tuteladas pela Constituição Federal de 1988, que constituem a base do Estado Democrático de Direito, observa-se que o Estado tem o dever de proteger de modo eficiente os custodiados e, ainda mais, os transgêneros em presídios masculinos, levando-se em consideração seu estado mais suscetível de sofrer crimes por parte de outros presos.

5 CONCLUSÃO

Sintetizando o raciocínio trabalhado neste artigo, cumpre destacar o foco desse estudo quanto à evidente falha do Estado na concessão das garantias devidas aos presidiários que estão sob a sua tutela, sejam eles transgêneros ou não. Responsabilidade essa, por sua vez, pela qual deverá responder objetivamente.

Além disso, considerando-se aqueles apenados que possuem uma desfora de gênero, faz-se necessário, ainda, um tratamento isonômico, na sua acepção material; isto é, na medida das suas desigualdades.

Pois, em face das suas condições especiais, esses presos não podem receber o mesmo tratamento conferido aos demais, sendo obrigados, por exemplo, a conviverem com as adversidades de um presídio masculino quando, em essência, são mulheres, tal qual foi analisado no artigo em pauta.

Conforme visto, trata-se de questão bastante sensível e, em razão dessa sensibilidade, deve ser trabalhada com a acuidade que merece. Porém, infelizmente essa ainda não é uma pauta ordinária do legislativo brasileiro e/ou tampouco do judiciário. Dessa forma, as agressões e violações aos direitos humanos dessas pessoas são reiteradas dia após dia.

Devem ser garantidos, nesse viés, os direitos à vida, à igualdade, à liberdade, à intimidade, à honra, e à segurança em geral. O Estado deve, sobretudo, dispor de instrumentos hábeis e eficazes para assegurar tais direitos, e, no caso de não conseguir evitar os danos, deve indenizar proporcionalmente, seja ao preso, seja à sua família.

Nesse sentido é que se faz importante um estudo na linha de raciocínio aqui perquirida a fim de que, pelo menos, o assunto seja debatido para poder ser em algum momento questionado pelos tribunais superiores do país, no intuito de se fazer cessar a violência estrutural a qual “adoece” o Estado e assola a nação das mais variadas maneiras.

REFERÊNCIAS

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

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

GALVÃO, Giovana Mendonça; MARTINS, Tallita de Carvalho. Criminalização da pobreza: o produto de uma violência estrutural, **Transgressões**, Natal, v. 1, n. 2, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6576/5089>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

WILLEMAN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade civil das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

CIVIL LIABILITY OF STATE IN THE CRIMES COMMITTED AGAINST TRANSGENDER INSIDE THE BRAZILIAN'S MALE PRISONS

RESUME: Analyzes the civil liability of the State in the crimes committed against transgender people within the Brazilian male prisons. Weaves considerations about the indifference of society and the judiciary itself to the problem at hand. Critically debate the role of the state as the guarantor of human rights of prisoners in general. It points to solutions that can be taken on the screen in context, like compensation for moral and material damages. Notes the importance of the participation of society itself down the institutionalization of a structural violence which supports largely the problem in question.

Keywords: State liability. Transgender. Human rights.