IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA I

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

LILIAN MÁRCIA BALMANT EMERIQUE

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

P273

Participação e Democracia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UASB

Coordenadores: Gina Esmeralda Chávez Vallejo; Lilian Márcia Balmant Emerique; Armando Albuquerque de Oliveira. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-680-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. IX Encontro Internacional do CONPEDI (9 : 2018 : Quito/ EC, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – SC – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad Andina Simón Bolivar - UASB
Quito – Equador
www.uasb.edu.ec

IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

O IX Encontro Internacional do CONPEDI em Quito (Equador), dedicado ao tema da "Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito", ocorreu no mês de outubro de 2018, mês em que a Constituição Brasileira de 1988 completou 30 anos e a Constituição do Equador de 2008 completou 10 anos de existência. Os dois processos constituintes tiveram em comum a preocupação em aprofundar a democracia por meio da participação popular instituindo e aprimorando mecanismos de participação cidadã em diversos níveis.

No Brasil, a Constituição de 1988 gerou cinco diferentes institutos próprios para fomentar a participação popular: participação direta por meio do plebiscito, referendo, iniciativa popular; participação nos conselhos de políticas públicas nas áreas da saúde, assistência social e políticas urbanas; participação nos planos diretores municipais; participação nas comissões parlamentares; e participação nos legislativos estaduais. Além destes, ainda podemos mencionar os instrumentos consultivos como as audiências públicas em matérias de políticas públicas, nos processos legislativos e nos processos judiciais; os instrumentos de informação e controle junto aos órgãos públicos e outras modalidades pulverizadas de canais de comunicação e aproximação do cidadão da máquina pública.

A intensificação democrática e ampliação dos instrumentos de participação ocorreram na América Latina de um modo geral e, em particular, no Equador com a Constituição de 2008, em que estes foram traços marcantes do processo constituinte, introduzindo a participação em múltiplas situações por meio de: plebiscito, referendo, iniciativa popular (para criar, reformar ou derrogar leis), revocatória de mandato, silla vacía, veedurias, assembleias, cabildos populares, audiências públicas, conselhos consultivos, observatórios, dentre outros instrumentos promotores da cidadania, bem como a própria estruturação de poderes do Estado rompendo com a tradicional estrutura tripartite para dimensionar funções de Estado, figurando para além das clássicas também a Função de Transparência e Controle Social e a Função Eleitoral

O Grupo de Trabalho Participação e Democracia, contou com a submissão de 29 trabalhos, dos quais 17 foram apresentados durante o evento. As comunicações efetuadas pelos

participantes denotam a crescente preocupação com os horizontes democráticos na América Latina e, principalmente, no Brasil, tanto na dimensão teórica como na sua práxis, com vistas à promoção da eficácia e efetividade dos canais estruturados com propósito de agenciar melhoramentos e a ampliação dos seus usos. O diálogo foi conduzido num tom que buscou assinalar as inegáveis conquistas democráticas, o fortalecimento das instâncias participativas como jamais antes presenciado na região e o reforço democrático ocasionado pelos documentos constitucionais, em que pese suas fragilidades operacionais.

Os trabalhos apresentados se dedicaram ao exame da democracia representativa e o estudos dos problemas e alternativas para melhorias dos processos eleitorais (Fake News, representação política compartida); a avaliação da democracia em relação à capacidade de efetivação dos direitos das minorias e grupos vulneráveis, em particular mulheres, crianças e adolescentes e pessoas encarceradas; debates em torno da participação cidadã na construção, execução e avaliação das políticas públicas (ambientais, educacionais, de acesso à internet etc.); análise dos processos legislativos e dos obstáculos normativos e operacionais para a efetivação da participação popular; crítica sobre o papel do Judiciário na democracia e no controle dos processos políticos; apreciação de aspectos relacionados ao controle social democrático.

Os trabalhos foram dispostos em três sessões temáticas na seguinte ordem: I- Democracia e participação popular: aspectos gerais e dimensões legislativas: 1- “Fragilidades das democracias Latino-Americanas e Caribenhas: uma análise empírica (2006 e 2017)” Armando Albuquerque de Oliveira, Caio Victor Nunes Marques; 2- “Em defesa da participação: análise da iniciativa popular para alteração da Constituição no Brasil e no Equador” Lilian Márcia Balmant Emerique, Ilana Aló Cardoso Ribeiro; 3- “O direito fundamental à participação política por meio da iniciativa legislativa popular e o requisito formal do número de assinaturas dos cidadãos apoiadores de projetos de lei” Itamar de Ávila Ramos; 4- “A representação política compartida entre cidadãos participativos e políticos: um princípio a fortalecer o Poder Legislativo” Gabriel Augusto Mendes Borges; II- Democracia e participação cidadã nas políticas públicas e na garantia de direitos: 5- “Responsabilidade civil do Estado por dano no meio ambiente carcerário e sua forma de reparação – análise à luz dos direitos fundamentais em um Estado brasileiro supostamente com participação democrática” Ricardo Ferreira Barouch, Elcio Nacur Rezende; 6- “Mineração e direitos humanos: o caso de Bento Rodrigues/Mariana, Minas Gerais” José Cláudio Junqueira Ribeiro, Francis de Almeida Araújo Lisboa; 7- “Planejamento participativo da educação infantil nos municípios brasileiros: perspectivas e desafios à luz de um caso em concreto no estado do Paraná” Luiz Henrique Batista de Oliveira Pedrozo, Fernando de Brito Alves; 8- “A crise da democracia na América Latina e a implementação de políticas públicas como

forma de acesso à Justiça" Adriana Fasolo Pilati Scheleder, Cristiny Mroczkoski Rocha; 9- "Conferências Nacionais de políticas para mulher e a formulação de diretrizes para as políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher no Brasil: participação e representação" Maria Carolina Carvalho Motta; 10- "Teoria da escolha social na consolidação do acesso à internet como instrumento para garantia de direitos fundamentais do cidadão" Rosilene Paiva Marinho de Sousa, Fernando Antônio de Vasconcelos; 11- Participação e democracia: as garantias extrainstitucionais dos direitos sociais e o exercício da cidadania a partir de uma perspectiva garantística e democrática" Rodrigo Garcia Schwarz, Larissa Thielle Arcaro; 12- "Democracia participativa por meio do controle social: o discurso da razão prática na esfera pública" Danilo Pierote Silva, Edinilson Donisete Machado;

III- Balanço da participação e democracia na atividade jurisdicional: 13- "A desvalorização constitucional diante do desgoverno judicial: uma crítica jurídico-constitucional ao ativismo nas atuações do Judiciário brasileiro em detrimento da participação popular no regime democrático" Fernando Antônio da Silva Alves; 14- "A contribuição do modelo fraco do controle de constitucionalidade neozelandês para superar a crise de legitimidade do modelo ultra forte brasileiro" Cláudia Maria Barbosa, Camila Salgueiro da Purificação Marques; 15- "A efetivação do direito fundamental à democracia através da mediação comunitária" Juliana Guanaes Silva de Carvalho Farias; 16- "O recurso extraordinário como espécie de exercício da democracia participativa: a repercussão geral de questão constitucional e os efeitos erga omnes da decisão de mérito" Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Rafaela Cândida Tavares Costa; 17- "Crimes contra a honra praticados por Fake News: uma ameaça a democracia e a participação política" Rhayssam Poubel de Alencar Arraes.

Enfim, os conteúdos explorados nos artigos assinalam a inquietação com a dinâmica da participação e democracia muito além dos processos eleitorais em si mesmos, mas num fluxo permanente na sociedade, reconhecendo a necessidade ativa de enraizamento democrático e de aprimoramento dos institutos e movimentos de participação cidadã em todas as esferas de poder e com extensa imersão social legitimadora.

A riqueza dos enfoques teóricos e os múltiplos espectros temáticos abordados refletem a importância da investigação e da imersão acadêmica dos Programas de Pós-Graduação em Direito nos principais problemas em torno da democracia e participação cidadã a circundar a realidade social. Mais uma vez se observou e a necessidade de criar redes nacionais e internacionais de pesquisa para arraigar diagnósticos e a busca de soluções para os problemas levantados dentro de eixos de análise comprometidos com olhares, saberes e epistemologias próprias para atender as demandas latino-americanas.

Lilian Márcia Balmant Emerique (UFRJ – Brasil)

Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UFPB – Brasil)

Gina Esmeralda Chávez Vallejo (IAEN – Equador)

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO NO MEIO AMBIENTE CARCERÁRIO E SUA FORMA DE REPARAÇÃO – ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UM ESTADO BRASILEIRO SUPOSTAMENTE COM PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

CIVIL LIABILITY OF THE STATE FOR DAMAGE TO THE CARCERARY ENVIRONMENT AND ITS REMEDY - ANALYSIS IN THE LIGHT OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN A BRAZILIAN STATE SUPPOSEDLY WITH DEMOCRATIC PARTICIPATION

Ricardo Ferreira Barouch [1]
Elcio Nacur Rezende [2]

Resumo

A crise penitenciária brasileira induz a responsabilidade civil por danos ocorridos no ambiente carcerário. Isso porque o Estado não tem observado os direitos fundamentais dos encarcerados – o que ocasiona verdadeiro estado de inconstitucionalidade por omissão e afronta a democracia. Diante da ineficácia da responsabilidade civil para dar cabo a esse estado de omissão e de oferecer reparação adequada aos apenados, forçoso se torna tratar o tema sob a ótica da tutela ambiental. O objetivo deste artigo é demonstrar que a situação carcerária não respeita os direitos fundamentais e a democracia com metodologia empírica e bibliográfica com raciocínio dedutivo.

Palavras-chave: Crise penitenciária, Meio ambiente carcerário, Dano ambiental, Responsabilidade civil, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The brazilian prison crisis induces discussion of civil liability for damages in prison environment. This is because the State has not observed fundamental rights that regulate prison conditions - which brings about a true state of unconstitutionality by omission and affront democracy. Faced with inefficacy of civil liability to end this state of omission and to provide adequate reparation to the victims, it is necessary to treat the issue from the perspective of environmental protection.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Penitentiary crisis, Prison environment, Environmental damage, Civil responsability, Democracy

[1] Aluno do programa de mestrado da Escola Superior Dom Hélder Câmara. Advogado e professor universitário. Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos e pós-graduado em Direito Público.

[2] Doutor e Mestre em Direito. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara.

1 INTRODUÇÃO

As condições de absoluta precariedade dos nossos estabelecimentos prisionais têm resultado incontáveis discussões no âmbito jurídico, que vão desde o excesso e eventual abuso de prisões cautelares à responsabilidade civil do Estado por danos causados aos apenados.

Empiricamente, sem qualquer esforço intelectual, é inexorável que os encarcerados, como irá se demonstrar, tem seus direitos fundamentais afrontados, vez que a própria dignidade humana, fundamento da República brasileira, constitucionalmente consagrada é, sem dúvida, aviltada em razão de condições abomináveis de ambiente nas celas dos diversos estabelecimentos prisionais.

Outrossim, em um Estado onde a Democracia e a participação popular na gestão da coisa pública, também são preceitos constitucionais, a situação carcerária também é elemento que afasta qualquer argumento minimamente respaldado, que se pretende afirmar que o Brasil é merecedor de respeito social, antropológico e jurídico pela comunidade das nações.

O assunto, dessa maneira, é dos mais urgentes na agenda do país. E é especialmente caro o tema da responsabilidade civil do Estado, porque é reconhecidamente inconstitucional o estado de degradação dos estabelecimentos penitenciários brasileiros.

Tanto assim que o Supremo Tribunal Federal foi instado a examinar o assunto no âmbito do recurso extraordinário nº. 580.252/MS, da relatoria do ministro Teori Zavascki, oportunidade em que o Tribunal Constitucional reconheceu o direito do recorrente em obter indenização por danos morais em face das condições degradantes do cárcere.

Com efeito, o julgamento desse recurso extraordinário, que constitui o marco teórico do artigo, deixou às escâncaras que os estabelecimentos prisionais brasileiros não observam minimamente as condições estabelecidas pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, frustrando a eficácia de direitos fundamentais. E mais propriamente, deixou evidenciado que o modelo de reparação patrimonialista da responsabilidade civil não apresenta solução adequada e eficaz. Antes, mantém o estado de inconstitucionalidade e garante a permanência da degradação, porquanto o valor da indenização representaria, de tão irrisório, odiosa ofensa a ideia de justiça restaurativa.

Por isso, mais do que oportuno, é imprescindível trazer o assunto para o âmbito da tutela ambiental, com os instrumentos e os princípios correspondentes, de sorte que sejam superados os limites individualistas da responsabilização.

Isso porque, no âmbito da tutela ambiental, os danos ocorridos no ambiente carcerário não atingem tão somente o indivíduo, mas a coletividade de maneira indistinta, pois a degradação desse ambiente importará severas e graves consequências para o estrato social, comprometendo, especialmente, a qualidade de vida e a segurança pública.

Eis, então, o objetivo do trabalho, qual seja aclarar que a responsabilidade civil ocorrida no ambiente carcerário deve ser estudada conforme as balizas do dano ambiental, e não consoante a regra da responsabilidade civil subjetiva ou puramente objetiva.

O artigo possui, além da introdução, outros quatro capítulos. Ao final, faz-se conclusão sobre o trabalho. Serão objeto da análise princípios de Direito Ambiental; princípios e regras que norteiam a execução penal; a responsabilidade civil do Estado e o seu tratamento jurisprudencial e doutrinário sob a ótica da teoria tradicional; o julgamento do STF no recurso extraordinário nº. 580.252/MS; e, ao final, a proposição da responsabilidade civil por dano ao meio ambiente carcerário, com os seus consectários que haverão de contribuir para a efetividade da tutela ambiental e dos direitos fundamentais que circundam esse especial meio ambiente.

A investigação envolverá pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial, de modo a esclarecer a inserção do ambiente carcerário sob a proteção de tutela ambiental e, sobretudo, estabelecer a responsabilidade civil sob a ótica do risco criado.

O problema posto neste texto é se a situação carcerária brasileira condiz com um a democracia, possuindo como tema central a demonstração das condições ambientais dos estabelecimentos prisionais e o modo como a Ciência Jurídica tem tratado tal problema. Objetiva-se, pois, demonstrar ao leitor o paradoxo entre a Dignidade da Pessoa Humana e a situação dos encarcerados, através de uma metodologia de pesquisa empírica lastreada na doutrina e jurisprudência sobre o tema.

2 MEIO AMBIENTE CARCERÁRIO E PROTEÇÃO NORMATIVO-CONSTITUCIONAL

O tratamento constitucional dedicado ao meio ambiente não busca tutelar de maneira exclusiva os recursos naturais[1]. Antes, a disciplina constitucional alcança, de igual forma,

[1] A defesa tão somente dos recursos naturais atrairia a visão simplistas de que falam Ana Paula Cabral Balim, Luíza Rosso Mota e Maria Beatriz Oliveira da Silva: "*A perspectiva simplista que se pretende criticar é a perspectiva cartesiana que considera o meio ambiente como mero objeto, construída sob um modelo capitalista*

uma série de relações governamentais, interpessoais e intergeracionais, a envolver, de modo obrigatório, nesse complexo trato, o Poder Público e a coletividade que possuem responsabilidades intangíveis em relação a incontáveis *meios ambientes* (*v.g.*, natural, artificial, social, cultural, urbano, carcerário etc.).

É o que observa Antônio Herman Benjamin, um dos referenciais teóricos aqui abordados, sobre as inovações introduzidas no texto constitucional a respeito da proteção do meio ambiente:

> Esse conjunto de inovações constitucionais, substantivas e formais, mais cedo ou mais tarde haverá de levar, no plano mais amplo da Teoria Geral do Direito, a uma nova estrutura jurídica de regência das pessoas e dos bens. Da autonomia jurídica ao meio ambiente decorre um regime próprio de tutela, já não centrado nos componentes do meio ambiente como coisas; muito ao contrário, trata-se de um conjunto aberto de direitos e obrigações, de caráter relacional, que, como acima referido, é verdadeira ordem pública ambiental, nascida em berço constitucional.(CANOTILHO, 2012, p. 111/112).

Por essa razão, o conceito de meio ambiente é difuso, carecedor de interpretações que possam identificar a relação entre o homem e os vários meios ambientes conhecidos[2], e os diversos meios ambientes entre si. Realizada essa identificação, pode-se estabelecer o que é meio ambiente para fins de proteção do Direito Ambiental.

Lilian Mendes Haber, valendo-se das lições de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, explica:

> Fiorillo sobre o meio ambiente e suas apresentações explicita – Natural: o meio ambiente natural ou físico é constituído pela atmosfera, pelos elementos da biosfera, pelas águas (inclusive pelo mar territorial), pelo solo, pelo subsolo (inclusive recursos minerais), pela fauna e flora. Concentra o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e meio em que vivem. Artificial: o meio ambiente artificial é compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto). Cultural: o bem que compõe o patrimônio cultural traduz a história de um povo, a sua formação, a sua cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania, que constitui princípio fundamental norteador da República Federativa do Brasil. Trabalho: caracteriza-se pelo complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa ou sociedade, objeto de direitos subjetivos provados e invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que a frequentam. (HABER, 2015, p. 246/247)

---

*de produção que não percebe a natureza como algo além de mero recurso, insumo. Essa é ainda hoje a perspectiva dominante na sociedade, visto que, conforme exposto, por mais que a temática ambiental tenha sido inserida nas pautas de discussões políticas, jurídicas e sociais, seu interesse está deturpado pela busca de um desenvolvimento que permite a continuidade da exploração de maneira '*sustentável'" (BALIM, 2014, p. 174).

[2]Sérgio Guerra, em sua obra, corrobora com a observação: "*Estabelecer um conceito preciso para o meio ambiente é tarefa árdua, em razão de sua mutação de acordo com as transformações da sociedade, no tocante aos valores culturais, sociais e políticos*" (GUERRA, 2014, p. 88).

A lei, corroborando com essa assertiva, deixa evidenciado que o meio ambiente é o "*conjunto de condições, leis, influências, e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*" (art. 3º, inciso I, da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981).

Nesse contexto, inegavelmente pode ser inserido o meio ambiente carcerário adequado enquanto condição legal para a privação da liberdade do ser humano, até porque as condições carcerárias derivam da noção de meio ambiente artificial.

Ora, a Constituição e a Lei de Execução Penal estabeleceram rígidos critérios para o equilíbrio do ambiente carcerário. Por isso, o Poder Público deve, rigorosamente, manter o cárcere nas condições ambientais que determinar a norma jurídica, até porque influencia, negativa ou positivamente, na finalidade da pena e na concreção do valor da dignidade da pessoa humana.

Guilherme de Souza Nucci, a propósito das condições dos estabelecimentos penais, pontifica:

> São os lugares apropriados para o cumprimento da pena nos regimes fechado, semiaberto e aberto, bem como para as medidas de segurança. Servem, ainda, exigindo-se a devida separação, para abrigar os presos provisórios, mulheres e maiores de sessenta anos devem ter locais especiais (art. 82,, §1º, LEP).
> Conforme a sua destinação, o estabelecimento deve contar com áreas e serviços voltados à assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva dos presos. Os que forem destinados às mulheres terão, ainda, berçário, onde elas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, pelo período, no mínimo, até seis meses de idade (art. 83, §2º, LEP). Além disso, os previstos nos §2º deverão possuir unicamente agentes penitenciárias do sexo feminino para atuar na segurança de suas dependências internas (art. 83, §3º, LEP). (NUCCI, 2015, p. 970)

Ou seja, trata-se de estabelecimento que deve atender uma série de requisitos, sem o que deve ser considerado local inadequado para fins de execução penal[3].

Dessa maneira, o ambiente carcerário passa a ser alcançado pela tutela ambiental[4], notadamente a ação estatal que deve realizar direitos fundamentais voltados para garantir a execução da pena em condições determinadas.

[3]É válido rememorar que o STF, no julgamento do HC 143.641/SP,decidiu que o estabelecimento penal não seria local adequado para mães grávidas e com filhos até 12 anos de idade. Por isso, a elas foi deferido o direito de prisão domiciliar.

[4] O conceito de direito ambiental: *"Constitui o conjunto de regras jurídicas de direito público que norteiam as atividades humanas, ora impondo limites, ora induzindo comportamentos por meio de instrumentos econômicos, com o objetivo de garantir que essas atividades não causem danos ao meio ambiente, impondo-se responsabilização e as consequentes sanções aos transgressores dessas normas"*. (GRANZIERA, 2014, p. 6)

Correta é a observação, na medida em que em torno do meio ambiente carcerário gravitam os postulados constitucionais do respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX), a vedação das penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (art. 5º, XLVII), além da individualização da pena (art. 5º, XLVI).

E não se olvide, ainda, o que dispõe a Lei Federal nº. 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a execução penal e, entre outros assuntos, estabelece requisitos básicos para a unidade celular (art. 88, LEP), que deve ser salubre, com condições de ventilação, iluminação e térmicas adequadas à existência humana.

Acrescente mais – os estabelecimentos penais devem prestar aos apenados efetiva assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (art. 11, LEP) e, ainda, proporcionar trabalho para que se satisfaça a finalidade educativa da pena e de concreção da dignidade da pessoa humana (art. 28, LEP).

Nesse ponto, vê-se que há um emaranhado de obrigações estatais que não se resumem apenas às condições físicas do estabelecimento penal. Há também necessidade de prestação de serviços assistenciais para que o ambiente prisional atenda aos requisitos de meio ambiente sadio. Essa inclusão é importante, pois permite que se conclua que o ambiente carcerário sadio encontra sua disciplina no âmbito do Direito Ambiental. E a partir dessa constatação, surgem consectários de extrema importância, notadamente para se alterar o estado de coisas inconstitucionais a que estão submetidos inúmeros presos brasileiros.

Dentre as diversas consequências possíveis, destaque-se a inserção do princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente. Ou seja, essa concepção torna a atuação obrigatória, de modo que o assunto não pode ser visto apenas sob a ótica de oportunidade e conveniência da administração pública, tampouco ser restringida pela cláusula da reserva do possível (comumente utilizadas para a não realização das políticas públicas). É o que anota a doutrina especializada:

> Ressalte-se que se a defesa do meio ambiente é um dever do Estado, a atividade dos órgãos e agentes estatais na promoção da preservação da qualidade ambiental passa a ser, consequentemente, de natureza compulsória, obrigatória. Com isso, torna-se viável exigir do Poder Público o exercício efetivo das competências ambientais que lhe forem outorgadas, evidentemente com as regras e contornos previstos na Constituição e nas leis. (MIRRA, 2015, p. 347).

E mais, sendo atividade compulsória do Estado, a ação ou omissão que violar essa obrigação enseja a responsabilização civil em razão das condutas lesivas (Ibid., p. 356). Por isso, é preciso analisar se as balizas da responsabilidade civil, como tradicionalmente

concebida, seriam suficientes para aplacar o desrespeito às normas que regulam esse especialíssimo meio ambiente.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Tradicionalmente, entende-se que a responsabilidade civil do Estado, em razão de condutas comissivas, encontra positivada no art. 37, §6º, da Constituição. O texto constitucional estabeleceu, dessa maneira, o que se denomina responsabilidade objetiva do Estado, de inspiração na teoria do risco administrativo[5]. Segundo apregoa essa doutrina, independentemente da discussão de culpa, o poder público tem o dever de indenizar se demonstrado o dano e o nexo de causalidade com o fato administrativo.

Com efeito, considera-se que em função da incomparável vantagem econômica do Estado e de suas incontáveis prerrogativas em face do cidadão, e ainda o fato de que o Estado deve se submeter ao império da lei como qualquer outro ente, o dever de indenizar dispensa a prova da culpa. Dentro dessa percepção, a teoria do risco administrativo se aplicaria tanto nas condutas omissivas, quanto nas comissivas. A responsabilidade objetiva ocorreria em ambas as situações.

Contudo, parte da doutrina administrativista tem posição diversa, a ponderar que o mesmo não ocorreria na hipótese de omissão estatal. Entende-se que os casos de omissão do Estado não estariam abrangidos pela hipótese do §6º do art. 37 da Constituição, haja vista que a norma em referência faz alusão expressa à conduta comissiva.

Então, ter-se-ia um abrandamento do regime de responsabilização, exigindo-se, além da prova do dano e do nexo de causalidade, a demonstração da culpa. Esse entendimento se vale do que prescreve o texto constitucional, que cuidaria, segundo se diz, especificamente de conduta comissiva. Faria coro a essa linha de raciocínio o que dispõe o parágrafo único do art.

[5]José dos Santos Carvalho Filho leciona sobre a gênese da responsabilidade objetiva do Estado: "*Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas que o administrado. É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos. Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado*" (Ibid., p. 489-490).

927 do Código Civil – a obrigação de reparar o dano, sem a comprovação de culpa, se dá nos casos especificados em lei.

Dessa forma, em nosso ordenamento jurídico, haveria duas espécies de responsabilização do Estado: em se cuidando de conduta comissiva, aplica-se a teoria da responsabilidade objetiva; ao contrário, se a conduta for omissiva, a teoria da responsabilidade subjetiva, que carece da prova da culpa, além do dano e do nexo de causalidade com o fato administrativo.

Contudo, esse não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, mesmos nos casos de omissão do Estado (mas reservados aos casos em que o poder público tem o dever legal de agir), aplica a teoria da responsabilidade objetiva, dispensando, portanto, a prova da culpa.

Registre-se, por derradeiro, que há ainda abalizados julgados a defender a teoria do risco integral[6]. Entretanto, ver-se-á que, situado o meio ambiente carcerário dentro da órbita de proteção do Direito Ambiental, algumas particularidades precisam ser analisadas e devidamente consideradas, notadamente em função de que em matéria ambiental o Estado tem o dever de agir (cf. art. 225 da CF).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO MEIO AMBIENTE CARCERÁRIO

O Pretório Excelso, no julgamento do recurso extraordinário 580.252/MS, em certa medida, reafirma a sua jurisprudência de que as condutas comissivas e omissivas se submetem ao regime da responsabilidade objetiva, nos moldes do art. 37, §6º, da CF[7].

Segundo o magistério jurisprudencial do STF, o dever do Estado manter os estabelecimentos penais em condições dignas não dependeria da demonstração da culpa, até

[6] Vide: STJ, REsp 1374284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014. O STF, entretanto, rejeita de forma enfática mencionada teoria, como foi feito no julgamento do RE 841.256, rel. ministro Luiz Fux.

[7] Para tanto, confira: STF, RE 841526, rel. ministro Luiz Fux. No voto do ministro Luiz Fux há reprodução de Gustavo Tepedino, que assim se manifesta sobre a impossibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado: "*Não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando de legislador constituinte – ubilex non distinguitnec nos distingueredebemus. A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dentre os quais se destacam o da isonomia e o da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade qualquer construção ou dispositivo subjetivista, que se torna, assim, revogado ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional*." (TEPEDINO, 2008, p. 221).

porque a Constituição estabelece deveres e vedações de natureza imperativa que, não cumpridas, fariam exsurgir o dever de indenizar. Assim, a responsabilidade civil por danos causados aos presos seria objetiva, porquanto o Estado nega efetividade a princípios e direitos fundamentais do cidadão.

Mas destaque-se que se está diante de negação ou descumprimento de preceitos fundamentais que prevêem especial fim de agir do Estado, todos devidamente titulados na própria Carta Política de 1988, entre os quais podem ser destacados a promoção da dignidade da pessoa humana, a proteção à integridade física e moral dos presos e a vedação de penas cruéis. Seria, portanto, negação a dever relevante e não a qualquer outro dever, pois, ao revés, estar-se-ia atraindo a teoria do risco integral.

Por sua vez, o ministro Luís Roberto Barroso, embora a concordar com as balizas fundamentais do voto do ministro Teori Zavascki (de que se trata de responsabilidade objetiva), faz observação importante, a dizer que, no caso, não se trata de conduta omissiva, mas comissiva, tendo em vista que o Estado submete o preso a condições degradantes. Ou seja, o ato seria comissivo, pois se está a compreender que o Estado, ciente da absoluta precariedade dos estabelecimentos penais, submete pessoas – presos preventivos e condenados pela prática de crimes – ao cumprimento de penas degradantes. Ademais, o estabelecimento prisional é instituição total! A responsabilidade, dessa sorte, ocorreria por ato comissivo, negando-se, em certa medida, que houvesse ato omissivo. De qualquer modo, prevaleceu no âmbito do STF o entendimento de que, em matéria carcerária, em função do dever legal de agir do Estado, a responsabilidade não seria subjetiva, mas objetiva.

De outro lado, o Pretório Excelso deparou com a necessidade de analisar se a responsabilidade civil do Estado poderia ser obstada pela cláusula da reserva do possível – o que foi plenamente rejeitado no julgamento do recurso extraordinário em questão.

O ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, se posicionou de modo enfático, a pontuar que a lógica da reparação em que se assenta a responsabilidade civil não poderia pactuar com o óbice da cláusula da reserva do possível – cuja invocação seria mais adequada em relação a direitos sociais previstos em normas programáticas.

Não bastasse, o ministro Roberto Barroso noticiou que, em matéria dessa jaez, não seria pertinente a aplicação da reserva do possível em face de direitos fundamentais, sob pena de atrair a irresponsabilidade estatal. Sob o tema, os ministros foram acordes. Não se poderia, efetivamente, negar aos presos, submetidos a tratamento dos mais nefastos nos estabelecimentos penais, o direito à reparação por dano moral em face do odioso

descumprimento do especial fim de agir do Estado em relação às garantias de que gozam todos os seres humanos, ainda que encarcerados. Seria impensável supor que os presos perderiam a sua condição humana.

O ponto de divergência havido no julgamento do recurso extraordinário 580.252/MS concentra-se na forma de reparação do dano. Ao passo que o ministro Teori Zavascki, relator primitivo do acórdão, entendeu que seria o caso de resgatar a sentença de Primeira Instância para determinar reparação pecuniária no importe de R$2.000,00 – ao que foi acompanhado pelos ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowisck, Carmén Lúcia, Marco Aurélio, Rosa Weber, Dias Toffoli –, o ministro Roberto Barroso aplicou reparação de cunho penal – acompanhado pelos ministros Celso de Mello e Luiz Fux.

Isso porque, segundo o ministro Roberto Barroso, a indenização seria insuficiente para indenizar o preso pelos danos suportados no ambiente carcerário inóspito. E, além do mais, induziria a uma injusta e incorreta precificação dos atributos da personalidade e da dignidade da pessoa humana. Destaque-se trecho do voto do min. Roberto Barroso:

> Ela gera uma tendência à precificação dos direitos da personalidade e da própria dignidade da pessoa humana e induz à adoção de um cálculo utilitarista, de custos e benefícios, na produção dos danos. Se o valor das indenizações for menor que o preço atribuído às qualidades humanas, 'melhor' prosseguir com a conduta lesiva do que impedir a ocorrência do dano. Nessa lógica de mercado, ofensas morais passam a ser admitidas desde que se possa arcar com o custo correspondente. Ainda, a compensação estritamente financeira estimula demandas oportunistas – a 'indústria do dano moral' –, nas quais a invocação de interesses existenciais volta-se tão-somente à obtenção de lucros. (RE 580.252/MS)

Diante desse quadro de impossibilidade de se aplicar responsabilidade civil de concepção patrimonialista, o ministro Roberto Barroso propôs a aplicação do instituto da remição para fins de reparação do dano, de modo que o preso, submetido a tratamento degradante, tivesse um dia de perdão da pena a cada 3 a 7 dias de cumprimento da pena. Veja-se:

> 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. (Ibid.)

Portanto, consoante o entendimento do ministro Roberto Barroso, a responsabilidade civil, com consequência eminente civil, não seria suficiente nem adequada para solucionar a inconstitucionalidade das condições carcerárias brasileiras.

A sua proposição é para que se avance mais, especialmente em direção a uma nova forma de reparação pelos danos causados ao apenado. Embora voto vencido, a posição sufragada pelo ministro Roberto Barroso aponta convergências relevantes em benefício de solução mais arrojada em tema de dano ambiental ocorrido no meio ambiente carcerário.

Não se pode deixar de censurar, todavia, a posição vencedora no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que ainda se vale das balizas da responsabilidade civil de conteúdo eminente patrimonialista para cuidar de assunto de conteúdo plúrimo (envolve violação a direitos fundamentais) e de alcance ilimitado (dano que atinge coletividade indeterminada). Por isso, apregoa-se a necessidade de se aproveitar a direção revelada pelo voto minoritário do ministro Roberto Barroso, que foi acompanhado pelos ministros Celso de Mello e Luiz Fux, e introduzi-la, adequadamente, dentro da concepção da responsabilidade civil ambiental, de forma que se torne mais eficaz diante das violações ocorridas no âmbito dos estabelecimentos prisionais que são espécie singular de meio ambiente.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL NO ÂMBITO DO MEIO AMBIENTE CARCERÁRIO

Incluído o meio ambiente carcerário no âmbito de tutela do Direito Ambiental, vê-se que a responsabilidade civil do Estado ganha uma nova e importante roupagem, inclusive para se afastar de maneira peremptória a discussão acerca da existência ou não do especial dever de agir (porquanto, nesse ponto, se torna também indiscutível a sua ocorrência diante do princípio da intervenção obrigatória do Estado na defesa do meio ambiente[8]) e, de outro lado, atrair a teoria do risco criado, mesmo porque nessa seara se está a discutir o descumprimento de direitos fundamentais que regulam esse especialíssimo meio ambiente – o carcerário[9].

[8]Paulo Affonso Leme Machado, ao discorrer sobre o princípio da obrigatoriedade da intervenção do Poder Público, anota: "*Os Estados passam a ter responsabilidade em exercer um controle que dê bons resultados, e devem ser responsáveis pela ineficiência na implementação de sua legislação*" (MACHADO, 2016, p. 138).

[9]Em relação aos direitos fundamentais que orientam a execução penal, Renato Marcão assinala: *"Afirmar a natureza jurisdicional da execução penal implica admitir sua sujeição aos princípios e garantias constitucionais incidentes"* (MARCÃO, 2015, p. 34).

E, além do mais, essa concepção abrandaria os conhecidos óbices da demonstração da responsabilidade civil, como, por exemplo, a realização de prova da conduta comissiva e do nexo de causalidade[10].

Isso porque, necessariamente, dever-se-á observar o §1º do art. 14 da Lei Federal 6.938/81, que assim dispõe:

> § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

É o que destaca Herman Benjamin:

> O art. 14, §1º, como se percebe, de uma tacada só, rompeu duas pilastras de sustentação do paradigma aquiliano-individualista: a) objetivou a responsabilidade civil; b) legitimou para a cobrança de eventual reparação o Ministério Público, legitimação esta que, logo em seguida, em 1985, pela Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) seria ampliada, permitindo-se que a ação principal e a cautelar fosse proposta também por outros organismos públicos e por associações ambientais (BENJAMIN, 2015, p. 99-100).

O §3º do art. 225 da Constituição também merece destaque, pois a norma constitucional responsabiliza os que causarem danos ao meio ambiente, obrigando-os à reparar o mal infringido por sua conduta ou atividade, independentemente de culpa[11]. É que o emprego do verbo *reparar* estaria atraindo a presunção da culpa[12].

De outro lado, como sugere Herman Benjamin, em relação à demonstração de nexo de causalidade, poder-se-ia erigir presunção de causalidade, a determinar que o Estado fizesse prova de inocorrência do nexo de causalidade.

Veja-se:

> A prova do nexo causal no campo ambiental pode ser facilitada de inúmeras maneiras. Primeiro, com as presunções de causalidade, principalmente levando em conta que, como regra, estamos 'na presença de uma atividade perigosa', onde, com

[10] Herman Benjamin, em artigo intitulado "Responsabilidade civil pelo dano ambiental", adverte que o modelo clássico de responsabilidade civil não se coaduna com a proteção do meio ambiente e a necessidade de reparação do dano. Confira-se: "*Também é sabido que a responsabilidade civil convencional não tem, em muitos casos, o condão de influenciar degradadores potenciais que não se sintam ameaçados por uma possível ação civil, seja porque o sistema substantivo é falho (responsabilidade civil subjetiva e dificuldades de prova do nexo causal e do dano), seja porque não é facilmente implementável (problemas de acesso à justiça)*" (BENJAMIN, 2015, p. 95).

[11] Herman Benjamin ensina que o texto constitucional ao utilizar-se da expressão "reparar" está a indicar que a demonstração de culpa é despicienda. Seria pleonasmo inserir a expressão "independentemente de culpa" (Ibid., p. 125).

[12] Sobre o assunto: José de Aguiar Dias. **Da responsabilidade civil**, ed. Renovar, 11ª ed., p. 111.

> maior razão, presume-se *iuris tantum* o nexo. Segundo, com a inversão mais ampla do ônus da prova, uma vez verificada a multiplicidade de potenciais fontes degradadoras e a situação de fragilidade das vítimas. Terceiro, com a previsão de sistemas inovadores de causalidade, como o da responsabilidade civil alternativa ou baseada em 'parcela de mercado' (Market shareliabillity). (BENJAMIN, 2015, p. 129).

Esse entendimento encontra eco na doutrina de José Afonso da Silva, que destaca que, em casos tais, o nexo de causalidade deve ser atenuado, permitindo presunções sobre a responsabilidade (SILVA, 2008, p. 325).

Portanto, segundo essas balizas, a responsabilidade civil do Estado por danos ocorridos no meio ambiente carcerário em detrimento do apenado ocorreria sob a forma objetiva – dispensando-se a demonstração de culpa – e com o arrefecimento do nexo de causalidade.

Essa ideia atribuiria ao Poder Público o ônus da prova para afastar o mencionado nexo, até porque o condenado, privado de sua liberdade, encontra-se em situação de considerável desvantagem. Do contrário, quedando-se inerte o poder público ou se a prova não desfizer o nexo causal, o estado de degradação poderá ser presumido[13].

A proteção processual estaria, então, moldada dentro dessa linha de entendimento.

Mas não é tudo. Em face do princípio da intervenção obrigatória do Estado na defesa do meio ambiente, tem-se a inegável aproximação do dever de prevenção, já que haveria um especial dever de agir do Estado em face dos direitos fundamentais dos cidadãos presos preventivamente e condenados (que, como amplamente sabido, não perdem a condição de destinatários de normas protetivas da Constituição).

Ora, direitos fundamentais devem ser rigorosamente cumpridos, pois se situam no ápice do texto constitucional que, inclusive, proíbe qualquer iniciativa de supressão (art. 60, §4º, IV, da CF) e limitação de sua eficácia (art. 5º, §1º, da CF).

Nesse contexto, a título de direito comparado, oportuna é a lição de Robert Alexy que descreve a posição dos direitos fundamentais na Constituição alemã:

> A posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico da Alemanha é caracterizada por quatros extremosos direitos fundamentais regulam, em primeiro lugar, com o grau mais elevado, em segundo lugar, com a maior força executória, em terceiro lugar, os objetos de maior importância e, em quarto lugar, com a maior medida de abertura. (ALEXY, 2014, 127).

[13]O estado de degradação de nossas penitenciárias, a propósito, é amplamente conhecido. Não faria sentido, diante disso, exigir que o apenado viesse a produzir prova de que o ambiente carcerário se encontra em condições deploráveis e degradantes, a contrastar com todas as garantias constitucionais sobre o assunto.

Sobre a maior força executória, Alexy aponta:

> O artigo 1º, parágrafo 3º da Lei Fundamental determina que os direitos fundamentais vinculam, como direito imediatamente válido, a legislação, o poder executivo e a jurisdição. Isso significa uma quebra das tradições constitucionais do Império e da República de Weimar. Na República de Weimar, inúmeros direitos fundamentais valiam simplesmente como proposições programáticas, que não eram executáveis judicialmente. Quem quiser ser polêmico pode dizer que eles eram lírica constitucional. Na República Federal, a observância de todos os direitos fundamentais é, ao contrário, completamente controlada pela justiça, o que começa nas instâncias inferiores, por exemplo, a justiça administrativa, e termina no Tribunal Constitucional Federal em Karlsruche. (Ibid., p. 127-128)

Portanto, além da ausência de discussão da culpa e do arrefecimento do nexo de causalidade, a Constituição brasileira, em função da máxima força executória dos direitos fundamentais (que regulam o meio ambiente carcerário), oferece salvaguarda preventiva. Isso implica dizer que o apenado não carece demonstrar o dano ambiental, tendo em vista que o descumprimento dos postulados da execução da pena e a não mantença das condições sadias dos estabelecimentos penais fazem presumir o dano, mesmo porque, repita-se, são obrigações que derivam de direitos fundamentais.

Não por outro motivo que Celso Antônio Pacheco Fiorillo destaca em relação ao princípio da prevenção:

> A efetiva proteção do dano deve-se também ao papel exercido pelo Estado na punição correta do poluidor, pois, dessa forma, ela passa a ser um estimulante negativo contra a prática de agressões ao meio ambiente. (FIORILLO, 2012, p. 127).

Essa concepção de dever de cuidado preventivo do Estado, ainda, admite a proposição de ações coletivas no Judiciário[14], a fim de que, presumindo-se o dano, possa ser corrigida, dentro do que for possível, a violação a esse meio ambiente especial.

Fiorillo novamente corrobora:

> O princípio da prevenção encontra-se presente ainda na ótica do Poder Judiciário e da Administração. Com efeito, a aplicação da jurisdição coletiva, que contempla mecanismos de tutela mais adaptados aos direitos difusos, objetivando impedir a continuidade do evento danoso, bem como a possibilidade de ajuizamento de ações que apenas visem uma situação preventiva, a fim de evitar o início de uma degradação (através de liminares, de tutela antecipada), a aplicação do real e efetivo acesso à justiça e o princípio da igualdade real, estabelecendo tratamento paritário entre os litigantes, são instrumentos utilizados com vistas a salvaguardar o meio ambiente e a qualidade de vida. (Ibid., p. 127-128).

[14]A ação civil pública, manejada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, poderia ser amplamente utilizada para reparar os danos ambientais ocorridos nos estabelecimentos penais, como autoriza o art. 1º, I, c/c art. 5º, I e II, da Lei Federal 7.347/1985.

O dever de prevenção, dessa forma, contribui para que as normas fundamentais que regulam e protegem o meio ambiente carcerário tenham, realmente, a máxima proteção, até porque o encarceramento em massa, sem a observância dos postulados constitucionais em destaque, traz risco insuportável (o que é conhecido) para o tecido social.

Para tanto, basta rememorar que os estabelecimentos prisionais brasileiros produzem muito mais criminosos do que cidadãos socialmente recuperados e aptos para o retorno ao convívio social. Consoante sabido, o sistema penal brasileiro é sinônimo de ineficiência que coloca em xeque a própria segurança pública[15].

A prevenção é, dessa maneira, ao lado da presunção de dano e de culpa, importante elemento, a fim de que o meio ambiente carcerário deixe de produzir riscos já conhecidos[16].

Por fim, cuide-se da reparação do dano.

Com efeito, em matéria de dano ambiental, a legislação faz menção à reparação a terceiros afetados por sua atividade. Pressupõe-se, dessa maneira, que o poluidor, em determinados casos, poderia reparar o meio ambiente degradado, ou seja, admite-se uma presunção de que poder-se-ia restaurar o *status quo ante*.

Mas, em matéria de meio ambiente carcerário, sabe-se que as suas condições nunca foram as idealizadas pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, que seriam de respeito à integridade física e moral do preso, de conferir máxima proteção a sua dignidade[17] e de prepará-lo para a sua reinserção social. A realidade está muito longe disso.

O ideal seria que o Estado promovesse essa reparação, fazendo com que as condições carcerárias estivessem em conformidade com as normas – com o que o dano ambiental

---

[15]Sobre o assunto, confira: Heleno Cláudio Fragoso, **alternativas da pena privativa de liberdade**.

[16]Norma Sueli Padilha diferencia precaução da prevenção: "*Nesse sentido, o princípio da prevenção tem como objetivo impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente, por meio da imposição de medidas acauteladoras, antes da implantação de empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras. Mas é preciso, também estabelecer uma diferença entre precaução e prevenção que, na língua portuguesa, são praticamente sinônimos, uma vez que a maioria da doutrina do Direito Ambiental optou por separar ambos os princípios. Seguindo o sentido exato das palavras, prevenção é antecipar-se, chegar antes, é antecipação do tempo com intuito conhecido. Por sua vez, precaução significa precaver-se, tomar cuidados antecipados com o desconhecido, agir com cautela evitando efeitos indesejáveis*" (PADILHA, 2010, p. 253).

[17]A humanização da execução penal é princípio aplicável ao assunto de estatura constitucional e, por isso, a sua inobservância agride direito fundamental previsto no art. 5º, XLVII, da Constituição. É o que preleciona Guilherme de Souza Nucci: "*O princípio da humanidade é adotado, constitucionalmente, envolvendo não apenas o Direito Penal, como também o Direito da Execução Penal*" (NUCCI, 2015, 942). Entretanto, com o observa o mesmo jurista: "*Na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto*" (NUCCI, 2015, p. 942).

cometido em face dos apenados seria drasticamente reparado. Mas essa observação não passa de idealização, na medida em que a realidade mostra um quadro absolutamente diverso, de absoluta degradação dos estabelecimentos prisionais.

De outra senda, a modalidade indenizatória, tal qual ocorreu no âmbito do recurso extraordinário 580.252/MS, afigura-se absolutamente ineficaz e desproporcional, na medida em que o valor é insuficiente e, ademais, não se poderia precificar equitativamente o dano e as agruras a que estão submetidos os apenados em ambientes inóspitos. Além de ser medida absolutamente ineficiente em matéria de ambiente carcerário, considerando que se condenariam os apenados a um eterno estado de inconstitucionalidade.

Dessa maneira, não se superou a concepção individualista e patrimonialista da responsabilidade civil.

Por isso, a hipótese de remição da pena mostra-se, em certa medida, a solução mais eficaz, de modo que o dano impingido seja o tanto quanto possível reparado caso a caso, com a diminuição equitativa da quantidade da pena, tal qual como proposto pelo ministro Luís Roberto Barroso em seu voto vencido.

Ora, se "*qualquer critério de reparação do dano ambiental é sempre falho e insuficiente*" (ANTUNES, 2015, p. 393), *in casu,* o dano ambiental gerado pela degradação do meio ambiente carcerário deve ser medido pelo grau de lesividade e estabelecida, assim, a reparação na forma de remição.

Dessa forma, a formatação responsabilidade civil no âmbito da tutela ambiental é relevante instrumento de coação. Ora, como bem apontou Beatriz Souza Costa (COSTA, 2011, p. 215), a responsabilidade civil ambiental é instrumento eficiente para que se restaure ou recupere o meio ambiente degradado, sobretudo quando se verifica que a prevenção e toda sorte de medidas administrativas falham de maneira fragorosa.

Por isso, a solução apresentada pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do recurso extraordinário nº 580.252/MS, é adequada, mesmo porque permite a introdução de regras e dos limites da responsabilidade civil do Estado por dano ambiental[18].

Com efeito, o modelo da reparação por meio da remição representa maneira de se superar as dificuldades da responsabilidade civil prevista no Código Civil, sobretudo a via da

[18] Para tanto se pode fazer uma interpretação integradora do direito. Veja-se que a Lei 6.938/81, em seu art. 14, §1º, faz alusão à reparação, assim como a Constituição em seu art. 225, §3º. Ademais, em assunto de dano ao meio ambiente, a Lei da Ação Civil Pública, em seu art. 3º, prescreve a possibilidade de condenação em obrigação de fazer e não fazer. Portanto, é plenamente cabível a aplicação da remição em casos de dano causado pela atividade estatal no âmbito do meio ambiente carcerário.

precificação do dano que nem sempre é satisfatória e, especialmente, o seu viés meramente individualista.

Por isso, é preciso redimensionar a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente carcerário, de sorte que se efetivem as normas protetivas desse meio ambiente especial que, hodiernamente, encontra-se relegado à sua própria sorte, a revelar um quadro pavoroso de omissão inconstitucional.

6 CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida demonstra que é inconciliável, cientificamente falando, a situação do meio ambiente carcerário brasileiro com a Democracia.

Com efeito, demonstrada está que o encarcerado no Brasil, em sua grande maioria, tem sua dignidade afrontada e, por consequência, um dos princípios fundantes do constitucionalismo brasileiro, inclusive positivado no texto constitucional, é deveras desrespeitado.

Nesse sentido, a responsabilidade civil, tradicionalmente vista sob o viés patrimonialista e individualista, não apresenta soluções adequadas para se buscar forma justa de reparação para os danos ocorridos no meio ambiente carcerário.

Isso porque a mera indenização em dinheiro, além de não ser eficaz para fazer cessar o dano ambiental, inviabilizaria os recursos financeiros do Estado que devem ser destinados para o cumprimento das obrigações constitucionais de promover condições dignas do estabelecimento prisional.

Por essa razão, a inclusão do meio ambiente carcerário no âmbito da tutela ambiental é medida salutar, haja vista que, em função dos princípios informadores, permite que seja o tema tratado sob uma ótica holística, de modo que o dano represente agressão a direitos fundamentais não só do cidadão, mas do meio ambiente prisional e de toda a coletividade que possui interesse direto na recuperação dos apenados, que haverão de retornar ao convívio social.

De outro lado, vê-se que, efetivamente, a responsabilidade civil, tradicionalmente conduzida pelas normas do Direito Civil, não se presta a dar efetividade aos direitos fundamentais que envolvem o tema. Pois, ora vacila na responsabilidade subjetiva, ora na dificuldade de se demonstrar o nexo de causalidade, a permitir, então, que a omissão em assunto dessa envergadura permaneça incólume.

Mas, como se viu, no regime de tutela ambiental, os danos ao meio ambiente carcerário dispensam a prova da culpa e há o arrefecimento do ônus da prova do nexo de causalidade, repassando para o Estado o dever de produção probatória.

Isso porque, consoante realçado, o dano se presume em face do princípio da prevenção, porquanto, em matéria de ambiente carcerário, o texto constitucional o presumiu defronte o descumprimento de direitos fundamentais.

Por fim, não bastando o critério da prevenção, deve-se adotar também o dever de reparação, que não pode ocorrer pela via da precificação do sofrimento e da conduta estatal lesiva ao meio ambiente carcerário. Mas pela aplicação de instituto reparador, que é a remição.

Por essa razão, é perfeitamente possível adotar a solução elencada pelo ministro Roberto Barroso no seu voto no julgamento do recurso extraordinário nº. 580.252/MS, que aplicou o instituto de remição para reparar o dano impingido ao apenado submetido a tratamento degradante no estabelecimento penal.

A inovação é importante, até porque vem para refrear e infirmar posições conservadoras que estão a permitir o estado de inconstitucionalidade e de agressão ao meio ambiente carcerário – cuja higidez a todos, indistintamente, interessa.

Conclui-se, em resposta categórica, que a partir do prisma dos encarcerados, o Brasil não está em harmonia com que as Ciências do Estado denominam Democracia, vez que o meio ambiente carcerário não se coaduna com a Dignidade da Pessoa Humana, princípio expresso no texto da Constituição da República.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, 384 p.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**. In: MILARÉ, Édis (org.); MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). Doutrinas essenciais de direito ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 5, 1373 p.

BALIM, Ana Paula Cabral; MOTA, Luiza Rosso; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da.**Complexidade ambiental: o repensar da relação homem-natureza e seus desafios na sociedade contemporânea**. Veredas do Direito, v. 11, n. 21, jan-jun. de 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. In: MILARÉ, Édis (org.); MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). Doutrinas essenciais de direito ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 5, 1373 p.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei Federal 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 06 de abril de 2018.

_____. Congresso Nacional. **Lei Federal nº. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 de março de 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais ns. 1/1992 a 78/2014, pelo Decreto Legislativo n. 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão ns. 1 a 6/1994. Brasília, DF: Senado Federal, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 de março de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1374284/MG**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1344503&num_registro=201201082657&data=20140905&formato=PDF>. Acesso em: 24 de março de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 143.641/SP**. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOSKI. 2ª Turma do STF, julgado em 20/02/2018. Acórdão pendente de publicação. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 08 de abril de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 580252**, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 24 de março de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 841526**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>. Acesso em: 24 de março 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, 433 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007, 18ª ed., 1080 p.

COSTA, Beatriz Souza. **A responsabilidade civil ambiental: uma visão comparada**. *In:* Temas de Direito – produções da Escola Superior Dom Helder Câmara. Homenagem a Helena Greco. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2011, 440 p.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. São Paulo: Renovar, 2006, 11ª ed., 1.148 p.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, 13ª ed., 901 p.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Alternativas da pena privativa de liberdade**. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002201224-alternativas_pena_privativa_liberdade.pdf>. Acesso em: 11 de abril de 2018.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental.** São Paulo: Atlas, 2014, 3ª ed., 808 p.

GUERRA, Sérgio. **Curso de direito ambiental.** São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2014, 459 p.

HABER, Lilian Mendes. **O sobreprincípio da soberana qualidade de vida**. In: MILARÉ, Édis (org.); MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). Doutrinas essenciais de direito ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 1, 1337 p.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016, 24ª ed., 1.407 p.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, 13ª ed., 376 p.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Princípios fundamentais do direito ambiental**. In: MILARÉ, Édis (org.); MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). Doutrinas essenciais de direito ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 1, 1337 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 12ª ed., 1039 p.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, 452 p.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. **A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4ª ed.