**STJ – Superior Tribunal de Justiça**

**Notícias**

**DECISÃO**

17/08/2018 09:03

**Segunda Turma reconhece pré-questionamento ficto e determina demolição de obra em área de preservação**

Com amparo no [**artigo 1.025**](http://www.planalto.gov.br/ccivIl_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1025) do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, que admite o pré-questionamento ficto de matéria jurídica levantada em embargos de declaração rejeitados no tribunal de origem, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reformou acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) para determinar a demolição de uma edificação erguida em área de preservação permanente (APP) nas margens do rio Itajaí-Açu e determinar a recomposição do espaço natural.

O pré-questionamento ficto ocorre quando a parte aponta omissões em embargos declaratórios que são rejeitados pela corte de origem, mas tais omissões são reconhecidas pelo STJ. Nesses casos, segundo o artigo 1.025 do CPC, o recurso especial é cabível em relação aos pontos levantados nos embargos, e o STJ pode decidir sobre eles ainda que o tribunal de segunda instância não tenha emitido juízo de valor a respeito da matéria.

A questão processual foi debatida durante o julgamento de recurso interposto pelo Ibama em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal com o objetivo de exigir a demolição de obra em APP e a recuperação da área.

**Omissões importantes**

Segundo o relator do recurso, ministro Og Fernandes, o TRF4 de fato se omitiu – como sustentou o Ibama – no exame de teses relevantes arguidas nos embargos de declaração, particularmente em relação à inaplicabilidade da teoria do fato consumado e à inexistência de direito adquirido a degradar o meio ambiente.

“Na espécie, o recorrente questionou elementos jurídicos relevantes que não foram apreciados de forma explicitamente fundamentada pela instância ordinária”, disse o ministro, observando que, em tais situações, conforme prevê o artigo 1.025, os elementos tidos como omissos passam a fazer parte do acórdão recorrido, ficando assim atendida a exigência do pré-questionamento.

**Súmula**

De acordo com o relator, a [**Súmula 211**](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27211%27).sub.) do STJ continua válida, mas deve ser interpretada à luz do Enunciado Administrativo 3 do tribunal, segundo o qual os requisitos de admissibilidade do CPC/2015 são exigidos nos recursos interpostos contra decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016 (data de vigência do novo código).

Assim, segundo Og Fernandes, a súmula – que considera inadmissível a questão recursal não debatida pelo tribunal de origem, a despeito da oposição de embargos – “se mantém irretocável perante a análise de recurso especial cuja decisão combatida foi prolatada durante a vigência do antigo *codex* processual (CPC/1973). Contudo, quando o apelo nobre é interposto contra aresto publicado na vigência do novo CPC, torna-se imperioso o reconhecimento do pré-questionamento ficto, consagrado no artigo 1.025”.

**Demolição necessária**

Quanto à infração ambiental que motivou o recurso, o ministro afirmou que não basta impedir novas construções ou determinar medidas compensatórias; é preciso demolir a construção, devido à inaplicabilidade da teoria do fato consumado nessas situações.

“A simples manutenção da edificação irregular em área de preservação permanente elidiu o ecossistema e a paisagística do local. Desse modo, para assegurar a função ecológica da APP, a demolição é medida que se impõe”, disse ele.

Og Fernandes disse que a responsabilização pela recomposição da área de preservação é objetiva, fundada na teoria do risco integral. Ele lembrou que, em questões relacionadas ao meio ambiente, deve haver a preponderância dos princípios da precaução e do poluidor pagador, “impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O ministro citou a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), na qual a atividade ruinosa do poluidor corresponde a uma indevida apropriação pessoal de bens de todos. A regulamentação, segundo Og Fernandes, substituiu o princípio da responsabilidade subjetiva, fundamentado na culpa, pelo da responsabilidade objetiva, fundamentado no risco da atividade.

**Direito inexistente**

O relator explicou ainda que a aplicação da teoria do fato consumado equivale a perpetuar um suposto direito de poluir, o que vai contra o postulado do meio ambiente equilibrado – bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida.

Para o ministro, a proteção do direito adquirido não pode ser suscitada para mitigar o dever de salvaguarda ambiental, não servindo para justificar o desmatamento da flora nativa, a ocupação de espaços protegidos pela legislação, muito menos para autorizar a manutenção de conduta potencialmente lesiva ao meio ambiente.

Og Fernandes destacou a aprovação pela Primeira Seção do STJ, em maio de 2018, da Súmula 613, segundo a qual “não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de direito ambiental”.

Leia o [**acórdão**](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1733616&num_registro=201700852712&data=20180813&formato=PDF).

**Esta notícia refere-se ao(s) processo(s):** [**REsp 1667087**](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201667087)