

TC 014.919/2010-9

Apensos: TC 025.241/2012-5,
TC 005.290/2013-9, TC 000.282/2014-6,
TC 013.325/2014-0, TC 017.813/2014-0,
TC 005.178/2015-0, TC 016.984/2015-3,
TC 000.027/2016-2, TC 011.859/2016-4,
TC 018.921/2016-7, TC 025.629/2016-6.

Tipo: Relatório de Auditoria. FISCOBRAS 2010. Construção do Arco Rodoviário Metropolitano do Rio de Janeiro.

Unidades Jurisdicionadas: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, vinculado ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. Secretaria de Estado de Obras do Estado do Rio de Janeiro – Seobras/RJ

Recorrente: Secretaria de Estado de Obras do estado do Rio de Janeiro – Seobras/RJ. Sr. Hudson Braga, CPF 498.912.607-63.

Procurador ou Advogado: Tathiane Vieira Viggiano Fernandes (OAB 27.154/DG) e outros. João Geraldo Piquet Carneiro (OAB 800-A/DF) e outros. Percival José Bariani Júnior (OAB 252.566/SP) e outros. Paulo Aristóteles Amador de Sousa. João Gabriel Perotto Pagot (OAB 12055/MT).

Interessado em sustentação oral: Não há

Sumário: Arco Rodoviário Metropolitano do Rio de Janeiro. Sobrepreço no item indenização de jazidas. Pedido de reexame apreciado no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário. Provimento parcial. Decisão de caráter provisório, excepcional e passível de revisão em face de resultado de estudo sobre metodologia para indenização de jazidas. Novas oitivas das empresas contratadas, da Seobras/RJ, e do DNIT para que se pronunciem acerca do estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) e da consequente formulação de preço do item indenização de jazida resultante da conclusão do trabalho da Unidade Técnica.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedido de reexame (peça 107) formulado pelo então secretário estadual de obras do estado do Rio de Janeiro, Sr. Hudson Braga, contra determinação exarada pelo Tribunal de Contas da União nos subitens 9.2.1 e 9.5.2 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge) (peça 20, p. 6-8).

2. O referido acórdão apreciou questões trazidas no Relatório de Fiscalização 278/2010 (peça 3, p. 14-50 e peça 4, p. 1-47), elaborado pela Secob-2, tendo por objeto as obras de construção do segmento C do Arco Rodoviário Metropolitano do estado do Rio de Janeiro, auditoria de conformidade que integrou o Fiscobras 2010.
3. Essa obra recebeu recursos federais por intermédio do Convênio TT-262/2007-00 (Siafi 618972), celebrado entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT e a Secretaria de Estado de Obras do estado do Rio de Janeiro – Seobras/RJ.
4. Consulta realizada em 26/1/2018 no portal da transparência (<http://www.portaltransparencia.gov.br/convenios/DetalhaConvênio.asp?CodConvênio=618972&TipoConsulta=0&UF=rj&CodMunicípio=6001&CodOrgão=&Página=1&Período=>) indicou que a última liberação de recursos federais ocorreu em 23/12/2015, no valor de R\$ 117.194.066,34. A vigência do convênio findará em 31/7/2018. O valor convenciado é de R\$ 1.223.380.678,16, e o valor da contrapartida do estado do Rio de Janeiro é de R\$ 314.439.975,56.
5. De acordo com a cláusula segunda do Convênio TT-262/2007-00, o concedente (DNIT) participa com 75,3757% do valor do objeto, enquanto o conveniente (Governo do Estado do Rio de Janeiro) participa com 24,6243%.
6. O empreendimento, dividido em quatro lotes, foi licitado pela Seobras/RJ. Os contratos foram assinados em 30/4/2008 (peça 3, p. 19), durante a gestão do então governador, o Sr. Sérgio Cabral Filho, um dos signatários do referido convênio.
7. Entre os achados apontados no Relatório de Fiscalização 278/2010 estão o de sobrepreço unitário no item de planilha orçamentária intitulado “indenização de jazida”, bem como o de sobrepreço resultante de jogo de planilha. A equipe de auditoria apontou, inicialmente, um potencial prejuízo ao erário da ordem de R\$ 53.000.000,00 a valores de maio de 2007 (peça 4, p. 10).
8. No caso da obra de construção do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, a indenização de jazida foi alçada à condição de item de expressiva relevância nos contratos, passando, em todos os lotes, a encabeçar a faixa A da curva ABC após a elaboração do projeto executivo (peça 96).
9. No projeto básico licitado, o item indenização de jazida sequer figurava entre os 36 itens que compunham a faixa A da curva ABC do lote 1 (peça 96, p. 30-31). No caso do lote 2, o item indenização e jazida ocupava a 49ª e última posição na faixa A da curva ABC do projeto básico licitado (peça 96, p. 34). No lote 3, o item ocupava a 19ª posição na faixa A da curva ABC do projeto básico licitado (peça 96, p. 37). Finalmente no lote 4, o item indenização de jazida ocupava a 12ª posição na faixa A da curva ABC do projeto licitado (peça 96, p. 42).
10. A Tabela I, a seguir, apresenta os valores totais contratados para os quatro lotes, os valores exatos de sobrepreço alusivo ao item indenização de jazida, bem como a nova posição relativa do item na faixa A da curva ABC após a elaboração do projeto executivo.

Tabela I: Resumo de informações relativas aos contratos de execução do Arco Metropolitano do Rio

Lote	Empresas vencedoras	Contrato	Valor do Contrato* (Ref. maio/2007)	Sobrepreço no item indenização de jazida** (Ref. maio/2007)	Posição do item na curva ABC do projeto executivo***
1	Consórcio Arco Metropolitano do Rio (empresas Norberto Odebrecht e Andrade Gutierrez)	007/2008	R\$ 214.536.754,65	R\$ 14.681.139,78	3ª
2	Consórcio Carioca Christiani-Nielsen e Queiroz Galvão	008/2008	R\$ 218.127.252,67	R\$ 9.210.293,52	7ª

3	Consórcio Arco do Rio (empresas OAS e Camargo Corrêa)	009/2009	R\$ 194.998.970,17	R\$ 11.068.473,00	4ª
4	Consórcio Arco Metropolitano Rio (empresas Delta Construções e Oriente Construção)	010/2010	R\$ 169.204.405,26	R\$ 17.122.728,10	1ª

* valor constante relatório (peça 4, p. 31/33)

** valor constante no voto (peça 20, p. 3)

*** posição indicada segundo (peça 96, p.31,35,39, 44)

11. No curso destes autos, após sucessivas deliberações, o Tribunal prolatou, em sede de pedido de reexame interposto pela Seobras/RJ, o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes) (peça 224). Nele constou determinação (subitem 9.2) para que a então Secob-2 ultimasse a conclusão de estudos relativos à metodologia de cálculo de preço do insumo denominado “indenização de jazida” (material M980 do Sicro-2), com vistas a subsidiar a decisão definitiva do Tribunal acerca da matéria, que foi o foco da discussão que resultou no supracitado acórdão. O exato teor do acórdão mencionado neste parágrafo encontra-se reproduzido mais adiante, no campo desta instrução intitulado histórico.

12. Uma vez concluído o estudo a cargo desta Unidade Técnica Especializada, o processo foi enviado para o gabinete do relator do pedido de reexame (peça 329, p. 45, item 294), e de lá para o gabinete do relator *a quo*, Exmo. Ministro Vital do Rego, o qual exarou despacho (peça 347) determinando a realização de novas oitivas dos consórcios construtores, do DNIT e da Seobras/RJ, para que se pronunciassem acerca do estudo da SeinfraRodovias (sucessora da Secob-2) e da consequente formulação de preço do item indenização de jazida resultante da conclusão trabalho da Unidade Técnica do Tribunal.

13. Esta instrução, portanto, destina-se a analisar as oitivas mencionadas no item anterior, que em último caso são desdobramentos do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes).

14. Por fim, considerando que este processo contém mais de 385 peças, esta instrução traz um apêndice com uma descrição sumária dos relatórios, instruções, acórdãos, estudos, recursos e despachos e outras peças, de modo a facultar ao leitor um acesso rápido aos elementos essenciais à compreensão geral dos autos e das medidas necessárias para o seu saneamento, à parte, é claro, da definição do preço do item indenização de jazida, pendente de apreciação definitiva pelo Tribunal, e que é o objeto desta instrução.

HISTÓRICO

15. No âmbito do Fiscobras/2010, a então Secob-2 fiscalizou a construção da BR-493/RJ, no segmento compreendido entre o entroncamento com a BR-040 e o Porto de Sepetiba, no estado do Rio de Janeiro. Essa obra refere-se ao chamado segmento “C” do Arco Rodoviário Metropolitano do Rio de Janeiro, e integrou o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC. Essa fiscalização decorreu do Acórdão 442/2010 – TCU – Plenário (Ministro Benjamin Zymler).

16. Pondo em marcha o plano de fiscalização aprovado pelo Tribunal, a então Secob-2 publicou a Portaria de Fiscalização 1128/2010 (peça 1, p. 2), alocando equipe e dispondo do prazo de realização dos trabalhos de fiscalização. Em seguida, a Portaria de Fiscalização 1556/2010 (peça 1, p. 50) alterou a portaria inicial, alocando novo prazo para elaboração do relatório. A fase de execução da fiscalização ocorreu entre 7/6/2010 e 18/6/2010.

17. No Relatório de Fiscalização 278/2010, encaminhado em 27/7/2010 ao relator (peça 4, p. 47), à época Exmo. Ministro José Jorge, a equipe de auditoria apontou quatro achados. Desses, três foram inicialmente classificados como IGP, a saber: i) Sobrepreço decorrente de jogo de planilha;

ii) sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado e iii) desvio de objeto em virtude de alterações qualitativas da obra. Um quarto achado foi inicialmente classificado como IGC: Incompatibilidade ou inadequação do critério de medição com o objeto.

18. Notadamente quanto a esses achados classificados inicialmente como IGP, em síntese a equipe de auditoria constatou que o projeto executivo estava a ponto de promover expressivas mudanças em relação ao projeto básico licitado. Tais alterações de projeto culminariam na quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e na perda da vantagem conquistada pela administração no processo licitatório.

19. Apurou-se a existência de indícios de sobrepreço em diversos itens dos contratos relacionados na Tabela 1 desta instrução. Figurou entre os itens com indício de sobrepreço mais expressivos a “indenização de jazida”, cujo preço unitário contratado, nos quatro lotes, foi da ordem de 1000% acima do custo referencial do Sicro-2, de R\$ 1,04/m³.

20. Não fosse o bastante essa diferença observada entre os preços unitários licitado/contratado e o de referência, a equipe de auditoria apurou, ainda no curso da etapa de execução da fiscalização (7/6/2010 e 18/6/2010), que um primeiro termo aditivo estava na iminência de ser assinado entre a Seobras/RJ e os consórcios construtores. Esse termo aditivo abarcaria as alterações que o projeto executivo estava a promover em relação ao projeto básico licitado. Entre essas alterações de projeto estava o substancial acréscimo nos quantitativo de “indenização de jazida”. Os aumentos de quantidade foram de 1.645% para o lote 1; 818,75% para o lote 2; 461,47% para o lote 3 e de 543% para o lote 4 (peça 213, p. 4). Registre-se que o projeto da obra estava a cargo do consórcio Concremat/Tecnosolo.

21. Diante do fundado receio da ocorrência de dano ao Erário, e entendendo estarem presentes os pressupostos da medida cautelar, a Unidade Técnica do TCU propôs ao então relator, Exmo. Ministro José Jorge, a adoção da medida prevista no art. 276 do Regimento Interno do TCU – RITCU (peça 4, p. 25-26).

22. Ao pronunciar-se sobre o relatório encaminhado pela Unidade Técnica, o relator submeteu ao Plenário proposta de deliberação que foi acolhida na sessão de 11/8/2010, sob a forma do Acórdão 1.980/2010 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge) (peça 5, p. 31-32). Nessa primeira deliberação proferida nos autos, o Tribunal acordou reclassificar as irregularidades inicialmente classificadas como IGP para IGC. Ademais, sob o amparo do art. 276 do RITCU, o Plenário decidiu, entre outras determinações:

9.4. determinar à Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro – Seobras/RJ que, **no caso de necessidade de celebração de aditivos** aos Contratos 007/2008,0008/2008, 009/2008 e 010/2008, com vistas a contemplar alterações de serviços indicadas no Projeto Executivo, **adote os valores referenciais indicados no Relatório de Auditoria para os itens “Indenização de jazidas”, “Reaterro mecanizado com areia, inclusive fornecimento de material”, “Colchão drenante de areia para fundação de aterros” e “Geogrelha de poliéster com protetor de PVC, 400kN/m”, até que o Tribunal se pronuncie definitivamente quanto ao mérito destes autos;** (grifo nosso)

23. Todavia, no que diz respeito à determinação acima reproduzida, a Seobras/RJ, ao ser comunicada, informou (documento sem número, de 23/8/2010, assinado pelo Sr. Hudson Braga – peça 44, p. 58-63) que já havia celebrado o termo aditivo antes mesmo da data de prolação do Acórdão 1.980/2010 – TCU – Plenário.

24. Diante disso, e considerando a possibilidade de que as alterações efetivadas acarretassem prejuízo ao Erário – que na avaliação da Unidade Técnica atingiria o montante de R\$ 100,8 milhões (maio/2007) (peça 6, p. 38), dos quais aproximadamente R\$ 53 milhões relativos à indenização de jazida – este Tribunal, por meio do Acórdão 2.674/2010 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge)

(peça 6, p. 39-40), antes mesmo da análise das oitivas dos responsáveis, alterou a redação do subitem 9.4 do Acórdão 1.980/2010 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge), o qual passou a ter a seguinte redação (peça 6, p. 39):

9.4. determinar à Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro – Seobras/RJ que, **em relação aos quantitativos acrescidos pelos Termos Aditivos aos Contratos n°s 07/2008, 08/2008, 09/2008 e 010/2008, limite os pagamentos dos itens 'indenização de jazidas', 'reaterro mecanizado com areia, inclusive fornecimento de material', 'colchão drenante de areia para fundação de aterros' e 'geogrelha de poliéster com protetor de PVC, 400 KN/m', aos valores referenciais indicados no Relatório de Auditoria**, até que o Tribunal decida definitivamente sobre o mérito destes autos (grifamos).

25. Contra essa nova redação trazida no Acórdão 2.674/2010 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge), a Seobras/RJ, por intermédio do seu então secretário Hudson Braga, opôs agravo (peça 45, p. 1-17), alegando que a determinação comprometeria o fluxo financeiro acordado, o que poderia, segundo o recorrente, levar à paralisação das obras. Em virtude disso, o recorrente solicitou que o TCU autorizasse, em caráter excepcional, que a retenção, em montantes iguais aos impugnados pela então Secob-2, ocorresse somente nos últimos pagamentos dos contratos, ou mesmo permitisse a compensação sobre os saldos remanescentes dos aludidos contratos (peça 6, p. 63 e peça 45, p. 12).

26. O Plenário do TCU, ao apreciar o agravo, prolatou o Acórdão 3.031/2010 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge) (peça 6, p.64-65). Entre as determinações contidas nesse terceiro acórdão dos autos, destaca-se aquela contida no seu item 9.3, que alterou, com fulcro no art. 276 do RITCU, os termos do subitem 9.4 do Acórdão 1.980/2010 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge), o qual passou a ter a seguinte redação:

9.4. determinar à Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro – Seobras/RJ que, ao proceder o pagamento das faturas emitidas em razão da execução dos Contratos n°s 07/2008, 08/2008, 09/2008 e 010/2008, retenha o equivalente aos valores apontados pela unidade técnica como indevidos, relativamente aos itens '**indenização de jazidas**', 'reaterro mecanizado com areia, inclusive fornecimento de material', 'colchão drenante de areia para fundação de aterros' e 'geogrelha de poliéster com protetor de PVC, 400 KN/m', na mesma proporção do prejuízo indicado em relação ao saldo remanescente dos respectivos contratos (grifamos).

27. A Seobras/RJ, então, novamente por intermédio do então Secretário da pasta, opôs embargos de declaração contra o subitem 9.3 do Acórdão 3.031/2010 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge) (peça 46, p.1-27), que deu a terceira redação para a medida cautelar originalmente concedida no Acórdão 1.980/2010 TCU – Plenário. Em síntese a Seobras/RJ alegou, em preliminar, o cerceamento do direito de defesa, por não ter tomado conhecimento da apreciação do agravo. No mérito, o recorrente alegou *reformatio in pejus*, na medida que a terceira redação da medida cautelar era mais gravosa e abrangente do que a segunda redação contida no acórdão que apreciou o agravo. Sustentou que a redação conferida à medida cautelar no Acórdão 3.031/2010 – TCU – Plenário não limitava a redução de pagamentos aos aditivos eventualmente firmados, mas a estendia aos quantitativos previstos originalmente nos contratos (peça 46, p.1-27).

28. Por meio do Acórdão 263/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge) (peça 8, p. 6), o Tribunal conheceu dos embargos de declaração e, no mérito concedeu-lhe provimento, tornando insubsistentes os itens 9.1, 9.2 e 9.3 do Acórdão 3.301/2010 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge).

29. Assim, o agravo foi novamente apreciado por meio do Acórdão 387/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge) (peça 8, p. 17-18), no qual se deliberou por dar provimento ao agravo e conferir à medida cautelar relativa ao item 9.4 do Acórdão 1.980/2010 – TCU – Plenário a sua quarta redação, nos seguintes termos:

9.4. determinar à Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro – Seobras/RJ que retenha, ao final da execução dos Contratos n°s 07/2008, 08/2008, 09/2008 e 010/2008, os valores

equivalentes à diferença impugnada pela unidade técnica, relativamente aos itens **‘indenização de jazidas’**, ‘reaterro mecanizado com areia, inclusive fornecimento de material’, ‘colchão drenante de areia para fundação de aterros’ e ‘geogrelha de poliéster com protetor de PVC, 400 KN/m’, correspondentes aos quantitativos elevados/introduzidos por termos aditivos (grifamos).

30. Essa foi, portanto, a redação final da medida cautelar adotada com fulcro no art. 276 do RITCU. As oitivas determinadas originalmente no Acórdão 1.980/2010 – TCU – Plenário foram então analisadas pela Unidade Técnica Especializada, e o Tribunal as apreciou por meio do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge) (peça 14 a peça 20, p.8). Nesse acórdão, o Plenário decidiu:

9.1. revogar a retenção cautelar dos valores contratuais de que trata o Acórdão 387/2011-Plenário;

9.2. determinar à Seobras que:

9.2.1. adote providências no sentido de garantir que o pagamento, com recursos federais, de toda a execução do serviço “indenização de jazidas”, desde o início da execução dos serviços, limite-se ao valor de R\$ 1,25/m³, informando a este Tribunal, no prazo de sessenta dias, as medidas adotadas;

9.2.2. avalie, no caso da “geogrelha de poliéster com protetor de PVC, 400 KN/m”, a possibilidade de adquirir o material separadamente, incluindo nos aditivos apenas os serviços necessários para sua utilização;

9.2.3. fiscalize a correta execução do serviço relacionado ao material destinado a bota-fora, e, na hipótese de impossibilidade da compactação prevista nas especificações de serviço, elabore uma nova composição de preço, procedendo, após homologação pela Coordenação Geral de Custos de Infraestrutura de Transportes do DNIT – CGCIT, às devidas repactuações contratuais, estornando os valores já pagos com preços acima dos resultantes da nova composição;

9.2.4. envie a este Tribunal, no prazo de trinta dias, as planilhas aditivadas dos Contratos n^{os} 007/2008, 008/2008, 009/2008 e 010/2008 em formato “.xls”;

(...)

9.4. determinar ao DNPM e ao DNIT que, em conjunto, promovam estudos com vistas a estabelecer os critérios e limites para a indenização de jazidas, referentes aos materiais utilizados nos trabalhos de movimentação de terras e de desmonte de materiais *in natura*, que se fizerem necessários à abertura de vias de transporte, obras gerais de terraplenagem e de edificações, de que trata o art. 3^o, § 1^o, do Decreto-lei n^o 227, de 28 de fevereiro de 1967, informando ao Tribunal os resultados dos trabalhos;

9.5. determinar ao DNIT que:

(...)

9.5.2. promova, no prazo de até 30 dias, a repactuação do Convênio TT-262/2007-00 com a Seobras, no sentido de excluir, proporcionalmente, o excedente do valor presumido de R\$ 1,25/m³, como apontado no item 9.2.1 supra, sobre o montante do convênio;

(...)

9.7. restituir os autos à Secob-2 para continuidade da instrução das audiências ora determinadas.

31. Inconformada, desta vez com o teor da determinação contida no subitem 9.2.1 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, a Seobras/RJ interpôs pedido de reexame (peça 107) contra o referido subitem do acórdão. O recurso pedia a reforma do Acórdão 2.919/2010 – TCU – Plenário, para que fosse permitida à Seobras/RJ a adoção, como valor referencial do item indenização de jazida, do valor de mercado fixado pela cotação levada a cabo pelo estudo da UERJ (peça 107, p. 33). O referido estudo, por sua vez, integra as peças 84 a 95 destes autos.

32. A Serur instruiu (peça 213) o pedido de reexame formulado pela Seobras/RJ. Propôs aquela Unidade Técnica, ao relator do recurso, Exmo. Ministro Augusto Nardes, negar provimento ao pedido formulado e manter inalterado os termos do acórdão recorrido.

33. O Exmo. Ministro Augusto Nardes, levou o recurso à apreciação do Colegiado na Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012. Na sua proposta de deliberação inicial (peça 225), o relator entendeu que o preço da “indenização de jazida” deveria ser de R\$ 5,84/m³ (maio 2007) e que, ante uma suposta lacuna normativa, deveria ser reconhecido o direito do superficiário à indenização, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 27 do Código de Mineração. O preço de R\$ 5,84/m³ baseou-se em diretrizes metodológicas do estudo da UERJ, ao qual agregaram-se lhes modificações e ajustes que o Exmo. Ministro Augusto Nardes entendeu serem pertinentes no caso concreto.

34. Registre-se que na referida Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012 houve longo debate acerca da proposta inicialmente levada à apreciação pelo relator do pedido de reexame interposto pela Seobras/RJ. Como resultado dessa discussão, na forma de voto complementar, o Exmo. Ministro Augusto Nardes incorporou o entendimento construído pelos demais Ministros e Ministra presentes àquela Sessão. O Tribunal, então, prolatou o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes) (peça 224), vazado nos seguintes termos:

9.1. conhecer do pedido de reexame interposto pela Secretaria de Estado de Obras do Estado do Rio de Janeiro (Seobras), com fundamento no artigo 48 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, conferindo, em decorrência, a seguinte redação aos subitens 9.2.1 e 9.5.2 do Acórdão 2.919/2011-Plenário:

“9.2.1. adote providências no sentido de garantir que o pagamento, com recursos federais, de toda a execução do serviço ‘indenização de jazidas’, desde o início da execução dos serviços, limite-se ao valor de R\$ 5,84/m³, informando a este Tribunal, no prazo de sessenta dias, as medidas adotadas”.

“9.5.2. promova, no prazo de até 30 dias, a repactuação do Convênio TT-262/2007-00 com a Seobras, no sentido de excluir, proporcionalmente, o excedente do valor presumido de R\$ 5,84/m³, como apontado no item 9.2.1 supra, sobre o montante do convênio”;

9.2. determinar à Secob-2 que, no prazo de 90 dias, ultime os estudos relativos à metodologia de precificação do insumo “indenização de jazidas”, levando em conta possível regulamentação da matéria por parte do Poder Executivo, que recentemente sinalizou para a edição de medida provisória, bem como, alternativamente, as conclusões decorrentes do monitoramento da determinação contida no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011-Plenário;

9.3. dar ciência à Seobras/RJ e ao Dnit de que a anuência ao preço unitário de R\$ 5,84/m³, nos termos da nova redação do subitem 9.2.1 do Acórdão 2.919/2011-Plenário, possui caráter provisório e excepcional, aplicável exclusivamente ao Convênio TT-262/2007-00, tendo em vista a ausência normatização específica sobre a matéria, podendo tal entendimento ser novamente revisto, a depender do resultado dos estudos mencionados no subitem anterior;

(...)

35. Ao dar início ao cumprimento do disposto no subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, a então a Secob-2 (SeinfraRodovias) realizou, em 11/4/2013, um painel de referência para discutir o tema da “indenização e jazida”. O painel contou com a participação de representantes do DNIT, da Procuradoria Federal junto ao DNPM, da CGU, da 5ª Câmara do MPF, do TCU, da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados e do Sr. Marcelo Camargo, referência nacional em perícia e avaliação de engenharia, e ex-presidente do Instituto Brasileiro e Avaliações e Perícias de Engenharia de São Paulo, IBAPE/SP. O objetivo do painel foi coletar e reunir as diferentes

visões acerca do tema, de modo a obter subsídios para a elaboração do estudo determinado à Unidade Técnica.

36. Quanto a esse estudo de que trata o subitem 9.2 Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), a então Secob-2 deveria, também, levar em conta a possível regulamentação da matéria por medida provisória ou, alternativamente, as conclusões decorrentes do monitoramento da determinação contida no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário.

37. Permite-se aqui fazer breve digressão para informar que somente em 25/7/2017, dois anos após a conclusão do estudo determinado à então Secob-2, o governo federal editou a medida provisória 790/2017 (MP 790/2017), que altera o Código de Mineração. A referida MP, todavia, teve o seu prazo de vigência encerrado em 28 de novembro de 2017, conforme Ato Declaratório 64/2017 da Mesa do Congresso Nacional.

38. Retomando a narrativa do histórico desses autos, em 7/4/2014 a então SeinfraRodovias, unidade sucessora da Secob-2, diligenciou junto ao DNIT e DNPM, visando obter elementos para confirmar, ou não, a realização do estudo lhes foi determinado no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário.

39. Diante das respostas obtidas na diligência realizada (peça 305), a então Secob-2 produziu o estudo de que trata o subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2011 – TCU – Plenário (peça 329). Na sua elaboração, a Unidade Técnica considerou o contexto de ausência de medida provisória e do estudo conjunto originalmente determinado ao DNIT e DNPM.

40. O estudo da SeinfraRodovias (Secob-2) sobre indenização de jazida foi enviado ao gabinete do relator do recurso, Exmo. Ministro Benjamin Zymler, por força do disposto no art. 152 do RITCU. De lá, conforme critério de redistribuição previsto no art. 153 do RITCU c/c. art. 32 da Resolução – TCU n.175/2005, os autos foram para o gabinete do relator *a quo*, Exmo. Ministro Vital do Rêgo, que sucedeu o Exmo. Ministro José Jorge.

41. Em despacho de 9/3/2016 (peça 347), o Exmo. Ministro Vital do Rêgo observou que as análises empreendidas no estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) diferiam daquelas então apresentadas quando da apreciação do mérito, que fixou o valor da indenização e jazida em R\$ 1,25/m³ (vide Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário – peça 20, p. 6-8). Por essa razão, considerou oportuna a realização de novas oitivas das empresas contratadas, do DNIT e da Seobras/RJ, para que se manifestassem acerca do estudo e da consequente formulação de preço do item indenização de jazida resultante da conclusão do trabalho da Secob-2. Determinou, ademais, a constituição e processo apartado para tratar, junto ao DNPM e ao DNIT, da repercussão geral do estudo para as situações futuras.

42. Essa oitiva determinada pelo relator *a quo*, Exmo. Ministro Vital do Rêgo, notadamente no que diz respeito ao estudo da Secob-2 (peça 329) e a consequente formulação de preço do item indenização de jazida resultante da conclusão daquele trabalho, constitui o objeto desta instrução.

43. Necessário, desde já, registrar um esclarecimento para melhor compreensão desta instrução. As referências aqui feitas em relação ao item “indenização de jazidas” mencionarão o valor de R\$ 1,04/m³. Esse valor refere-se ao custo referencial fixado pelo Tribunal, e obtido a partir do custo das atividades auxiliares do estudo da UERJ, conforme fundamentação trazida no voto do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge), transcrita abaixo:

40. No caso presente, ainda ausentes tais critérios, entendo que o próprio estudo elaborado pela UERJ possa balizar a solução, a partir do custo das atividades auxiliares, que, como já visto, inclui licenciamento ambiental, limpeza de camada vegetal, recomposição da área da jazida com camada vegetal, cobertura vegetal, expurgo de material imprestável, remoção e recomposição de cercas em áreas de jazida, construção e manutenção de acessos na jazida e drenagens provisórias e definitivas para áreas de jazida. O custo dessas atividades auxiliares a que chegou o estudo é de

R\$ 1,03/m³, praticamente o mesmo referenciado no Sicro-2 anteriormente, de R\$ 1,04/m³ (grifamos).

44. A esse custo referencial de R\$ 1,04/m³ para o caso concreto, deve ser acrescido o BDI, chegando-se, desse modo, ao preço de R\$1,25/m³ fixado no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário.

45. Cabe ainda registrar que a definição do custo unitário de referência para a “indenização de jazida”, objeto do pedido de reexame da Seobras/RJ, é essencial, no caso concreto, para o deslinde do achado de jogo de planilha trazido no Relatório de Fiscalização 278/2010, tratado nestes autos.

46. Paralelamente, conforme já foi descrito no tópico “Informações Adicionais” da peça 329, as obras do Arco Metropolitano do Rio foram também objeto do Fiscobras 2011. No âmbito da fiscalização realizada naquele ano (TC 008.788/2011-1), um dos achados refere-se a deficiências no projeto executivo, com superestimativa dos quantitativos de terraplenagem (peça 33 do TC 008.788/2011-1). Além disso, na auditoria realizada em 2011 foram detectadas, nas amostras analisadas, indícios de superfaturamento nas medições dos serviços de corpo de aterro e escavação, ou seja, liquidação a maior dos serviços de terraplenagem (peça 33 do TC 008.788/2011-1). Cumpre mencionar que a liquidação dos serviços de terraplenagem tratada na fiscalização de 2011 está ligada ao preço unitário de referência do item indenização de jazida, objeto de controvérsia neste TC-014.919/2010-9. Portanto, a definição do preço de referência do item indenização de jazida, além de necessária para o deslinde das questões tratadas neste processo também impactará as análises requeridas para o deslinde dos achados trazidos na Fiscalização de 2011 nas obras do Arco Metropolitano do Rio.

47. Por fim, importa mencionar que a peça 305 destes autos contém um quadro resumo das determinações exaradas pelo Tribunal neste processo, e das medidas ainda necessária à apuração das responsabilidades daqueles que foram chamados em audiência no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

48. O exame admissibilidade sobre o pedido de reexame da Seobras/RJ foi realizado pela Serur, e o relator sorteado para apreciar o recurso, Exmo. Ministro Augusto Nardes, conheceu do pedido de reexame (peça 196).

49. O Tribunal apreciou o pleito trazido pela recorrente na Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012, tendo prolatado o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes). Nele o Plenário do Tribunal acordou, entre outras determinações, por dar ciência à recorrente que o preço anuído, de R\$ 5,84/m³, possuía caráter provisório e excepcional, passível de revisão por parte do TCU, a depender das conclusões de estudo determinado à Unidade Técnica Especializada (peças 223, 224, 225, 226 e 387 - item não digitalizável - vídeo da Sessão).

50. Consoante exposição que se seguirá, entende esta Unidade Técnica que o pedido de reexame da Seobras/RJ aguarda apreciação definitiva.

EXAME TÉCNICO

51. Ao iniciar o exame técnico das oitivas facultadas pelo Exmo. Ministro Vital do Rêgo (peça 347), cumpre informar que apenas a Seobras/RJ é recorrente nestes autos. Nem DNIT, nem os consórcios construtores da obra do Arco Metropolitano do Rio recorreram do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge).

52. Passando agora à análise das respostas das oitivas facultadas pelo Exmo. Ministro Vital do Rêgo, é possível identificar, inicialmente, semelhança nas argumentações apresentadas pela Seobras/RJ e pelos consórcios executores. Essas argumentações amparam-se em algumas poucas premissas, as quais serão a seguir enunciadas.

53. Antes, porém, é necessário rememorar que as oitivas visaram que Seobras, Dnit e consórcios se manifestassem sobre o estudo da Secob-2 e a consequente formulação de preço do item indenização de jazida resultante da conclusão desse estudo. Fica, assim, claramente limitado o escopo da oitiva.

54. Dito isto, passa-se a enunciar as premissas que sustentam toda a argumentação trazida pela Seobras/RJ e pelos consórcios executores em suas oitivas. São elas: **i)** O Tribunal, por intermédio do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), teria feito do preço de indenização de jazidas de R\$ 5,84/m³ coisa julgada, sendo esse valor válido exclusivamente para as obras do Arco do Rio, e não válido para as outras obras. Ademais, esse valor poderia ser alterado somente para contratos futuros; **ii)** O estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) estaria a defender a utilização da servidão administrativa para solucionar o caso concreto das obras do Arco Metropolitano do Rio; **iii)** O estudo elaborado pela Secob-2 (SeinfraRodovias) não teria observado as condicionantes determinadas no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário; **iv)** Lei Complementar do estado do Rio de Janeiro estaria a impedir o uso de servidão administrativa para a realização de obras públicas e **v)** O Tribunal não teria entendimento consolidado sobre indenização de jazida.

55. Em que pese a semelhança das premissas que amparam as argumentações da Seobras/RJ e dos consórcios construtores, e a possibilidade agrupá-las e assim sintetizar esta instrução, optou-se, aqui, por analisar as oitivas individualmente.

I. Manifestação da Seobras/RJ em resposta à oitiva:

56. A resposta da Seobras/RJ, assinada pelo atual Secretário de Estado da pasta, Sr. José Iran Peixoto Júnior, constitui a peça 381 destes autos.

57. Inicialmente a Seobras/RJ apresenta um breve histórico do caso, mencionando o Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge) e o valor do item “indenização e jazida” lá estipulado, de R\$ 1,25/m³, resultante do valor R\$ 1,04/m³ mais o BDI de 20,25%. Em seguida, ainda no histórico, o signatário transcreve, na íntegra (peça 381, p. 2-3), os subitens 9.1, 9.2 e 9.3 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário.

58. Ao concluir o tópico intitulado apresentação, o Sr. Secretário de Estado de Obras do estado do Rio de Janeiro, situa o Ofício GSE/SEOBRAS 1.364/2016 no contexto de resposta à oitiva determinada pelo Exmo. Ministro Vital do Rêgo, e declara que sua manifestação consistirá de duas partes.

59. A primeira parte visa sustentar que o estudo determinado no subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes) não se aplica ao caso concreto das obras do Arco Metropolitano do Rio, pois a questão estaria consolidada no mérito pelo acórdão mencionado neste parágrafo.

60. A segunda parte é anunciada como sendo uma defesa do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, tanto no tocante ao procedimento escolhido para a realização das indenizações, quanto em relação ao valor fixado para o item indenização de jazida. O Secretário da Seobras/RJ declara que a sua resposta demonstrará, ao final, ser a modalidade de negociação entre empreiteiros e proprietários da superfície o melhor procedimento a ser adotado pela Administração Pública, se comparado à proposta de utilização do instituto jurídico da servidão administrativa sugerida no estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) (peça 381, p. 3/4).

61. Dando início à primeira parte da argumentação, o secretário da Seobras/RJ afirma que o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário teria expressamente decidido pela repactuação dos preços contratuais, fixando o valor de R\$ 5,84/m³, a ser pago com recursos federais para as obras do arco metropolitano do Rio de Janeiro (peça 381, p. 4).

62. Prossegue afirmando ser possível concluir, a partir da leitura do subitem 9.3 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), que o Tribunal de Contas da

União entendeu por bem fixar, em caráter excepcional, o valor de indenização de jazida em R\$ 5,84/m³, deixando claro que a decisão se aplicava somente ao Convênio TT-262/2007-00, ou seja, às obras do Arco Metropolitano (peça 381, p. 4) (palavra destacada no original).

63. Entende que o TCU pretendeu, com o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, estabelecer o valor de indenização de jazida de R\$ 5,84/m³ especificamente para o caso das obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, deixando aberta a possibilidade de fixar entendimento diverso no caso de novas contratações. Aí, portanto, residiria o caráter excepcional da determinação.

64. O Secretário da Seobras/RJ argumenta que o Tribunal, ao se valer do vocábulo provisório no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, não quis afirmar que a decisão ali tomada seria passível de revisão, mas que tão somente a deliberação não teria validade para outras avenças (peça 381, p.5) (palavra destacada no original).

65. O titular da Seobras/RJ entende que o TCU realizou dois tipos de análises ao proferir o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes). Segundo ele, a primeira análise teria sido em relação ao caso da obra do Arco Metropolitano. A segunda análise efetuada no referido acórdão teria sido um estudo conceitual sobre o tema, o qual seria aplicável a empreendimentos futuros (peça 381, p.5) (grifamos).

66. Valendo-se da repetição como recurso argumentativo, torna a defender que o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário deixou aberta a possibilidade de rever o preço de R\$ 5,84/m³ somente para os casos futuros, não se aplicando a revisão ao caso das obras do Arco Metropolitano (peça 381, p.5) (grifamos).

67. Declara que se não fosse verdadeira a ideia central de sua argumentação, isso implicaria que a decisão do Tribunal estaria a autorizar a execução de obra por preço certo e indeterminado, colacionando trecho de obra doutrinária do professor Marçal Justen Filho para fundamentar essa declaração de juízo (peça 381, p. 5).

68. Reafirma que o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário teria encerrado a questão do valor da indenização de jazida em relação às obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro (peça 381, p. 6), e que apesar de o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) (peça 329) ser de elevada estima, acredita ser inviável aplicá-lo na construção do Arco Metropolitano do Rio, por se tratar de obra já finalizada.

69. Deriva a argumentação para o estudo produzido pela UERJ (peças 84 a 95). Afirma que o estudo da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, apesar das críticas recebidas, coaduna-se melhor com a realidade e as peculiaridades da obra do Arco Metropolitano. Transcreve trecho de apenas um dos dois votos que fundamentaram o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (peças 223 e 225). Em particular, transcreve os itens 33 a 35 da peça 225 destes autos (peça 381, p.6-7).

70. Afirma que a Seobras/RJ, no sentido dos estudos da UERJ, decidiu pela indenização direta, e não pela utilização da servidão administrativa, considerando a indenização direta compatível com o caso da obra do Arco Metropolitano do Rio. Transcreve trecho da obra do professor Marçal Justen Filho sobre o conceito de servidão administrativa exigências para implementação desse instituto jurídico (peça 381, p. 8).

71. A partir da citação feita à obra do professor Justen Filho, o secretário da Seobras/RJ concluiu que a Administração deveria ter instaurado o devido processo para utilizar o instituto da servidão administrativa, ofertando aos superficiários o direito de contraditar o procedimento, fato que não ocorreu, pois segundo o Secretário da Seobras/RJ, trata-se de juízo de conveniência e oportunidade da Administração a escolha do regime jurídico aplicável à obtenção dos recursos minerais necessários à construção do Arco Metropolitano do Rio (grifamos).

72. Referindo-se a peculiaridades da legislação minerária, afirma que o administrador, no seu poder discricionário, optou pela aquisição de material e indenização de jazida, sendo inviável a

aplicação do instituto da servidão administrativa no caso concreto, uma vez que a obra está concluída (peça 381, p. 8).

73. Em seguida retoma a linha de argumentação na qual defende que o TCU, no julgamento que resultou no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, teria encerrado a discussão sobre o preço da indenização de jazida no caso concreto da obra do Arco metropolitano. Afirma entender que o TCU está reabrindo a discussão, e que isso é uma violação à segurança jurídica (peça 381, p. 8)

74. Citando trechos de obras doutrinárias de Almiro Couto Silva, de Canotilho e de Theodoro Júnior, o Secretário da Seobras/RJ procura trazer os conceitos de segurança jurídica e coisa julgada. Frise-se, em particular, que a citação à obra de Humberto Theodoro Júnior é, na essência, excerto do voto proferido no Agravo no RE 592.912/RS (DJe de 22/11/2012) e da decisão no RE 729.631/DF (DJe de 31/7/2013).

75. Ainda acerca da segurança jurídica, o Secretário da Seobras/RJ traz em sua defesa o Acórdão 3.245/2010 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), prolatado no âmbito do processo TC 015.927/2010-5, que trata de pensão civil e incorporação de URP relativa a fevereiro de 1989. Afirma que nesse julgado o TCU privilegiou a segurança jurídica (peça 381, p.11).

76. Ainda sustentando que o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes) teria posto fim a lide, o atual Secretário da Seobras/RJ apela para conceito de coisa julgada administrativa, a qual, segundo trecho doutrinário aduzido, determina a imutabilidade do ato administrativo, mas apenas no âmbito da Administração Pública, por terem sido esgotados todos os meios administrativos do seu controle (destaque no original) (peça 381, p. 12).

77. A Seobras/RJ, por intermédio de seu secretário, considera que o TCU fez do preço do item “indenização de jazida”, nas obras do Arco Metropolitano do Rio, coisa julgada administrativa. Afirma que somente o poder judiciário poderia rever a decisão, e traz a jurisprudência do STF nesse sentido - RE 23.830/DF, de 17/9/1957 (peça 381, p. 12).

78. O secretário da Seobras/RJ conclui a primeira parte da argumentação reafirmando que o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes) teria encerrado, em definitivo, a questão de mérito, ao determinar o pagamento de R\$ 5,84/m³ a título de indenização de jazida, e anuir quanto à forma utilizada para a aquisição do material (indenização direta ao superficiário). Afirma não ser razoável o TCU alterar o entendimento do mencionado acórdão, o que segundo ele configuraria flagrante violação da segurança jurídica (peça 381, p. 13).

79. O secretário da Seobras/RJ inicia a segunda parte de sua argumentação afirmando que o tema da indenização de jazidas, no TCU, não é novo, tendo sido objeto de debate em 2011, quando o Tribunal prolatou o Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge).

80. Afirma que o entendimento do TCU a respeito do valor adequado a ser pago na rubrica indenização de jazida já oscilou entre aquele previsto no Sicro-2, qual seja, R\$ 1,04/m³, conforme estabelecido no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge), e aquele fixado no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), ou seja, R\$ 5,84/m³, esse último alicerçado no estudo desenvolvido pela UERJ, para as obras do Arco Metropolitano do Rio (peça 381, p. 13).

81. Prossegue trazendo excerto de um dos dois votos que fundamentam o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (peças 223 e 225), dando especial destaque para os itens 13 e 14 do voto à peça 225 destes autos. Afirma que o art. 3º do Código de Mineração, não obstante exclua os minerais do campo de incidência daqueles regimes de exploração econômica disciplinados pelo Código, não esvazia o direito à indenização do superficiário proprietário ou ocupante da terra sob o qual jaz o mineral necessário à abertura de via de transporte.

82. Afirma que o estado do Rio de Janeiro, ante a ausência de tratamento normativo da matéria, não possuía razão ou título jurídico para alcançar os minerais em terras de terceiros, situadas fora da faixa de domínio do Arco Metropolitano do Rio (peça 381 p. 15).

83. Assevera que a tese defendida por aquele ente federado é a de que a livre negociação entre os interessados compunha solução mais razoável, mais eficiente e mais econômica para o caso concreto, e que o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes) teria acolhido essa tese.

84. Declara que o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário foi ainda mais longe ao equiparar a situação de pesquisa minerária à situação de lavra, no tocante a obtenção de minerais para a abertura de vias de transportes. Sustenta essa afirmação citando, uma vez mais, apenas um dos dois votos que fundamentam a referida decisão do TCU (peça 225, p. 3, item 18).

85. Assevera que o fundamental do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes) é o reconhecimento de que a implantação da via de transporte não pode fazer letra morta o direito do superficiário. Cita o item 20 de um dos dois votos condutores do acórdão para sustentar a afirmação (peça 381, p. 16)

86. Assevera que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) (peça 329) reconheceu, ainda que de maneira indireta, o direito do superficiário à indenização. Assevera, também, que a mera implantação do projeto rodoviário não é razão suficiente para autorizar a Administração Pública adentrar na propriedade de terceiros e de lá retirar os minerais almejados para execução da rodovia.

87. O secretário da Seobras/RJ afirma que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) não teria aceitado a solução preconizada no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), qual seja, a livre negociação pelas partes, e que o estudo teria concluído pela necessidade de utilização do instituto jurídico da servidão administrativa para se ter acesso aos minerais das caixas de empréstimo, fora da faixa de domínio das rodovias.

88. Afirma que cabia ao estado do Rio de Janeiro, enquanto dono da obra, decidir a maneira pela qual a obra seria executada, respeitando o princípio que rege a Administração Pública, dentre eles o da economicidade.

89. Acrescenta que a imposição de servidão administrativa traria transtornos que, invariavelmente gerariam mais custos do que benefícios, se comparada à solução que foi adotada na obra do Arco Metropolitano do Rio – a da livre negociação. Afirma que o gravame da servidão administrativa muito provavelmente seria judicializado em virtude dos valores irrisórios de indenização propostos pelo estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias).

90. Afirma que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) não considerou o custo de oportunidade gerado pela demora na concretização da obra advinda da discussão judicial acerca do preço do material de empréstimo.

91. Afirma que existe um elemento inviabilizador para a utilização do instituto da servidão administrativa. Segundo o titular da Seobras/RJ, a legislação estadual do Rio de Janeiro – art. 53 da Lei Complementar 8/1973 (*sic*) – veda à Administração Pública do estado do Rio de Janeiro impor servidão administrativa à imóvel particular quando necessária a realização ou a manutenção de obras ou serviços públicos. *In verbis*:

“Art. 53 - É ilícito impor servidão administrativa a imóvel particular, quando necessária para garantir a realização ou a manutenção de obras ou serviços públicos”.

92. O Secretário da Seobras/RJ finaliza a sua argumentação declarando que o Tribunal, por meio do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), teria reconhecido a inadequação do valor de R\$ 1,04/m³ da indenização de jazida do Sicro-2. Para sustentar a sua declaração, o Secretário da pasta estadual reproduz excerto de apenas um dos dois votos que

fundamentaram o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, notadamente a segunda parte do item 36 à peça 225 destes autos. Afirma não ser razoável o TCU propor, agora, o valor originário do Sicro-2, que foi estabelecido há dezesseis anos e que não sofreu qualquer ajuste ao longo desses anos.

I.1 Análise da Manifestação da Seobras/RJ em resposta à oitiva

93. Chamada a manifestar-se sobre o estudo produzido pela Secob-2 (SeinfraRodovias) (peça 329), a Seobras/RJ preferiu focar a sua argumentação, majoritariamente, no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), deixando no plano secundário a faculdade dialética de se contrapor ao estudo propriamente dito, ou ao menos de expressiva parcela de seu conteúdo.

94. A principal tese defendida pela Seobras/RJ é a de que o Tribunal, por intermédio do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), teria feito do preço de indenização de jazida, de R\$ 5,84/m³, coisa julgada. Adicionalmente, sustenta a tese de que o estudo da Unidade Técnica do Tribunal estaria a defender o emprego da servidão administrativa como solução para o caso concreto do Arco Metropolitano do Rio.

95. Valendo-se apenas do intento de conferir uma interpretação gramatical ao subitem 9.3 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, o Secretário da Seobras/RJ buscou fazer prevalecer o entendimento segundo o qual os vocábulos “provisório” e “excepcional”, ali contidos, teriam o condão de demonstrar a validade dos seguintes atributos da referida decisão do TCU:

a) A decisão é excepcional, no sentido de valer única e exclusivamente para as obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, e de não valer para outras obras;

b) A decisão é provisória, no sentido de que o preço de R\$ 5,84/m³ poderá ser revisto somente para outras avenças que vierem a ser analisadas futuramente por esta Corte Contas.

96. O entendimento da Seobras/RJ não pode prosperar. Em primeiro porque ao apreciar pedido de reexame (peça 107) interposto pelo recorrente, o Tribunal não se dedicou a examinar tese geral alguma sobre indenização de jazida, que esteja assim a justificar a interpretação defendida pela recorrente quanto ao vocábulo “excepcional” (decisão seria válida só para o arco do Rio e não válida para demais obras).

97. A aceitação da tese aqui trazida pela Seobras/RJ implicaria admitir que o TCU, ao apreciar pedido de reexame, tivesse se dedicado a discutir, além do caso concreto do Arco Metropolitano do Rio, um caso geral acerca do preço da indenização de jazida em todas as obras do país, de sorte que a excepcionalidade e o caráter provisório da decisão, alegados pela Seobras/RJ, pudessem se justificar. Com efeito, isso representaria uma violação a um princípio geral que estabelece ao julgador vedação para decidir fora dos limites objetivos daquilo que foi pedido pela parte. É nesse sentido que o Código de Processo Civil – CPC (Lei 13.105/2015), de aplicação subsidiária e complementar no TCU, dispõe:

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

(...)

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

98. Portanto, em sede de pedido de reexame interposto pela Seobras/RJ no âmbito de processo de fiscalização de atos e contratos, o TCU deliberou unicamente acerca do pedido contido na petição recursal (peça 107). Não se tratava de uma discussão que abarcasse todas as obras em geral, mas de um caso concreto, cujo pedido se limita a que o Tribunal aceite o preço de mercado resultante do estudo da UERJ. Tampouco se tratava de um processo de consulta. Apreciou-se, na

oportunidade que resultou na prolação do Acórdão 3.451/2012 –TCU – Plenário, o caso concreto das obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, tão somente isso.

99. Não há como prosperar o argumento da Seobras/RJ acerca da interpretação que ela faz dos vocábulos “provisório” e “excepcional” no Acórdão 3.451/2012 –TCU – Plenário, pois isso implicaria admitir a discussão de uma tese geral, algo que não ocorreu.

100. Com efeito, o vocábulo “excepcional” do subitem 9.3 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário não é um atributo que faz a decisão do TCU ser exclusivamente válida para a obra do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, e não ser válida para as demais obras. Simplesmente não havia demais obras em discussão quando o Colegiado Pleno deliberou sobre a proposta levada à sua apreciação pelo relator do recurso, Exmo. Ministro Augusto Nardes.

101. Aquilo que faz a decisão ser excepcional é, na realidade, o caráter provisório da determinação emanada no acórdão, que poderá ser revista em virtude das conclusões do estudo determinado no subitem 9.2 do referido acórdão.

102. Portanto, o argumento trazido pela Seobras/RJ em sua oitiva, de que o Acórdão 3.451 – TCU – Plenário fez do valor de R\$ 5,84/m³ coisa julgada, carece, em primeiro lugar, de suporte lógico à luz da análise até aqui empreendida. Em segundo lugar, como se demonstrará mais adiante, a decisão carece do atributo de imutabilidade do comando sentencial emanado, algo necessário à caracterização da coisa julgada.

103. O acórdão mencionado no item anterior, prolatado em sede de pedido de reexame, não pôs fim à lide, uma vez que o comando do subitem 9.3 explicita a possibilidade de mutação da decisão do Tribunal ali contida. O processo não foi encerrado, e a oitiva agora determinada pelo Relator *a quo*, Exmo. Ministro Vital do Rêgo, corrobora o entendimento de que o recurso não foi apreciado de modo definitivo.

104. À luz das mencionadas disposições do CPC, de aplicação subsidiária no TCU, entende-se superado o argumento da Seobras/RJ quanto à interpretação gramatical do subitem 9.3 Acórdão 3.451 – TCU – Plenário, buscada por ela. Os vocábulos “excepcional” e “provisórios” não se prestam como qualificadores da obra específica do Arco Metropolitano do Rio em relação às demais obras.

105. Passando agora ao exame de aspectos estratégicos subjacentes na oitiva da Seobras/RJ, percebe-se que, em termos argumentativos, a peça apresentada não se destina, dialeticamente, a oferecer um contraponto ao estudo produzido pela Secob-2 (SeinfraRodovias). Em vez de criticar o estudo da unidade técnica, a Seobras/RJ prefere, em sua oitiva, dirigir o foco argumentativo para o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), ampliando o sentido e o alcance da decisão ali proferida para construir uma tese que lhe seja favorável.

106. Nesse particular cabe aqui mencionar trecho de obra do professor José Luiz Fiorin, quando leciona acerca do *Ignoratio Elenchi*, expressão latina para designar a ação de ignorar aquilo que deve ser refutado. Segundo o professor Fiorin, na *Ignoratio Elenchi* o debatedor busca generalizar o particular, ou ampliar o seu alcance, evitando refutar a questão central do debate. (Fiorin, J. L. *Argumentação*. Ed. Contexto. 1ª ed. São Paulo, 2017. p. 215).

107. Portanto, chamada a manifestar-se sobre o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) e a consequente formulação do preço de indenização de jazida, a Seobras/RJ preferiu dedicar especial atenção ao Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, ampliando-lhe o alcance e o sentido para dar a impressão de que ali se discutia algo além do caso concreto. Somente essa ampliação de alcance e sentido é capaz de justificar a interpretação que a recorrente faz do acórdão.

108. Mesmo aceitando a legitimidade do emprego dessa figura de argumentação - *Ignoratio Elenchi* - o argumento da Seobras/RJ também não pode prosperar quando confrontado com o conteúdo da discussão ocorrida na Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012. A prevalecer a tese

da defendida pela Seobras/RJ, a consequência imediata que dela emergiria é a de que o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário não teria refletido aquilo que foi discutido entre os Exmos. Ministros e Exma. Ministra presentes à Sessão Plenária Extraordinária. Isso seria uma consequência absurda advinda da aceitação da tese defendida pela Seobras/RJ nesta oitava.

109. Para além de uma mera interpretação gramatical do subitem 9.3 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, é preciso lançar mão do registro em vídeo da Sessão de 10/12/2012 (peça 387) para concluir, em acréscimo à análise dos parágrafos precedentes, que o Tribunal, ao prolatar o mencionado acórdão, não resolveu a lide. O processo não foi encerrado, e a oitava agora facultada pelo relator *a quo* corrobora o entendimento de que o valor de R\$ 5,84/m³ não é coisa julgada.

110. Na Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012 o Tribunal discutiu a matéria objeto do recurso interposto pela Seobras/RJ, tendo prolatado, em sede de pedido de reexame, o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário. Em síntese a decisão alterou a redação dos subitens 9.2.1 e 9.5.2 do Acórdão 2.919/2011-Plenário, atribuindo-lhes, contudo, caráter provisório, excepcional e aplicável exclusivamente ao Convênio TT-262/2007-00, podendo o entendimento contido na nova redação ser novamente revisto, a depender do resultado dos estudos sobre indenização de jazida determinados à Secob-2.

111. Com efeito o Tribunal conferiu provimento parcial ao recurso da Seobras/RJ no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário. Todavia, ao fixar o caráter provisório, excepcional e potencialmente mutável da nova redação do acórdão recorrido, deixando expresso a possibilidade de rever o entendimento em virtude das conclusões do estudo ali determinado à Secob-2, têm-se que à decisão lhe faltou o atributo da imutabilidade, algo indispensável para conferir status de coisa julgada àquilo que está no cerne do pedido formulado pelo recorrente.

112. A audição do excerto da Sessão Plenária Extraordinária ocorrida em 10/12/2012, no trecho que trata da discussão sobre os votos condutores do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (peça 387 – item não digitalizável), é elucidativa para a compreensão desse acórdão.

113. Na referida Sessão Plenária Extraordinária, depois de lida a proposta de deliberação por parte do relator do recurso (art. 106 do RITCU), sucedeu que o relator *a quo* registrou divergência ao ler declaração de voto (art. 128, parágrafo único do RITCU), manifestando-se no sentido de que as questões então trazidas pelo recorrente não tinham o condão de desconstituir as observações consignadas no voto condutor do acórdão recorrido (Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário), razão pela qual ele acolheu integralmente a proposta da Serur (peças 213 a 215), que foi no sentido de negar provimento ao pedido de reexame da Seobras/RJ (peça 387, min. 1:30 a 6:02).

[Ministro Benjamin Zymler] Uma declaração de voto do Ministro José Jorge, que tem a palavra.

[Ministro José Jorge] É o seguinte: Eu fui o relator original desse... desse processo, por isso que eu resolvi fazer uma declaração de voto.... que é... que é o seguinte: É... Com efeito, verifico que a questão agora trazida não tem o condão de desconstituir as observações consignadas no voto condutor do Acórdão 2.919/2011 – Plenário ora recorrido, a seguir resumido. As cotações que embasaram os preços do material M980 – indenização e jazida – (basicamente é areia para construção. Na prática é areia. Material para fazer o leito das estradas) nos projetos básicos e executivos a título de royalties, caracterizam-se como comercialização indevida do material, restando inclusive inadequada a unidade adotada, de reais por metro cúbico, por que tal indenização não estaria vinculada diretamente ao volume extraído. Caberia indenização aos donos da terra por eventuais danos causados à propriedade, devendo-se avaliar em cada caso específico os danos causados, os reparos necessários, de forma a buscar um valor justo para a indenização (porque essa areia na realidade, ela não é do dono da terra. Isso é do...é federal, vamos dizer assim. Porque é do subsolo. Ele tira do subsolo, não é do solo). O próprio DNIT, a partir do informativo Sicro-2 DNIT do Rio de Janeiro, do mês de setembro de 2010, passou a adotar o valor 0,01 metro cúbico para o material M980, chamado de indenização de jazida, dispondo não existir condições de pesquisa para que pudesse resultar num valor de referência, devendo os orçamentistas realizar

uma avaliação local de acordo com a especificação do projeto da obra. O mencionado estudo elaborado pela UERJ balizou a solução naquela oportunidade, a partir de custo levantado das atividades auxiliares, que incluía dentre outros licenciamento ambiental, limpeza da camada vegetal, construção e manifestação de acessos na jazidas, que foi de R\$ 1,03/m³, praticamente o mesmo valor referenciado no Sicro-2, de R\$ 1,04/m³, já adotado em inúmeras obras, enquanto que o valor dos contratos dessa obra estavam em onze reais (Quer dizer um valor que no Sicro estava em R\$1,04, eles estavam pagando R\$ 11,00). Não há como incorporar a parcela indicada no estudo da UERJ referente ao material extraído, até porque não caberia ao alvedrio do proprietário tal definição, sob pena, inclusive, de em curto período de tempo tornar inviável a execução de obras de abertura de vias de transportes. Mostra-se indevido tais preços pesquisados pela UERJ. Indevida também está a utilização mediana. Destaco que naquela oportunidade chamei a atenção para os valores econômicos de tais indenizações, citando como um dos exemplos um imóvel onde se localiza uma das jazidas do lote 4, adquirido em outubro de 2009 por R\$ 200.000,00, sendo que na hipótese de exploração do volume previsto, a indenização ultrapassaria R\$ 4.000.000,00 (Quer dizer, o cara tem uma propriedade que vale duzentos mil. Ele autoriza tirar areia de lá, aí vai se pagar pela areia – que não é dele – quatro milhões de reais). Note-se que a redução dos valores com a adoção da mediana dos preços indicados no estudo da UERJ não descaracteriza o vulto desses valores. Relembro ainda que tal questão aparece agora no Tribunal porque o item indenização de jazida tomou proporções surpreendentes no custo da obra, não só integrando a faixa A da curva ABC do projeto executivo, nos quatro lotes, mas sendo dos itens de maior relevância (isso devia ser um item pequeno no orçamento: Areia para botar na construção. Mas agora virou... No... a exemplo do lote 4. Esse lote 4, que é um consórcio constituído pela empresa Delta Construção – essa famosa aí do Cachoeira – e Oriente Construção Civil Ltda., em que é o item mais relevante, correspondendo a 14% do montante contratado (Quer dizer quatorze por cento do valor da obra é para essa areia). Com essas breves considerações, manifesto-me favoravelmente à proposta da Unidade Técnica, no sentido de conhecer e negar provimento.

114. Uma vez que foi lida declaração de voto divergente em Plenário, depreende-se que em determinado instante da Sessão Plenária Extraordinária pelos menos duas propostas estavam em discussão no Colegiado. Note, pelo registro em vídeo da Sessão, que somente após o relator do recurso ter lido a sua minuta de acórdão e o relator *ad quo* a sua declaração de voto, o Presidente, Exmo. Ministro Benjamin Zymler, declara estar a matéria em discussão (peça 387, min. 7:20 a 7:23), devolvendo a palavra ao relator do recurso.

115. O Ministro Presidente assegurou-se, portanto, de que as duas propostas divergentes estivessem previamente expostas ao Colegiado, para somente depois declarar o início das discussões. Note que o entendimento aqui defendido encontra suporte numa interpretação conjunta do art. 106, §1º c/c. art. 114 do RITCU.

116. Todavia, com base nas discussões havidas no transcorrer da Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012, é possível concluir, também com amparo no registro em vídeo da Sessão, que apenas uma proposta foi levada à votação daquele Colegiado.

117. Assim se manifestou o Exmo. Presidente ao colocar a matéria em votação (peça 387, min. 34:59 a 35:05).

[Ministro Benjamin Zymler] Então havendo uma única proposta, uma questão apenas de redação, eu coloco em discussão. Em votação. É a decisão do Plenário.

118. O que sucedeu à declaração de voto apresentada em Plenário pelo Exmo. Ministro José Jorge é assunto crucial para a leitura que se deve fazer do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário.

119. A declaração de voto lida no Plenário não foi juntada a estes autos. Nada há nesse fato que possa ser tomado como algo contrário às disposições regimentais do TCU. Aquilo que o *caput* do art. 128 do RITCU estabelece, diz respeito unicamente às formalidades para que uma declaração de voto seja lida em plenário e anexada ao processo. Trata-se, portanto, de uma faculdade assegurada

àquele Ministro que lê uma declaração de voto, fazê-la ou não constar no processo, pouco importando se a declaração é de voto divergente. Caso o ministro que leva a declaração de voto não faça a comunicação de que trata a parte final do caput do art. 128 do RITCU, essa declaração não será anexada ao processo.

120. Coisa distinta é que a declaração de voto conste da Ata da Sessão. Nesse sentido, observe que art. 133 do RITCU estabelece que as declarações de voto apresentadas devem constar da Ata da Sessão. Sem embargo, a declaração de voto apresentada em Plenário pelo Exmo. Ministro José Jorge não constou da Ata nº 51, de 10 de dezembro de 2012. Novamente, nada há em contrário às disposições do RITCU quanto ao fato de a declaração de voto não ter constado da Ata da Sessão. A explicação para esse fato, no entendimento desta Unidade Técnica Especializada, reside nas discussões ocorridas na sessão. Com efeito, o voto complementar levado pelo relator *ad quem* incorporou, a partir da declaração de voto lida pelo relator *a quo*, os entendimentos surgidos da interação dos diversos Ministros presentes àquela Sessão, acerca do tema ali discutido: O valor da indenização de jazida para o caso concreto do Arco Metropolitano.

121. Portanto, a declaração de voto lida em Plenário pelo Exmo. Ministro José Jorge não constou da Ata da Sessão porque o voto complementar supriu a declaração de voto. O que foi votado não foi a proposta pura levada pelo relator do recurso, mas uma outra proposta nascida da interação dos Ministros no decorrer da Sessão Extraordinária.

122. Para melhor compreensão da decisão, recorre-se, de início, ao emprego de um recurso narrativo que consiste em inverter a cronologia dos acontecimentos, expondo inicialmente o acontecimento final. Desse modo, pedindo vênua ao leitor, reproduz-se, novamente, o trecho final da discussão ocorrida na Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012, notadamente a fala do Exmo. Ministro Presidente ao colocar a matéria em votação (peça 387, min. 34:59 a 35:05).

[Ministro Benjamin Zymler] Então, havendo uma única proposta, uma questão apenas de redação, eu coloco em discussão. Em votação. É a decisão do Plenário.

123. Qual foi essa única proposta? Qual foi a questão de redação? O que foi discutido e votado? E qual foi a decisão? Isso será tratado a seguir.

124. Retomando a narrativa em ordem cronológica natural, após o Exmo. Ministro Augusto Nardes, relator *ad quem*, ter lido a minuta de acórdão que levada à deliberação do Plenário (art. 106 do RITCU), o Exmo. Ministro Presidente concedeu a palavra ao Exmo. Ministro José Jorge, relator *a quo*, para a leitura de sua declaração de voto (art. 128, parágrafo único do RITCU), já transcrita nesta instrução. Imediatamente após ler a sua declaração de voto, o Exmo. Ministro José Jorge disse (peça 387 – item não digitalizável):

(6:03 minutos)

[Ministro José Jorge] – Quer dizer...Eu acho que deve-se negar provimento. A proposta do Ministro, Ministro Nardes, ele... ele dá uma espécie de média, né? Dá mais ou menos cinco reais por metro cúbico. Cinco e oitenta e quatro. Agora qual foi na época a solução? Inclusive discutido com o pessoal do Rio. Eles estiveram aqui comigo... O secretário de obras muitas vezes discutindo isso. Isso é coisa do ano passado. Se discutiu muito. Inclusive o Pezão, que é o Vice Governador, que cuida dessas coisas... E ele disse: ‘Não, então vamos fazer o seguinte: você dáe você permite que a gente use isso em recursos estaduais’. Ah, tudo bem. Recursos estaduais você pode pagar o que você quiser. Então foi feito assim. Quer dizer, pelos recursos federais só pode pagar um e cinquenta que é colocando alguma coisa em cima de um e pouco. Agora, com recursos estaduais..., bom, aí o Tribunal de Contas do Estado fiscaliza. Mas eu acho, data vênua, eu acho que é uma forma... o que tudo isso aparenta é que é uma forma de superfaturar via um item que é difícil fiscalizar, porque a legislação sobre esse pagamento é um pouco assim complicada, ainda. Porque não está claro como é que se paga: Se é por metro cúbico? Se é uma indenização? Porque a terra na verdade, a areia não pertence à pessoa, só a propriedade. É isso, senhor presidente. (7:09 minutos)

125. Pondo a matéria em discussão, o Ministro Presidente concedeu a palavra ao Exmo. Ministro Augusto Nardes, relator do recurso, que inicialmente informou sobre audiência na qual recebeu, juntamente com outras autoridades do TCU, os titulares das pastas ministeriais de Transportes e de Planejamento, Orçamento e Gestão, além do Diretor-Geral do DNIT. Segundo o relator do recurso, os Ministros de Estado e o Diretor-Geral daquela autarquia vieram manifestar preocupação com o entendimento firmado pelo TCU no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge), e as repercussões nos contratos de obras do DNIT. As autoridades do Poder Executivo ponderaram que a legislação em vigor não era clara acerca do disciplinamento da utilização dos solos nas obras públicas, e que por isso estaria em andamento a edição de uma proposta de medida provisória com vistas a ratificar o regime de exploração de material de jazida aplicável em obra pública, fazendo incidir o artigo 27 do Código de Mineração para indenizar o superficiário (peça 387, min. 7:24 a 8:27 item não digitalizável).

126. Feito esse breve relato da audiência da qual participou, o Exmo. Ministro Augusto Nardes destacou a posição intermediária levada por ele ao Plenário, no que diz respeito aos preços praticados para o item indenização de jazida nas obras do Arco Metropolitano do Rio e o preço fixado no acórdão recorrido, que acompanhou parte do estudo da UERJ. O relator do recurso, Exmo. Ministro Augusto Nardes, manifestou sua discordância em relação à tese acolhida pelo Plenário no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, e apresentou os fundamentos de sua proposta de deliberação. Manifestou entendimento no sentido de utilizar, por analogia, o disposto no art. 27 do Código de Mineração, assegurando ao superficiário o pagamento de parcela de renda pela ocupação do solo. Reconheceu que o pagamento por ocupação do solo difere do pagamento pelo material presente no subsolo, este último, afirmou, pertencente à União. O relator *ad quem* manifestou entendimento de que a matéria carecia de regulamentação própria, e afirmou que essa constatação gerou determinação ao DNIT e DNPM no próprio do acórdão recorrido, para que essas autarquias, conjuntamente, promovessem os estudos com vistas a fixar critérios e limites para a indenização de jazida (peça 387, min. 7:24 a 11:08 –item não digitalizável).

127. O relator *ad quem* afirmou que diante do difícil deslinde da questão em debate, pareceu-lhe razoável, no caso concreto, reconhecer o direito do superficiário à justa remuneração pela ocupação de sua propriedade em face de obra pública, até que viesse a ser editada a regulamentação específica determinada no subitem 9.4 do acórdão recorrido, ou até que sobreviesse a edição de medida provisória a disciplinar essa questão tão controversa, cerne do debate travado nestes autos (peça 387, min. 11:10 a 11:42 item não digitalizável). Prosseguiu, o Ministro Relator, defendendo uma solução intermediária e válida unicamente para o caso concreto.

(11:43 minutos)

[Ministro Augusto Nardes] – (...) Este reconhecimento momentâneo, embora divergente dos posicionamentos perfilhados no acórdão recorrido, não implica reconhecer – isso é importante eu salientar – que haja legitimidade dos valores contratuais. Nesse pensar, precedente o ajuste metodológico no estudo realizado pela Universidade do Rio e Janeiro, basicamente devido a fatores de empolamento e adoção de mediana de preços em atenção à orientação presente nas leis de diretrizes orçamentárias, chego ao preço unitário de cinco e oitenta e quatro. Portanto é aquilo que falou o Ministro Raimundo Carreiro e o Ministro é... José Jorge, em relação ao meu voto, em relação o preço de cinco vírgula oitenta e quatro em relação ao metro cúbico. Sob o ponto de vista formal, concordo com o Ministro José Jorge ao pugnar pela impossibilidade de uso de composição unitária reais por metro cúbico para pagamento do insumo de indenização de jazidas. Contudo, como visto, além dessa indenização o proprietário faz também jus à remuneração pela ocupação do terreno conforme preconizado pelo Código Minerário, aqui aplicado analogicamente, ante as razões expostas anteriormente. Logo, em caráter extraordinário, repito, em virtude da falta de parâmetros normativos a balizar os critérios e limites para a indenização de jazidas. Portanto eu entendo que não é desarrazoado que esse pagamento se faça pelo volume extraído, apto a indicar o grau de intensidade e ocupação, ao menos, repito, enquanto não sobrevir o resultado do estudo determinado pelo referido subitem nove ponto quatro. E é nesse sentido que quando tivemos a

oportunidade de receber a Ministra Mirian Belchior, o Ministro dos Transportes nós resolvemos encontrar esse meio termo, até que haja por parte do Executivo uma medida provisória, conforme foi salientado, e... e nesse caso concreto aplicar essa posição intermediária. Mas aguardando que haja um posicionamento por parte do Executivo já que houve uma solicitação, o Ministro Benjamin que recebeu as autoridades,... que tivesse um posicionamento, e esperamos que haja essa medida provisória. Mas diante da necessidade de estabelecer uma posição, nesse caso concreto nós entendemos que essa é uma posição intermediária e que seria a mais coerente para que possamos resolver o caso em concreto, e por isso que existe essa discordância em relação a posição do Ministro José Jorge, mas que eu entendo que a nossa posição é uma posição é.. justa diante da falta de decisão nessa situação e estamos procurando encontrar essa posição. (14:41 minutos)

128. Continuou-se a discutir a matéria. O Exmo. Ministro Presidente concedeu a palavra ao Exmo. Ministro José Múcio. Depreende-se da audição do excerto da Sessão que o Exmo. Ministro José Múcio declarou não possuir os elementos suficientes para formar convicção e assim votar, quer a favor, quer contra a proposta levada ao Plenário pelo então relator do *ad quem* (peça 387, min. 14:42 a 17:04 item não digitalizável). A seguir transcreve-se trecho da manifestação do Exmo. Ministro José Múcio durante a Sessão Plenária Extraordinária.

(14:45 minutos)

[Ministro José Múcio] - Senhor presidente.

[Ministro Benjamin Zymler] - Ministro José Múcio.

[Ministro José Múcio] – Essa é uma decisão absolutamente política, porque...É onze, cinco vírgula oitenta e quatro ou um? Quer dizer, escolher aleatoriamente, a diferença disso multiplicado pelo quantitativo de areia... é um volume de dinheiro extraordinário. Eu também relatei um processo desse e o problema estava na areia. Esse é o retrato duma obra, vamos dizer assim, que começou o projeto errado, foi errado, daquele velho DNIT que nós estávamos conversando. Na hora que o Tribunal resolve isso aqui, não precisa mais medida provisória. Nós avalizamos. Resolvemos o erro. Ou coadjuvamos. Eu não sei se nós devíamos ser coadjuvantes disso ou nós devíamos dar uma chance. Vamos sentar. Vamos resolver. Quem foi que errou? Vamos consertar. Mas a gente avaliar uma coisa que ninguém tem o número correto, né? Essa obra enganchou na areia. Deu areia em todos os acórdãos, né? Quer dizer, todo o Arco Metropolitano... O processo de Carreiro deu problema com areia. Com José Jorge deu problema com areia. O que eu relatei deu problema com areia. Então a gente precisa sentar e resolver essa questão da areia, mas não com um absoluto aval do Tribunal, porque se o Tribunal der um aval, não precisa mais medida provisória. Nós somos coadjuvantes. Então estamos trazendo areia aqui para dentro. Então eu acho que.... Eu entendo da necessidade. Eu lamento demais quando você cria uma dificuldade com a obra, mas até você coadjuvar isso; você ser parceiro disso? (16:12 minutos) (grifamos)

(...)

(16:49 minutos) Nessa, não. Foi uma questão administrativa. O preço da propriedade e o preço da jazida e o que se paga muito mais em metro cúbico. De maneira que a minha sugestão... eu gostaria muito de ver resolvido esse assunto. Eu recebi também o Vice-Governador, o Secretário de Obra, recebi o diretor encarregado dessa obra... mas uma coisa a gente... Eu torço que se acerte... mas eu acho que ainda não se encontrou a solução. Por exemplo, o voto separado de José Jorge, onde ela dá um real... Mas esse preço é justo? Eu não sei qual é o preço justo (17:22 minutos). (grifamos)

[Ministro José Jorge] – Senhor presidente. Eu concordo com tudo o que o Ministro José Múcio disse, menos quando ele me citou. O resto eu concordo em gênero, número e grau. Na realidade, como ele disse, nós recebemos o Secretário de... é..., de Obras lá... o Vice Governador que é quem cuida desse tema. É... discutimos para lá e para cá, tentamos chegar a um valor médio. Esse estudo da UERJ é muito ruim. Então se fez uma série de recomendações. Então eu talvez sugiro ao Ministro que se...É como José Mucio diz, se a gente assumir esse valor de cinco vírgula sessenta

e oito... essa tal mediana, que é um valor assim meio saído do nada, é e, e... agora, então essa medida provisória não vai sair nunca! Então eu acho que a proposta que está, eu acho que está implícita é na..., na sugestão do Ministro José Múcio é nós deixarmos para votar isso depois, quando sair a medida provisória, por que a gente já tem pelo menos um parâmetro para verificar esse valor que é depois da ...e nós agora podemos trabalhar em cima da medida provisória. Porque eu também tenho todo interesse em resolver isso. Agora um negócio que é... Nós, por exemplo lá, achamos que o valor mais razoável, se for para pagar reais por metro cúbico, seria esse um real e cinquenta, um real e pouco. Eles estavam pagando onze reais! Aí agora eu venho e digo...vamos pagar cinco e pouco. Quer dizer, o cara saiu ganhando... em vez de um vai se pagar cinco? É muito, entendeu? Então eu acho que nós não temos base para discutir o valor. É, exatamente. Outra coisa, por que botou onze se cinco é o razoável agora? Não sei, eu acho melhor deixar isso para o futuro (19: 02 minutos).

[Ministro Benjamin Zymler] A matéria continua em discussão.

[Ministro Raimundo Carreiro] Presidente.

[Ministro Benjamin Zymler] Ministro Raimundo Carreiro.

[Ministro Raimundo Carreiro] Eu...tentei, presidente, aqui compreender isso aqui. Realmente é... Quanto mais você lê mais você fica com dúvida....

[Ministro José Múcio] Não tenha dúvida.

[Ministro José Jorge] É verdade. (19:19 minutos)

129. Seguiu-se discutindo a proposta levada pelo relator do recurso, Exmo. Ministro Augusto Nardes. Alternativamente a um pedido de vista ou retirada de pauta, o Exmo. Ministro Raimundo Carreiro propôs deixar assente, no acórdão que iria ser exarado, a informação de que o preço do item indenização de jazida de R\$ 5,84/m³, solução intermediária levada pelo relator do recurso, valeria tão somente para aquele caso concreto, até que sobreviesse uma medida provisória. Essa proposta de abrir um precedente, contudo, não teve apoio de outros Ministros, como se depreende da intervenção da Exma. Ministra Ana Arraes (peça 387, min. 22:56 a 24:09 - item não digitalizável), e posteriormente Exmo. Ministro José Jorge (relator *a quo*) (Peça 387, min 28:24 a 28:59 - item não digitalizável).

(22:56 minutos)

[Ministra Ana Arraes] Na verdade eu acho que abrir precedente é muito difícil. Abrir um precedente, todos terão direito ao precedente. Obras do PAC, tem muitas. Areia, tem muito; tem muito em obra. Então eu achava que deveria se fazer uma outra solução, né? Poderia se aviltar a, a...é... organizar um preço para ser pago, e depositado, até que a MP resolva. E se a empresa vai aceitar e tem uma coisa: onde passa obra, valoriza o lugar. Essa questão de, de alegarem que os proprietários é... ao redor não vão permitir. Tem que permitir porque a obra pública é superior a propriedade privada. É uma obra pública. Então as alegações, eu também não achei que fossem alegações pertinentes à natureza da obra. Eu acho que abrir precedente é muito ruim. Eu sou de uma casa de dez filhos. Se um, se um pudesse ter um precedente, todos queriam. E tinham razão em querer. (24:09 minutos)

130. A discussão da matéria prossegue, e a certa altura da Sessão o Presidente, Exmo. Ministro Benjamin Zymler, com fulcro no art. 107 do RITCU, leva ao conhecimento do Plenário a informação de um estudo que estaria em curso na Secob-2, acerca da precificação da indenização de jazida.

131. Reconhecendo que a questão envolve um conflito de difícil solução, o Presidente, então, sugere ao Colegiado que o Tribunal permita o preço de R\$ 5,84/m³ provisoriamente, até que em prazo de 60 a 90 dias se obtenha a conclusão do estudo.

(26:11 minutos)

[Ministro Benjamin Zymler] (...) Eu, eu apenas falo a Vossas Excelências que a Secob está estudando uma forma de se precificar essa questão de indenização de jazidas. No fundo nós

estamos lidando com uma situação em que há uma insuficiência técnica para parametrizar esse, esse preço, né? Esse componente do orçamento. Talvez pudéssemos é... fazer, permitir que o... que essa, que esse valor, que é baseado em, como disse o Ministro Nardes, esse valor não foi um valor politicamente deduzido, há todas as parcelas extraídas da UERJ. É óbvio que o relatório talvez pudesse ser mais denso. Mas se nós pudéssemos talvez admitir esse preço até que nós terminássemos no âmbito da Secob....

[Ministro Raimundo Carreiro] (...) E encerra.

[Ministro Benjamin Zymler] mas talvez até provisoriamente, porque seria uma carta de alforria em relação a esse contrato. Nós poderíamos provisoriamente permitir a prática desse preço, até que o... a Secob terminasse a formulação desse estudo, no sentido de precificar adequadamente o... a indenização de jazida. É uma alternativa heterodoxa, eu..., ou seja, nós permitiríamos o preço praticado e reconheço: o Ministro Nardes tem razão não é o valor que... deduzido de uma média, há todo um cálculo de empolamento, de dedução de custo... de diversos custos que não foram devidamente apropriados. Ou seja, com todas as vênias não é um jogo de média aritmética. Tá uma base científica. Mas talvez não seja a ideal, eu procurei me informar com o pessoal da Secob e eles mesmos reconhecem que também o preço de um ponto e tanto não tem um fundamento extraordinariamente concreto. Então a sugestão seria permitir esse cinco ponto oitenta e quatro até que num prazo de 60 dias, 90 dias que o prazo que Vossa Excelência dá aqui, nós pudéssemos, mesmo no âmbito da Secob, ter um posicionamento interno porque há um conflito de difícil solução. Se nem nosso órgão técnico é capaz de dizer é um, é cinco... Ninguém me deu essa resposta para que eu pudesse assessora-los. Então ...fica uma sugestão ao Ministro Nardes ao Ministro José Jorge...se... Mas, óbvio, sou ouvidos. (28:24 minutos).

[Ministro José Jorge] Eu não sei. Eu acho que é... Nós não somos obrigados a aprovar isso hoje. Então eu, eu preferia que primeiro fizesse esse estudo para depois ..a gente fazer esse valor. Eu tentei fazer essa média. Que dizer, eu sou professor de estatística, adoro uma média. Então eu tentei fazer essa média. Foi um esforço todo para fazer essa média. Mas não tem base nenhuma para essa média. Esse estudo da UERJ é de pesquisa de opinião. Ele chegou, chegava nas propriedades e perguntava: quanto é que você quer por metro cúbico para deixar eu tirar areia de sua terra? O cara dizia dois, outro três, outro quatro ... aí tiraram a média. Não foi nem média foi a mediana. (28:59 minutos).

132. Depreende-se implícita na manifestação do Exmo. Ministro José Jorge – àquela altura da Sessão – uma proposta de retirada de pauta do processo, preferindo aguardar o resultado do estudo ali mencionado para que, somente após as conclusões da Unidade Técnica, pudesse o Tribunal voltar a deliberar sobre a matéria. Até aquele momento da discussão, tomando-se por base somente o áudio, tem-se que o Exmo. Ministro José Jorge não verbalizou qualquer concordância com a proposta de o Tribunal autorizar, ainda que em caráter temporário e excepcional, um preço de R\$ 5,84/m³ até que sobreviessem as conclusões do estudo. Tampouco se depreende da intervenção do Exmo. Ministro José Jorge e da Exma. Ministra Ana Arraes, haver, da parte deles, explícita concordância com a proposta do Exmo. Ministro Raimundo Carreiro, que foi a de deixar assente no acórdão que o preço de R\$ 5,84/m³ seria válido apenas para aqueles contratos da obra do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro.

133. O Exmo. Ministro Augusto Nardes, como relator da proposta levada à apreciação em sede de pedido de reexame, discorre, então, acerca a sugestão do Exmo. Ministro Presidente.

(29:32 minutos)

[Ministro Augusto Nardes] Eu sou o relator da proposta, e eu acho que tem que fi..(incompreensível), no caso concreto, e eu acho que a..., a Vossa sugestão eu gostaria de agregar. Até porque eu in... questioneei, indaguei os engenheiros que... é..prepararam esse estudo para apresentar nesse voto; e eles estão realmente é... fundamentados nisso que Vossa excelência acaba de falar. Portanto não foi um achômetro, né? Não foi um achômetro. Foi baseado em estudo. E nesse sentido que eu entendo que dá para a... aprovar essa posição intermediária, e foi nesse sentido que eu trouxe. Portanto eu acrescento no meu voto a sua sugestão. (30:08 minutos)

[Ministro Raimundo Carreiro] Presidente.

[Ministro Benjamin Zymler] Ministro Raimundo Carreiro.

[Ministro Raimundo Carreiro] A minha você não vai aceitar? Ué?

[Ministro Augusto Nardes] Sim. E a do Ministro Raimundo Carreiro. Já, Já tinha dito no voto. Já tinha dito no voto já isso, e agora Vossa Excelência pede para colocar no acórdão. E, portanto, eu concordo que coloque no acórdão.

[Ministro Raimundo Carreiro] Presidente, só para mim encerrar. Eu queria fazer um apelo ao Ministro José Jorge. Que nós começamos esse ano do Tribunal em dezessete de janeiro e estamos encerrando hoje e... nós não paralisamos uma obra. Praticamente não paralisamos nenhuma obra. Então eu acho que na última sessão e... a gente tomar essa decisão de paralisar uma obra tão importante para uma população tão...

[Ministro José Jorge] (Inaudível)

[Ministro Raimundo Carreiro] Tá, vai paralisar eu não tenho dúvida disso. Então eu acho que essa sugestão de a gente deixar assente, de acordo com o voto do Ministro, que ele é... só não transcreveu para o..., para o acórdão, de que é nesse contrato...

[Ministro José Múcio] Não. Espera aí...

[Ministro Raimundo Carreiro] Porque está parametrizado em cima de um parecer.

[Ministro José Múcio] ...Mas o presidente, o presidente, o presidente sugeriu, repare: Daria noventa dias para que não pare a obra e nós quando voltássemos aqui em janeiro, fevereiro já teríamos uma posição da Secob e voltaríamos a discutir esse assunto. Eu voto assim.

[Ministro Raimundo Carreiro]. E mais. E fica assente também, Presidente, que nenhum processo nesse sentido seja analisado sem esse estudo da, da Secob. Pronto.

[Ministro José Múcio] Não pára a obra.

[Ministro Raimundo Carreiro] É. Não pára a obra.

[Ministro José Múcio] Nós não vamos deixar, na última reunião do Tribunal, o Tribunal encerra parando o rodoanel. Não. Não vamos parar o rodoanel. Mas significa que nós não vamos ser parceiros disso. Nós vamos voltar a discutir.

[Ministro Raimundo Carreiro] Exatamente. É isso que, que eu defendo.

[Ministro José Múcio] Tudo bem.

[Ministro José Jorge] Quer dizer que isso é uma espécie de adiantamento; esses cinco e pouco.

[Ministro José Múcio] É. É uma espécie de adiantamento.

[Ministro Raimundo Carreiro] É.

[Ministro José Múcio] É o que a Ministra Ana colocou ainda aqui.

[Ministro Benjamin Zymler] E sabendo, e sabendo Ministro José Múcio que esse valor de cinco vírgula alguma coisa....

[Ministro Raimundo Carreiro] oitenta e quatro. Por metro cúbico.

[Ministro Benjamin Zymler] ...ele decorre...da apropriação de custos, do fator de empolamento. Decorre da apropriação do BDI que a Secob analisou (inteligível) o Ministro José Jorge até discordou no seu voto originário, mas é matéria complexa, muito complexa. O que leva a crer que talvez essa não seja a metodologia adequada para a ponderação desse, desse preço. Desse item do, do...da planilha. Então nós temos que reconhecer que nós temos déficit de metodologia. Eu acho que seria interessante dar esses noventa dias a Secob para que nós pudéssemos é,.. dar um pouco de tempo....

[Ministro José Múcio] Pronto.

[Ministro Benjamin Zymler] ...para chegarmos a uma metodologia mais apropriada. Ministra Ana Arraes.

[Ministra Ana Arraes] Presidente, se a gente paralisar a obra, noventa dias, o custo da areia vai ser mais barato ...a diferença do custo que a gente encontrar vai ser encontrar vai ser mais barato que a paralisação da obra. Eu acho sensato, acho correto a gente continuar, e aí com noventa dias a gente já tem um parâmetro para definir para todas as obras. E aí a gente não vai precisar que outro que tem uma areia na obra que venha discutir... a gente não precisa mais ter isso, porque, né? Já teremos um parâmetro. (32:50 minutos)

[Ministro Presidente] Eu pergunto ao Ministro José Jorge se ele concorda com essa solução é... que...que está nascendo da...

[Ministro José Jorge] Não sei não. (32:56 minutos)

[Ministro Benjamin Zymler] ... interação entre os Ministros.

[Ministro José Jorge] Esse negócio já me deu tanto trabalho que eu vou pedir para botar o meu nome lá quando eu morrer. Em vez de Arco do Rodoviário, botar José Jorge. É...é o seguinte: Veja bem. Eu acho que passar de um e cinquenta para cinco e oitenta e quatro, se um e cinquenta for o preço justo, vai deixar muita gente rica, né? É... agora, eu acho o seguinte, se for como uma espécie de adiantamento, vamos dizer....Nós vamos aceitar preliminarmente esse valor, mas vamos dizer ainda qual é o valor real...

[Ministro Benjamin Zymler] Isso. É isso mesmo.

[Ministro José Jorge]...no prazo de noventa dias. Aí eu concordo. Aí eu concordo. **Agora é preciso que se redija de uma forma clara, porque...É.... para não haver depois, eles lá, não interpretarem de uma forma... Dar abertura para uma interpretação contra a nossa decisão.** Tudo bem, é cinco e pouco? É. Agora nós vamos depois dizer quanto é. Se for mais... pode ser até que a gente chegue à conclusão que não é onze. É quinze. Aí pronto. Noventa dias a gente vai dizer: o valor é esse. Mas vocês podem utilizar esse sabendo que se a gente der um valor inferior isso será recalculado, vamos dizer assim. Aí eu concordo. (34:05 minutos) (grifamos)

[Ministro Benjamin Zymler] É isso mesmo. Ministro Nardes concorda, então, com essas... com essas ideias?

[Ministro Augusto Nardes] Eu concordo com as colocações feitas pelo Ministro Benjamin Zymler, pelo Ministro Raimundo Carreiro e...é claro que vamos avaliar isso depois do estudo que Vossa Excelência coloca, né? Que a Secob espero que possa fazer. E seria no caso concreto, então, deliberado nesse sentido até que se estabeleça um cálculo que vá ser para o futuro. Mas nesse caso concreto se deliberaria nessas condições que Vossa Excelência sugeriu (34:36 minutos) (grifamos).

[Ministro Benjamin Zymler] Ou esperaríamos a superveniência de uma medida provisória que eventualmente pudesse resolver também. Na redação nós poderemos colocar alternativamente um e outro. Mas os noventa dias seriam dados à Secob para a formulação desse estudo. Então... e registrado, Ministro José Jorge, que isso não significa que o Tribunal está abonando, de forma definitiva, o preço de cinco vírgula oitenta e três. Cinco vírgula não sei quanto (34:56 minutos) (grifamos).

[Ministro Augusto Nardes] oitenta e quatro.

[Ministro Benjamin Zymler] oitenta e quatro.

[Ministro Benjamin Zymler] **Então, havendo uma única proposta, uma questão apenas de redação, eu coloco em discussão. Em votação. É a decisão do Plenário** (35:05 minutos) (grifamos)

134. A audição e a transcrição de trecho da Sessão Plenária Extraordinária alusiva à discussão e deliberação sobre o pedido de reexame da Seobras/RJ indicam, portanto, que não foi acolhida a proposta de o Tribunal abrir um precedente para permitir, em caráter definitivo, que o preço da

indenização de jazida de R\$ 5,84/m³, levado no voto do relator *ad quem*, fosse considerado válido exclusivamente para o caso concreto tratado naquela Sessão Plenária Extraordinária.

135. A solução construída, então, foi aquela que constou na redação do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, tendo o Exmo. Ministro Augusto Nardes, relator do recurso, acolhido as sugestões nascidas da discussão e da declaração de voto na forma da redação dada ao voto complementar (peça 223). A questão de redação mencionada pelo Exmo. Ministro Presidente ao colocar a matéria em votação refere-se à necessidade de o voto complementar do relator *ad quem* agasalhar o conteúdo da declaração de voto do relator *a quo* e das discussões ocorridas no Plenário.

136. Ainda quanto à questão de redação do voto complementar, o Exmo. Ministro José Jorge foi taxativo ao dizer que era preciso redigi-lo de modo claro para não dar margem a uma interpretação da decisão que divergisse daquela que o Plenário estava deliberando naquele momento.

137. Os parágrafos anteriores respaldam o entendimento desta Unidade Técnica Especializada para asseverar que o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), prolatado em sede de pedido de reexame, não resolveu a lide. Tampouco fez do preço referencial de indenização, de R\$ 5,84/m³, coisa julgada. A análise aqui empreendida se contrapõe ao argumento principal da Seobras/RJ, de que o Acórdão 3451/2012 – TCU – Plenário teria consolidado a questão no mérito (peça 381, p. 3).

138. Não bastasse uma interpretação gramatical que afronta o princípio da congruência; não bastasse a estratégia de a Seobras/RJ ignorar a razão nuclear da oitiva agora facultada pelo Exmo. Ministro Vital do Rego; vem a audição da Sessão também oferecer uma perspectiva oposta à assertiva da Seobras/RJ de que o estudo da UERJ teria sido reconhecido pelo TCU como sendo a melhor solução para o caso concreto (peça 381, p. 6). O Plenário manifestou dúvida sobre o preço de R\$ 5,84/m³ obtido com as premissas do estudo da UERJ, eis que o preço fixado foi provisório e sujeito à revisão no caso concreto.

139. Os argumentos trazidos pela Seobras/RJ, no que se refere ao princípio da segurança jurídica, devem ser confrontados com o conteúdo das discussões ocorridas na Sessão Plenária Extraordinária. À luz dessas discussões, entende-se que o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes) não foi uma decisão definitiva, nem terminativa. Amolda-se à feição de decisão preliminar, na medida que deixa explícita a possibilidade de rever o conteúdo da decisão em virtude da conclusão dos estudos determinados à Secob-2. Não há, portanto, como sustentar a tese de imutabilidade das determinações exaradas no referido acórdão.

140. Com relação à assertiva de que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) estaria a defender o uso da servidão administrativa no caso concreto, necessário opor reparos à afirmação do Sr. Secretário da Seobras/RJ.

141. O estudo da Secob-2, diferentemente do que afirma a Seobras/RJ, não concluiu pelo uso da servidão administrativa no caso concreto do Arco Metropolitano do Rio, embora tenha tratado desse tema em termos gerais. O estudo propõe manter o valor fixado no acórdão recorrido como preço referencial de indenização de jazida para o caso concreto. Se o estudo da Secob-2 tivesse concluído pelo uso da servidão administrativa no caso concreto do Arco do Rio, então o preço referencial do item em debate seria de uma ordem de grandeza inferior ao fixado no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário. A aplicação analógica do art. 27 do Código de Mineração, conforme entendeu o relator do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, Exmo. Ministro Augusto Nardes, está a indicar valores de indenização muito aquém daquele fixado no acórdão recorrido.

142. Ademais, há que se ter em conta que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias), ao mesmo tempo que procurou oferecer uma solução para o caso concreto, buscando aplicar a analogia mencionada em um dos votos condutores do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), também se preocupou com a perspectiva futura mencionada pelo relator *a quo*,

Exmo. Ministro José Jorge, no trecho do seu voto que fundamentou o subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário. Portanto, ao dissertar sobre a servidão administrativa, o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) o fez mirando perspectiva futura, e não o fez à guisa de solução para o caso concreto do Arco Metropolitano do Rio.

143. A estimativa de valor de indenização de jazida obtida com base na servidão administrativa, da ordem de uma dezena de centavos por metro cúbico, foi utilizada no estudo para contrastar com a ordem de grandeza dos seguintes valores: **i)** pleiteados pela Seobras/RJ no pedido de reexame (R\$ 7,40/m³); **ii)** fixado no acórdão recorrido (R\$1,04 + BDI); **iii)** fixado em caráter provisório excepcional no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (R\$ 5,84/m³); **iv)** fixado no edital (R\$ 11,11/m³).

144. Ainda no tocante a servidão administrativa, necessário rechaçar outro argumento da Seobras/RJ que diz respeito à suposta vedação da lei estadual para instituir servidões administrativas. Desnecessário, todavia, refutar o argumento para o caso concreto, pois repise-se que o estudo da Secob-2 não defendeu o emprego da servidão administrativa para solucionar a lide do Arco Metropolitano. Sem embargo, ao refutar o argumento, dirigimos a atenção para os casos futuros mencionados no voto condutor do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge).

145. Desse modo, quanto à afirmação de que a Lei Complementar Estadual 8/1977 (a resposta à oitiva encaminhada ao TCU menciona, erroneamente, Lei Complementar 8/1973) estaria a vedar a utilização do instituto jurídico da servidão administrativa estadual, é suficiente examinar o art. 1º da referida norma legal para rejeitar integralmente a afirmação da Seobras/RJ. Com efeito, a lei estadual mencionada declara, no seu art. 1º, o seguinte:

“Art. 1º Esta lei regula a aquisição, a utilização, a oneração e a alienação de bens imóveis do estado do Rio de Janeiro” (grifo nosso).

146. O artigo primeiro da lei estadual é explícito e autoexplicativo. Em outras palavras, se o estado do Rio de Janeiro, por força de lei estadual, abdicou do direito de lançar mão de um instituto jurídico relevante como é o da servidão administrativa, não há como consentir com a tese de que tal abdicação tenha incidência sobre bens os quais o estado do Rio de Janeiro não detém a propriedade nos termos da Constituição Federal.

147. A doutrina ensina que o instituto jurídico da servidão administrativa se apresenta como direito público real para assegurar uma utilidade pública. Lei estadual alguma pode suprimir esse direito real da União. Note que o bem mineral necessário à abertura de vias de transportes e obras gerais de terraplenagem pertence à União, e não ao estado do Rio de Janeiro.

148. O recurso mineral é o bem dominante, ou seja, a coisa afetada para fins de utilidade pública. Uma rodovia nada mais é do que camadas de recursos minerais selecionados e compactados. A utilidade pública almejada (via de transporte) tem, portanto, a sua essência no próprio bem mineral, enquanto coisa dotada de materialidade.

149. Assim, o art. 53 da Lei Complementar estadual 8/1977 não se aplica aos bens da União, como são os recursos minerais do subsolo necessários à abertura de vias de transportes. Cogitar hipótese diversa seria como admitir a licitude da imposição de óbice para que a União disponha de seu bem mineral constitucionalmente a ela assegurado.

150. No caso concreto aqui discutido, por força da Súmula 347 do STF, notadamente quanto ao que está estabelecido no seu precedente RMS 8372 - Ceará, entende-se que a interpretação que a Seobras/RJ procura dar ao art. 53 da Lei Complementar estadual 8/1977, implica dar-lhe feição de dispositivo inconstitucional. Não fosse isso o bastante, a Seobras/RJ ignora que o próprio art. 1º da referida lei estadual depõe contra a interpretação pretendida na sua defesa.

151. Outro argumento aduzido pela Seobras/RJ diz respeito a uma hipotética discussão sobre o melhor regime de exploração do recurso mineral no caso específico das obras do Arco Metropolitano do Rio: Indenização direta ou utilização do instituto da servidão administrativa.

152. Esse argumento da Seobras/RJ é falacioso (a literatura nomina-o falácia do espantalho), na medida em que procura, sutilmente, distorcer o estudo da Secob-2 (peça 329) atribuindo-lhe a assertiva de que o caso concreto se resolveria com a aplicação do instituto jurídico da Servidão administrativa. Reproduz-se abaixo trecho da manifestação da Seobras/RJ a esse respeito (peça 381, p. 16)

Por outro lado, o estudo não aceita a solução preconizada pelo Acórdão nº 3.451/2012- Plenário, qual seja, a de livre negociação entre as partes, mas entende por bem que a Administração Pública recorra ao instituto das servidões administrativas para ter acesso às caixas de empréstimo localizadas fora da faixa de domínio da rodovia.

No entanto, conforme já mencionado anteriormente, cabe ao Estado, enquanto dono da obra, decidir a maneira pela qual a mesma deva ser executada, respeitando-se os princípios que regem a atuação da Administração Pública, dentre eles o da economicidade.

Aliás, a imposição de servidões administrativas traria transtornos e obstáculos que, invariavelmente, gerariam mais custos do que benefícios à Administração, se comparada à solução adotada - a da livre negociação. Ademais, fato é que, na prática, o gravame da servidão administrativa, muito provavelmente, seria judicializado pelo particular, especialmente diante dos valores irrisórios de indenização propostos pelo estudo da SeinfraRodovias.

E aí, importante levar em consideração grandeza não considerada na análise levada a cabo pela SeinfraRodovias: o custo de oportunidade gerado pela demora na concretização da obra advinda da discussão judicial acerca do acesso (e preço) do material de empréstimo.

153. Inicialmente, é preciso esclarecer que um dos dois votos condutores do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário defendeu que a exploração dos insumos ocorresse, ao menos até que houvesse normatização específica quanto a matéria, mediante livre negociação dos interessados, aplicando-se analogicamente regramento já existente no art. 27 do Código de Minas (peça 225, p.3).

154. Note que a par de todo relato acerca do conteúdo das discussões ocorridas na Sessão Plenária Extraordinária, já transcrito nesta instrução, um dos votos mencionado pela Seobras/RJ explicita a necessidade de aplicar, por analogia, regramento já existente no ordenamento jurídico. Assim, o relator do recurso, Exmo. Ministro Augusto Nardes, de modo algum defendeu a liberdade para a Administração pagar preço qualquer requerido pelo particular, mas defendeu a liberdade de negociação condicionada a um limite de preço fixado com base em um dispositivo legal (peça 225, p. 3, item 14).

155. Nesse sentido, ante a alegação de uma suposta lacuna normativa trazida ao conhecimento do Tribunal por autoridades do Poder Executivo, o estudo da Secob-2 procurou: **i)** mostrar que não existe lacuna normativa e que o conflito pode ser resolvido, **ii)** oferecer ao DNIT e DNPM, incumbidos originariamente do encargo de realizar o estudo determinado no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, as bases para o estabelecimento de critérios e limites para pagamento de indenização de jazida, bases essas fundamentadas em pesquisas na doutrina, nas diversas normas pertinentes ao tema, na jurisprudência dos tribunais e nas literaturas técnicas especializadas sobre avaliação de bens e teoria econômica do direito. Todos esses aspectos foram considerados não de maneira isolada, mas sim dentro de uma perspectiva de esforço para lograr uma interpretação sistemática, histórica e teleológica de como deve se dar a gestão dos recursos minerais da União necessários à abertura de vias de transporte; **iii)** oferecer uma solução para o caso concreto, lembrando que a discussão nestes autos se limita à definição do preço referencial da indenização de jazida nas Obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro.

156. Dito isso, é importante dizer que o estudo da Secob 2 (SeinfraRodovias), ao contrário do que alega a Seobras/RJ, considerou o entendimento contido nos dois votos do Exmo. Ministro Augusto Nardes, relator do recurso. Com efeito, o estudo tratou de aplicar, por analogia, as disposições do art. 27 do Código de Mineração.

157. Em que pese a necessidade de as indenizações serem avaliadas caso a caso, conforme estabelece a doutrina e a jurisprudência pesquisada, a aplicação analógica do art. 27 do Código de Minas no estudo da Secob-2 apontou, à guisa de diretriz balizadora, para a estimativa de valores de indenização muito aquém do valor de indenização de jazida fixado no acórdão recorrido. O valor apurado no estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias), segundo aplicação analógica do Código de Mineração, é função do volume de material extraído por hectare. O estudo da UERJ trouxe quantidade de volume explorado por hectare (peça 89, p. 6 e peça 88, p. 33-34), que na média situa-se em 125.000 m³/ha. Por sua vez, o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias), numa perspectiva conservadora, considerou uma baixa extração de material por hectare, da ordem de 20.000 m³/ha, logrando estimar a ordem de grandeza da indenização de jazida na casa de R\$ 0,10/m³. Para extração de maiores volumes por hectare, o valor da indenização, segundo a aplicação analógica do Código de Mineração, seria ainda menor.

158. Importa também dizer que o próprio estudo da UERJ contém informações de natureza tributária (peças 89 a 95) que corroboram a ordem de grandeza do valor venal utilizado no estudo da Secob-2 para avaliar a indenização de jazida, segundo a aplicação analógica defendida em um dos votos do Exmo. Ministro Augusto Nardes.

159. Desse modo, improcedente é a afirmação da Seobras/RJ de que o estudo da Secob-2 não teria preconizado a solução do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes).

160. O estudo da unidade técnica levou em conta a aplicação, por analogia, do art. 27 do Código de Mineração. Adicionalmente, o referido estudo, com base em informações fornecidas pelo DNPM, estimou a ordem de grandeza do preço praticado no mercado regulado pelo Código de Mineração. Ambas as estimativas, a de indenização do superficiário por analogia ao Código e a do preço de mercado do mineral, numa perspectiva de exploração econômica e regulada do bem, situaram-se bastante aquém do valor de indenização de jazida fixado no acórdão recorrido. Por essa razão, o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) concluiu pela adequação dos valores de indenização de jazida fixado no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário como preço referencial para o item da planilha constante orçamentária da obra.

161. Não procede, portanto, a alegação da Seobras/RJ de que o estudo da Secob-2 estaria a defender, como solução do caso concreto, a aplicação do instituto da servidão administrativa. Como consequência, entende-se que não cabe, no caso concreto do Arco do Rio, discutir os termos gerais atinentes à melhor forma de a Administração Pública explorar esses recursos.

162. O que o estudo mostrou, quanto ao caso concreto, foi a adequação do valor fixado no acórdão recorrido como preço referencial da indenização de jazida. Como já foi dito anteriormente, caso o estudo da Secob-2 tivesse concluído pelo uso da servidão administrativa no caso concreto das obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, o valor referencial do item seria ainda menor do que aquele determinado no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário.

163. Por fim, resta contestar um último argumento da Seobras/RJ, o de que o Tribunal já teria se pronunciado sobre a inadequação do preço do Sicro-2 no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário. Sustenta o Secretário de Estado que o preço da indenização de jazida do Sicro-2 estaria defasado simplesmente por ter sido fixado em 2.000, e não ter sofrido qualquer alteração ao longo dos anos. No seu argumento, a Seobras/RJ parte da premissa de que o valor fixado no ano 2.000 era justo, e que o transcurso dos anos necessariamente teria que fazer o preço referencial do Sicro-2 sofrer incrementos. Tais premissas não podem ser consideradas verdadeiras de pronto, sem opor-lhes questionamentos.

164. A Seobras/RJ não demonstrou a validade de suas premissas na oitiva. Trouxe apenas afirmações. Frise-se, ademais, que esse argumento já foi objeto de análise e de apreciação nestes autos, quando o Plenário prolatou o Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário.

165. No voto condutor desse último acórdão mencionado, o então relator, Exmo. Ministro José Jorge, levando ao Colegiado entendimento contrário à tese de que o preço referencial do Sicro-2 estaria defasado meramente pela razão de não ter sofrido qualquer reajustamento ao logo dos anos, expôs (peça 20, p. 2, item 38)

38. Em consequência, resta inadequada a unidade adotada para o material M980, R\$/m³, porque tal indenização não estaria vinculada diretamente ao volume extraído. Não faz sentido, por exemplo, a reparação de uma cerca danificada estar associada às quantidades de materiais extraídas da jazida. Certamente não foi outra a razão para o DNIT ter retirado o valor referencial até então adotado, alertando quanto à necessidade de se contatar os proprietários para se chegar a tal indenização. Isto porque não há que se falar em preços de mercado, porquanto, repito, não pode haver comercialização do material. Deve-se avaliar, em cada caso específico, os danos causados e os reparos necessários, de forma a buscar o valor justo para tal indenização. Cada propriedade, diante de suas peculiaridades, terá sua indenização devida, o que guarda coerência com a ausência de um referencial de preços (grifamos).

166. Portanto, o voto condutor do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge), não fundamenta entendimento algum do Tribunal acerca **defasagem** de preço alusiva ao item “indenização de jazida” do Sicro-2. O voto fala da coerência guardada entre a ausência de um referencial e a necessidade de se avaliar a indenização caso a caso.

167. E particularmente no caso das obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, o Plenário do Tribunal firmou entendimento de que o próprio estudo da UERJ, no que tange à parcela de atividades auxiliares, estava apto para balizar a solução do caso concreto, ante a proximidade dos custos das atividades auxiliares com o valor referencial do Sicro-2 (peça 20, p.2). Este é o entendimento que está no cerne da impugnação requerida pela Seobras/RJ em seu pedido de reexame.

168. Note que no voto condutor do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge) o relator afirmou:

41. Ainda que considere imprópria a unidade utilizada, R\$/m³, afigura-se-me pertinente a aplicação **in casu** do valor indicado pela unidade técnica (R\$ 1,04 + BDI de 20,25%), ante a proximidade desse valor, já adotado em inúmeras obras, com o valor encontrado no estudo da UERJ (grifamos).

42. No meu entender, não há como incorporar ao item a parcela indicada no estudo referente ao material extraído, até porque não caberia ao alvedrio do proprietário tal definição, sob pena inclusive de, em curto período de tempo, tornar inviável a execução de obras de abertura de vias de transporte.

169. Agora, nesta oitiva, para sustentar a tese de que o TCU já teria se manifestado pela inadequação do preço do Sicro-2, a Seobras/RJ se vale apenas do excerto de um dos dois votos condutores do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), notadamente o item 36 da peça 225. De fato, o Exmo. Ministro Augusto Nardes, relator do recurso, entendeu que a cotação do Sicro-2 parece prejudicada em sua confiabilidade. Contudo, a transcrição e o áudio da discussão ocorrida na Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012 não permitem chegar à conclusão de que o Plenário tenha acordado sobre a tese de defasagem do preço da indenização de jazida no Sicro-2.

170. Desse modo, no tocante ao preço de indenização de jazida para as obras do Arco Metropolitano do Rio, há um entendimento do Tribunal, expresso no voto condutor do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, de que o estudo da UERJ, no que tange às parcelas de atividades auxiliares, se mostra apto a balizar a solução do caso concreto. Há um segundo entendimento, expresso em um dos dois votos condutores do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário,

de que o caso concreto, ante uma suposta ausência de norma sobre a matéria, deve ser solucionado mediante aplicação analógica de regramento existente no art. 27 do Código de Mineração.

171. No Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, o relator do recurso, Exmo. Ministro Augusto Nardes, assim se manifestou durante a discussão da matéria no Plenário (peça 387 min 22:41 a min. 22:28 - item não digitalizável):

“Sob o ponto de vista formal, concordo com o Ministro José Jorge ao pugnar pela impossibilidade de uso de composição unitária reais por metro cúbico para pagamento do insumo de indenização de jazidas.”

172. Sem embargo, no caso concreto do Arco Metropolitano do Rio, o relator do recurso, Exmo. Ministro Augusto Nardes, defendeu a aplicação, por analogia, das disposições do Código de Mineração. Nessa aplicação analógica, o relator do recurso entendeu, em caráter extraordinário, não ser desarrazoado que o pagamento se fizesse pelo volume de material extraído (peça 225) (grifamos).

173. O estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) levou em conta a aplicação analógica mencionada pelo Exmo. Ministro Augusto Nardes, prestigiando o caráter extraordinário de pagamento mencionado no seu voto. O estudo procurou demonstrar, pela via da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, que a indenização de jazida tem que ser calculada caso a caso. Ademais, o estudo da Secob-2 procurou estimar, como base no porte do mercado local de agregados, a capacidade desse mercado local (entorno da obra) transacionar seu produto mineral. Essa análise amparou-se no princípio da rigidez locacional, próprio do mercado mineral. Partindo, então, dos valores de CEFEM e dos volumes de venda declarados pelos mineradores junto ao DNPM, o estudo da então Secob-2 estimou um montante transacionado e o preço praticado pelo conjunto daqueles mineradores que detêm licença para explorar economicamente mineral nos municípios adjacentes à obra do Arco Metropolitano do Rio.

174. Quer seja no caso da aplicação analógica do Código de Mineração, quer seja na estimativa de preço praticado pelo mercado regulado pelo Código de Minas, os valores obtidos no estudo elaborado pela Secob-2 ficaram muito aquém do preço fixado no acórdão recorrido, sugerindo, assim, que o preço de R\$ 1,04/m³ + BDI, fixado no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário remunera, no caso concreto, os custos de indenização de jazida no Arco Metropolitano do Rio.

175. Por todo o exposto, conclui-se pela insuficiência dos argumentos trazidos pela Seobras/RJ em sua oitiva para desconstituir as conclusões do estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias). Conclui-se, também, pela inadequação dos argumentos trazidos no tocante à interpretação dada pela Seobras/RJ ao Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário.

II. Manifestação do DNIT em resposta à oitiva:

176. Em atenção ao Ofício 318/2016-TCU/SeinfraRodovias (peça 349), o DNIT respondeu tempestivamente à oitiva determinada pelo Exmo. Ministro Vital do Rêgo, encaminhando ao TCU o Ofício 671/2016/DG/DNIT, assinado pelo Sr. Diretor-Geral, Valter Casemiro de Abreu (peça 363).

177. Inicialmente, o DNIT reporta um histórico das medidas colocadas em marcha visando o cumprimento da determinação exarada no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge), abaixo reproduzida.

9.4. determinar ao DNPM e ao DNIT que, em conjunto, promovam estudos com vistas a estabelecer os critérios e limites para a indenização de jazidas, referentes aos materiais utilizados nos trabalhos de movimentação de terras e de desmonte de materiais in natura, que se fizerem necessários à abertura de vias de transporte, obras gerais de terraplenagem e de edificações, de que trata o art.3º, § 1º, do Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, informando ao Tribunal os resultados dos trabalhos;

178. Esclarece, o Coordenador-Geral de Custos da Autarquia, que o DNIT, à época da prolação do acórdão anteriormente referido, constituiu grupo de trabalho específico para, em conjunto com o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, estabelecer critérios e limites para a

indenização de jazida referentes aos trabalhos de movimentação de terra e desmonte de materiais *in natura* necessários à abertura de vias de transportes. Cita as portarias publicadas pelo DNIT para esse mister (peça 363, p. 2)

179. Afirma que o grupo produziu duas notas técnicas, de conhecimento do TCU, nas quais foram tratados os seguintes temas: 1) utilização de jazidas pétreas, ou de solo, para a execução de serviços de construção e recuperação de rodovias; 2) proposta de levantamento de custo de indenização de jazida considerando o exposto no art. 27 do Código de Mineração.

180. Segundo o DNIT, a primeira nota técnica reconheceu a existência de entendimentos diferentes sobre a indenização de jazida. Sem embargo, o documento esboçou uma proposta de levantamento dos custos relacionados à obtenção de minerais para a construção de rodovias.

181. O titular da Coordenação-Geral de Custos de Infraestrutura de Transporte – CGCIT/DNIT afirma que o conceito de indenização de jazida é, com frequência, mal compreendido, confundindo-o com o valor pago pela aquisição das substâncias minerais, prática ilegal segundo a legislação minerária. O conceito, segundo ele, refere-se ao valor pago a título de ressarcimento ao proprietário pela utilização de suas terras, pelos **possíveis prejuízos** causados pela exploração, pelas melhorias realizadas nos acessos, pela recuperação ambiental necessária após a exploração do recurso indispensável à abertura da via de transporte (peça 363, p. 2) (grifamos).

182. Afirma que na primeira Nota Técnica ficaram demonstradas as dificuldades, os impasses legais e as eventuais lacunas normativas associadas ao bloqueio de áreas, à declaração de utilidade pública para fins de instituição de servidão administrativa que visa a obtenção dos minerais necessários e insubstituíveis à construção e à manutenção de rodovias. Consoante a referida Nota Técnica, concluiu-se pela necessidade de formalizar um termo de cooperação específico para, junto ao DNPM, definir as práticas a serem adotadas.

183. Esclarece que a segunda Nota Técnica teve por objetivo consolidar os procedimentos para a avaliação do custo de indenização do superficiário das terras utilizadas para a exploração de jazidas nos empreendimentos do DNIT. Apresenta o entendimento da Autarquia sobre jazida, sendo o termo entendido como sendo o local onde se verifica a ocorrência de minerais necessários à construção da infraestrutura de transporte, sejam esses minerais agregados pétreos, areias ou solos em geral.

184. No ofício encaminhado ao Tribunal em resposta à oitiva determinada pelo Exmo. Ministro Vital do Rêgo, o DNIT afirma que não irá se manifestar sobre impasses jurídicos relacionados ao eventual bloqueio de áreas e à declaração de utilidade pública para fins de servidão administrativa, mas somente acerca da proposta do grupo de trabalho para a definição dos custos para a indenização do superficiário das jazidas necessárias às obras rodoviárias do DNIT.

185. Alude à possibilidade de utilização de jazidas fora da faixa de domínio com vistas a execução das obras públicas, amparando-se no chamado regime de extração previsto no art. 2º, parágrafo único do Código de Mineração. Alega que tal possibilidade de extração traz como benefício a dispensa de pagamento da chamada compensação financeira sobre a exploração de recursos minerais – CFEM. Alega, ademais, que um eventual bloqueio de área pelo DNPM impediria que terceiros, amparados no princípio da prioridade, obstassem a utilização da jazida necessária à abertura da via de transporte.

186. Afirma que por não se tratar de comercialização de minerais, e conseqüentemente por não haver incidência de CFEM, no caso de exploração de jazidas para utilização em obras públicas – o superficiário não faz jus àquela parcela advinda da exploração econômica do mineral. Destarte, o superficiário deverá ser ressarcido por outro instrumento jurídico, o qual denomina indenização do superficiário.

187. Afirma que no caso de abertura de vias de transportes, o DNIT, por analogia, poderia aplicar o disposto no art. 27 do Código de Mineração. Entende que esse artigo do Código de

Mineração estabelece condições objetivas para que aquela Autarquia proponha uma metodologia para realizar o levantamento dos custos relacionados à indenização dos superficiários de suas jazidas.

188. Elenca um conjunto de procedimentos a serem adotados pelo DNIT para avaliar a indenização do superficiário. Entre os procedimentos relaciona as análises de viabilidade ambiental, da real área necessária e da sua caracterização física e econômica. Afirma ser possível, com base no levantamento proposto, determinar as parcelas de renda, de indenização e de custo de recuperação ambiental da área utilizada para explorar a jazida (peça 363, p. 5-6).

189. O titular da Coordenação-Geral de Custos de Infraestrutura de Transportes – CGCIT/DNIT afirma não enxergar dificuldades ou limitações no estabelecimento de uma metodologia para definição dos custos de indenização do superficiário advindos da movimentação de terras e de desmonte de materiais *in natura* (exploração de jazidas) na execução de obras de infraestrutura, desde que pacificados os entendimentos e instrumentos legais que permitam a exploração efetiva das áreas e sem risco de judicialização da questão (peça 363, p.6).

190. Referindo-se ao estudo elaborado pela SeinfraRodovias (Secob-2) (peça 329), afirma que o próprio TCU, em relatório de auditoria referente às obras de construção do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, reconhece não haver obstáculos de ordem metodológica a impedir o cálculo do valor de indenização do superficiário, nos casos de utilização do instituto jurídico da servidão administrativa. Afirma que consoante o relatório do TCU, a literatura técnica consagra, para fins de cálculo do valor de indenização por servidão a utilização do método conhecido como “antes e depois”, que consiste em estimar a diferença do valor da propriedade antes e depois da construção da rodovia.

191. Conclui afirmando que o método do “antes e depois” se mostra aderente aos procedimentos originalmente recomendados pelo grupo de trabalho constituído pela Portaria DNIT 100/2013.

II.1 Análise da Manifestação do DNIT em resposta à oitiva

192. Chamado em oitiva para manifestar-se acerca do estudo produzido pela Secob-2 (SeinfraRodovias) (peça 329), conforme despacho exarado pelo Exmo. Ministro Vital do Rego (peça 347), o DNIT traz em sua resposta, essencialmente, um relato das medidas adotadas pela Autarquia visando o cumprimento da determinação exarada no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge), que determinou ao DNIT e ao DNPM a realização, conjuntamente, de estudos com vistas a estabelecer os critérios e limites para a indenização de jazidas, referentes aos materiais utilizados nos trabalhos de movimentação de terras e de desmonte de materiais *in natura*, necessários à abertura de vias de transporte, obras gerais de terraplenagem e de edificações.

193. Todavia, necessário não perder de vista que a oitiva determinada pelo Exmo. Ministro Vital do Rêgo era para que o DNIT se manifestasse acerca do estudo e da consequente formulação de preço do item indenização de jazida resultante da conclusão do trabalho (Peça 347, item 14, alínea c).

194. Acerca da consequente formulação do preço de indenização de jazida resultante da conclusão do estudo, o DNIT nada falou. O estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) concluiu, no caso concreto do Arco Metropolitano do Rio, pela adequação do valor fixado no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário. Não há, na resposta do DNIT, uma menção sequer sobre o valor de indenização de jazida resultante do estudo da Secob-2.

195. Em relação às notas técnicas da Autarquia, elas são inconclusivas para o propósito de atendimento do subitem 9.4 Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, que determinou ao DNIT e DNPM a realização de estudo conjunto. O estudo determinado não ocorreu, embora haja evidências de que o DNIT atuou de forma proativa para cumprir a determinação. As notas técnicas se resumem a propostas da lavra do então Gerente de Projetos do DNIT, sem que elas representem um

entendimento formal da Autarquia, aprovado por sua Diretoria. Ademais, não há elementos para afirmar que a nota técnica resulta uma produção conjunta DNIT/DNPM.

196. A propósito, o servidor nomeado pelo DNIT para compor o grupo de trabalho destinado a dar cumprimento ao subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário reconheceu que os trabalhos não avançaram (peça 367, p. 9). Asseverou que ele passou a atuar como assessor da Diretoria Geral na formatação de proposta de Medida Provisória destinada a alterar o Código de Mineração (peça 367, p.8). Essa medida provisória, como já foi dito, foi editada somente em 2017, dois anos e meio após a conclusão do estudo da Secob-2.

197. O Sr. Diretor-Geral afirmou (peça 367, p.1) que os aspectos legais e o estabelecimento de um protocolo comum entre DNIT e DNPM quanto ao desmonte de materiais *in natura* e movimentação de terras é objeto de processo administrativo que está tramitando no DNIT (NUP 00784.000500/2016-47). Esse processo, contudo, foi autuado somente em 10/5/2016, um ano e cinco meses após a conclusão do estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) (peça 364, p. 27).

198. Portanto, o estudo conjunto determinado no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário não foi encaminhado para o Tribunal. O DNIT informou às autoridades do TCU, em 2012, que a questão da indenização de jazida seria tratada via Medida Provisória. A Medida Provisória, por sua vez, foi editada apenas em 2017, mais de dois anos após a conclusão do estudo da Secob-2, e caducou ao término da sua vigência, sem ter sido convertida em lei.

199. Note, todavia, que o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, ao determinar que a então Secob-2 ultimasse os estudos sobre indenização de jazida, deixou expressa a necessidade desse estudo levar em conta a edição de possível medida provisória ou, alternativamente, o resultado do monitoramento do subitem 9.4 do acórdão recorrido. Como a medida provisória não foi editada até a conclusão do estudo da Secob-2, e o monitoramento indicou que o estudo conjunto do DNIT e DNPM não havia sido elaborado, a SeinfraRodovias elaborou o estudo que lhe foi determinado.

200. Não é por outra razão que no estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) (peça 329, p.5) constou a informação de que a peça ali produzida se destina, entre outros, a subsidiar DNIT e DNPM para o cumprimento daquilo que lhe foi determinado. A determinação exarada no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, visa solucionar os problemas futuros alusivos à indenização de jazida. Como veremos mais adiante, o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) cuidou dessa preocupação futura e também do caso concreto do Arco Metropolitano do Rio.

201. É importante esclarecer que não faz parte do objeto desta oitiva, a análise sobre eventual descumprimento da determinação exarada no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário. Efetivamente, o estudo determinado pelo Tribunal ao DNIT e DNPM, objeto da Portaria 100/2013 DNIT não avançou (peça 316, p. 4, item 17). Isso, contudo, será tratado em outro momento processual.

202. Acerca do estudo da Secob-2 propriamente dito, o DNIT aborda muito pouco do seu conteúdo na resposta à oitiva. De concreto, a Autarquia expressa ser adequada a aplicação analógica do disposto no art. 27 do Código de Mineração para indenizar o superficiário. Como já foi dito nesta instrução, o estudo da Secob-2 aplicou as disposições do art. 27 do Código de Mineração, chegando a estimativa de valores de indenização de jazida bastantes inferiores ao valor fixado no acórdão recorrido.

203. No mais, assentindo ao que foi dito no estudo da Secob-2, o responsável pela Coordenação-Geral de Custos de Infraestrutura de Transportes CGCIT/RIREX/DNIT afirma não ver dificuldades ou limitações para estabelecer metodologia para definição dos custos de indenização do superficiário, desde que pacificados os entendimentos legais que permitam a exploração efetiva das áreas de empréstimo concentrado, sem risco de judicialização da questão (peça 363, p. 6).

204. Sobre esse risco mencionado na resposta do DNIT, entende-se que a possibilidade de judicialização não pode, de modo algum, ser evocada como condição determinante para o DNIT deixar de agir.

205. Com efeito, a busca da prestação jurisdicional por aquele que acredita ter sido lesado, ou vê ameaça ao seu direito, constitui uma garantia fundamental assegurada no art. 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988.

206. O DNIT não pode condicionar a sua ação alusiva à indenização de jazida ao superficiário a uma suposta inexistência de risco de judicialização, pois isso seria impraticável, uma vez que violaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição. O risco de judicialização é inerente à atribuição conferida ao DNIT no art. 81, inciso IX da Lei 10.233/2001. O DNIT, autarquia que lida ordinariamente com processos de desapropriação e demandas judiciais de natureza reparatória, presume-se estruturado para essa incumbência e os riscos a ela associados.

207. Sendo o risco entendido como a possibilidade de ocorrência de um evento com consequências indesejáveis, necessário que o DNIT o gerencie e o mitigue. Nesse sentido, a adoção de critérios claros para definição dos valores de indenização de jazida (indenização de servidão, ou ainda indenização do superficiário), desde que observados os aspectos legais atinentes ao tema, constitui elemento fundamental para dar suporte aos trabalhos de sua Procuradoria Federal, caso futuramente a Autarquia venha ser questionada sobre os valores de indenização de jazida pagos aos superficiários.

208. Ainda no que tange especificamente ao estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias), o DNIT afirma que o método do “antes e depois”, mencionado no estudo da Unidade Técnica Especializada, mostra-se aderente às recomendações do grupo de trabalho constituído pela Portaria 100/2013 DNIT.

209. Portanto, nos termos da oitiva facultada pelo Exmo. Ministro Vital do Rego, o DNIT não se manifestou sobre a conclusão do estudo da Secob-2 no que se refere à adequação do preço de indenização de jazida de R\$ 1,04/m³, fixado no acórdão recorrido, como preço de referência para as obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro.

210. No que diz respeito ao estudo da Secob-2, o DNIT entendeu pertinente a aplicação analógica do art. 27 do Código de Mineração para indenizar o superficiário. Entendeu que não há obstáculos a impedir o estabelecimento de metodologia para definição dos custos de indenização do superficiário. Afirmou que o método do “antes e depois”, mencionado no estudo da Secob-2, mostrou-se aderente às recomendações do grupo de trabalho instituído pela Portaria 100/2013/DNIT, criada para dar cumprimento ao item 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário. Essa manifestação corrobora o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias).

211. Finalmente, cabe trazer ao conhecimento do Tribunal que a Diretoria Colegiada do DNIT aprovou, em 25/4/2017, a implantação do sistema Novo Sicro. No volume 1 do Manual do Novo Sicro, referente à metodologia e conceitos do sistema, consta na página 112 a seguinte informação:

7.7. Indenização do Superfície Referente à Exploração de Material de Jazida

As discussões junto aos órgãos de controle têm apontado para as restrições de se remunerar a indenização do superficiário em função do volume de materiais e não em função do período e das áreas efetivamente exploradas e necessárias.

Durante a fase de elaboração do projeto, deve-se atentar para a previsão dos custos associados à remuneração do superficiário, detentor de posse das áreas potencialmente utilizáveis para exploração ou extração direta de materiais de jazida.

212. Como se vê, o Novo Sicro já não mais considera o material M980 (indenização de jazida) do antigo Sicro-2. Com efeito, o Novo Sicro incorpora o conceito de Indenização do Superfície, cuja remuneração independe do volume de material extraído.

213. Sendo essas as considerações e análises pertinentes à oitiva do DNIT, conclui-se que a Autarquia nada trouxe acerca do preço que resultou do estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias). Quanto as bases teóricas do estudo, o DNIT assentiu com a fundamentação lá apresentada acerca da inexistência de impedimentos de ordem metodológica para calcular o valor da indenização de jazida. Contudo, para aplicá-los, a Autarquia entende ser necessário pacificar o entendimento jurídico sobre o tema. No mais, a resposta à oitiva se propõe a explicar as medidas adotadas para cumprir a determinação do subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário.

III Manifestação dos Consórcios Construtores

214. Preliminarmente, cabe esclarecer que os consórcios construtores não recorreram do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário.

215. O único pedido de reexame destes autos é o da Seobras/RJ, interposto pelo então Secretário de Estado de Obras do governo do estado do Rio de Janeiro (peça 107).

216. No âmbito do pedido de reexame entende-se, com fundamento na Súmula TCU 103 e nas disposições contidas nos artigos 141 e 492 do CPC, que o Tribunal aprecia unicamente a razão de pedir da recorrente, não deliberando acerca de pleitos estranhos àqueles contidos no recurso inicial apresentado pela Seobras/RJ.

217. Por isso, os argumentos trazidos pelos consórcios em suas oitivas, se assim couberem, serão aproveitados na análise da peça recursal da Seobras/RJ. Contudo, necessário registrar que não serão objetos de análises nesta instrução quaisquer pedidos formulados pelos consórcios construtores que porventura estejam em dissonância com o pedido do recorrente único destes autos, uma vez que a oitiva não é o meio instrumental para recorrer de decisão do Tribunal, e tampouco se presta para aditar novos pleitos à petição inicial da recorrente.

218. Isto posto, registre-se, de plano, que os representantes legais dos consórcios construtores dos lotes 1, 3 e 4 nada pediram ao Tribunal, ficando suas respostas adstritas àquilo que lhes foi facultado na oitiva determinada pelo Exmo. Ministro Vital do Rêgo (peça 347).

219. Por sua vez, o representante legal do consórcio construtor do lote 2, Sr. Edimar Ramos Gonçalves, requereu ao Tribunal a desconsideração, como prova, do estudo da Secob-2 (peça 329). Esse estudo, entretanto, foi determinado pelo próprio Tribunal no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, com vista a subsidiar uma decisão definitiva acerca do preço de indenização da jazida. O representante legal do consórcio Carioca Christiani-Nielsen/Queiroz Galvão requereu, ademais, que o Tribunal considerasse adequado o preço de indenização de jazida fixado no edital das obras do Arco Metropolitano do Rio (peça 378, p. 9).

220. Inicia-se, então, pela oitiva do consórcio construtor do lote 2.

III.1 Manifestação do representante legal do Consórcio Carioca Christiani-Nielsen/Queiroz Galvão (lote 2)

221. Em atenção ao Ofício 314/2016-TCU/SeinfraRodovias (peça 350), o Sr. Edimar Gonçalves respondeu ao TCU (peça 378) a oitiva facultada a seu representado, o Consórcio Carioca Christiani-Nielsen/Queiroz Galvão.

222. O representante legal apresenta, inicialmente, uma contextualização das questões tratadas nestes autos. Situa o empreendimento do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, e mais especificamente a indenização de jazida, como tema central da discussão. Afirma que esse tema não é estranho aos autos, e tampouco novo, já tendo o Tribunal se aprofundado no assunto em decisão provisória desta Corte de Contas (peça 378, p. 2) (grifamos).

223. Afirma que desde 2010 o Tribunal vem discutindo a indenização de jazida, destacando os Acórdãos 2.919/2011 e 3.451/2012, ambos do Plenário, além de mencionar o único pedido de reexame destes autos (peça 107). Especificamente quanto ao Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário

(Ministro Augusto Nardes), o representante legal afirma que nele o TCU acolheu o pedido de reexame da Seobras/RJ, reconhecendo que o preço referencial do Sicro-2 não era confiável, e reconhecendo também que haveria ausência de norma para tratar o tema. Em virtude dessa ausência de norma – prossegue o representante – o TCU teria entendido ser indispensável adotar o valor mediano de preços de indenização de jazida contidos no estudo elaborado pela UERJ.

224. Destaca, ainda quanto ao Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, o teor dos subitens 9.2 e 9.3, que tratam, respectivamente, do estudo determinado à Secob-2 e da ciência à Seobras/RJ e DNIT quanto à excepcionalidade da decisão.

225. No parágrafo seguinte o representante legal afirma que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) teria desconsiderado o entendimento firmado no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes). Segundo o representante do consórcio (peça 378, p.3), o estudo da Secob-2 teria concluído que o valor referencial do item indenização de jazida, no caso concreto do Arco Metropolitano do Rio, deveria observar eventual norma a ser editada, ou na sua ausência, o monitoramento do subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge) (peça 20, p.6-8).

226. O núcleo da argumentação apresentada consiste na assertiva de que o estudo da Secob-2 teria adotado premissas equivocadas, pois estaria em desacordo com a orientação exarada pelo Plenário desta Corte. O representante legal sustenta que o valor de indenização de jazida de R\$ 5,84/m³ somente poderia ser alterado em decorrência de futura Medida Provisória ou, alternativamente, se o estudo determinado ao DNIT e DNPM no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário estabelecesse critérios para indenização de jazida distintos daqueles que foram adotados no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário.

227. Em resumo, argumenta que as condicionantes fixadas no subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário para que o TCU mudasse o entendimento acerca do preço de R\$ 5,84/m³ teriam sido, exclusivamente, a edição de norma superveniente ou a conclusão dos estudos técnicos conjuntamente determinados ao DNIT e DNPM. Segundo o representante, nenhuma dessas condições se concretizou (peça 378, p. 5)

228. O representante legal do consórcio Carioca Christiani-Nielsen/Queiroz Galvão afirma que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias), longe de abordar aspectos técnicos, abordou a questão sob um prisma eminentemente jurídico, e esse não seria o foco da análise determinada no subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário. Assevera, ademais, que o estudo da Secob-2, depois de tratar de questões legais, concluiu pela adoção do preço de indenização de jazida do Sicro-2, cuja suposta impropriedade para refletir os custos de indenização, o Tribunal já teria apontado.

229. Para sustentar essa última assertiva, o representante transcreve trecho de um dos dois votos condutores do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (peça 225, p.6, item 36)

36. Antes de fechar o presente voto, desejaria abordar rapidamente duas outras questões que permeiam a presente discussão. A primeira diz respeito ao preço do Sicro para a indenização de jazidas. Parece-me óbvio que essa cotação encontra-se prejudicada em sua confiabilidade uma vez que o valor de R\$ 1,04/m³ remanesce, sem qualquer modificação, desde a implantação do sistema, em outubro de 2000. O reconhecimento de sua baixa representatividade somente em 2010 não teria o condão de validar as cotações que foram ininterruptamente repetidas, sem revisão ou atualização, desde então.

230. Baseado no trecho acima reproduzido, o representante legal do consórcio Carioca Christiani-Nielsen/Queiroz Galvão afirma que a conclusão do estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) não se sustenta, uma vez que estaria contra o entendimento firmado pelo Plenário do TCU, o qual teria reconhecido a inadequação do preço referencial do Sicro-2.

231. Declara, o representante legal, que na ausência do estudo determinado ao DNIT e DNPM, ou mesmo na ausência de norma superveniente, o estudo da Secob-2 poderia até servir como elemento

complementar a instigar a discussão e análise do tema, mas não poderia ser o elemento fundamental para a análise de eventual sobrepreço. Sustenta que apenas DNIT e DNPM detêm competência técnica para estabelecer os parâmetros e critérios a serem utilizados na fixação de preços, de forma que sem a apresentação dos estudos desses órgãos, qualquer conclusão sobre o preço de indenização de jazida será precipitada e não condizente com a realidade.

232. Em outra vertente de argumentos, o representante do consórcio construtor do lote 2 afirma que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) inovou a lógica jurídica que fundamentou o edital de licitação e afrontou o ato de competência e discricionariedade do DNIT e da Seobras/RJ ao definir o critério de ressarcimento das contratadas pelo serviço de “indenização de jazida”.

233. Declara que mesmo que se tratasse a indenização de jazida por indenização de servidão administrativa, existiriam custos a serem suportados pelo consórcio, e que esses custos foram apurados e definidos no passado, notadamente no momento de confecção do edital de licitação, lá tendo sido considerada as peculiaridades do local de execução da obra. Afirma que transcorridos dez anos da apresentação das propostas por parte das empresas, essa lógica de determinação do preço de indenização de jazida não pode, agora, ser alterada por construções doutrinárias feitas sob medida para o caso concreto.

234. Afirma, também, que a instituição de servidões administrativas deveria ter sido promovida pelo DNIT e Seobras/RJ à época da licitação, e isso não ocorreu, de forma que a adoção de outro critério de remuneração por indenização configuraria nítida ofensa ao princípio da segurança jurídica (peça 378, p. 7).

235. Sustenta, o representante, que a prevalecer entendimento do Tribunal acerca da adequação do estudo da Secob-2, os efeitos desse entendimento somente poderiam ter validade para os contratos futuros, e jamais para os contratos já pactuados com bases remuneratórias distintas, nos quais não foram previamente instituídas as Servidões Administrativas.

236. Pede que seja elaborado um novo estudo pela Secob-2, que considere o estudo determinado ao DNIT e DNPM, e que posteriormente seja aberto novo prazo para que todas as partes se manifestem. Pede, ainda, a desconsideração do estudo produzido pela Secob-2 (peça 329) como prova destes autos. Pede, por fim, que o Tribunal considere adequado, no caso concreto, o preço de indenização de jazida fixado no edital (peça 378, p. 9).

III.1.1 Análise da manifestação do representante legal do Consórcio Carioca Christiani-Nielsen/Queiroz Galvão (lote 2)

237. Inicia-se a análise da oitiva do consórcio Carioca-Christiani-Nielsen/Queiroz Galvão, lembrando, de antemão, a necessidade de aqui levar-se em conta a discussão ocorrida na Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012. Essa discussão já foi contextualizada nesta instrução, notadamente quando se procedeu a análise dos argumentos trazidos pela recorrente, a Seobras/RJ.

238. Lembrada a necessidade de levar em conta essa análise, retoma-se a apreciação técnica dos argumentos trazidos pelo representante legal do consórcio Carioca-Christiani Nielsen/Queiroz Galvão (lote2). Os argumentos trazidos conformam uma tese sustentada nos seguintes pilares: **i)** o estudo da Secob-2 teria sido elaborado em desacordo com a determinação do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário; **ii)** o valor de R\$ 1,04/m³ apresentado na conclusão do estudo da Secob-2 já teria sido afastado pelo Tribunal, que teria considerado o valor do Sicro-2 impróprio para refletir as indenizações e **iii)** o estudo da Secob-2 estaria a sugerir que a instituição de servidão administrativa deveria ser aplicada para solucionar o caso concreto das obras do Arco Metropolitano do Rio.

239. Verifica-se que os argumentos trazidos pelo representante legal do consórcio não são no sentido de focar diretamente o estudo da Secob-2 e sua conclusão. Apenas indiretamente o fazem quando, para desconstituí-lo, defendem a tese de que o estudo da unidade técnica do Tribunal teria sido elaborado sem observar o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário.

240. Quanto ao primeiro pilar, subjaz na argumentação do representante legal o entendimento de que o Tribunal teria estipulado, no subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), apenas duas condições a serem observadas no estudo, as quais teriam o condão de alterar o caráter provisório e excepcional do valor de R\$ 5,84/m³ fixado. Essas duas condições seriam, alternativamente, a edição de eventual medida provisória ou a conclusão dos estudos determinados ao DNIT e DNPM no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge).

241. Esse pilar da argumentação não é capaz de suportar a força persuasiva e lógica que emerge a partir da transcrição das discussões ocorridas na Sessão Plenária Extraordinária, de 10/12/2012. O fato é que existe, na discussão Plenária, expressa menção à conclusão do estudo da Secob-2 como condição para o Tribunal deliberar, definitivamente, acerca do recurso da Seobras/RJ. A tese do representante legal, ademais, tampouco resiste à inteligência que emerge da própria redação dos subitens, transcritos a seguir:

9.2. determinar à Secob-2 que, no prazo de 90 dias, ultime os estudos relativos à metodologia de precificação do insumo “indenização de jazidas”, levando em conta possível regulamentação da matéria por parte do Poder Executivo, que recentemente sinalizou para a edição de medida provisória, bem como, alternativamente, as conclusões decorrentes do monitoramento da determinação contida no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011-Plenário;

9.3. dar ciência à Seobras/RJ e ao Dnit de que a anuência ao preço unitário de R\$ 5,84/m³, nos termos da nova redação do subitem 9.2.1 do Acórdão 2.919/2011-Plenário, possui caráter provisório e excepcional, aplicável exclusivamente ao Convênio TT-262/2007-00, tendo em vista a ausência normatização específica sobre a matéria, podendo tal entendimento ser novamente revisto, a depender do resultado dos estudos mencionados no subitem anterior; (grifamos)

242. Note que se as únicas condições para alterar o valor provisório e excepcional fixado no acórdão fossem a eventual edição de Medida Provisória ou a conclusão do estudo conjunto determinado ao DNIT e DNPM no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, como quer fazer crer o representante legal, forçoso seria concluir que a determinação para ultimar estudos dirigida à Secob-2 estaria, no caso concreto do Arco Metropolitano do Rio, desprovida de sentido e utilidade para o Tribunal.

243. Portanto, a prevalecer esse pilar da tese defendida pelo consórcio, o subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário teria aplicabilidade apenas aos casos futuros, sendo inútil para o caso concreto apreciado naquela ocasião. Sem embargo, a transcrição do áudio da Sessão indica que a solução do caso concreto, no entendimento do Plenário, estava a demandar um estudo requerido à Unidade Técnica.

244. A prevalecer a tese do consórcio, note que a hipótese de não edição da eventual Medida Provisória e de não cumprimento do subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge) deixaria, o caso concreto do Arco Rodoviário do Rio sem solução definitiva. Isso é uma consequência absurda advinda da tese defendida pelo representante legal do consórcio. Portanto, entende-se que o TCU não limitou escopo do estudo determinado à sua unidade técnica especializada apenas ao conteúdo da eventual MP ou do estudo conjunto determinado ao DNIT e DNPM.

245. Com efeito, a hipótese mencionada no item anterior, ao menos em parte, parece ter se confirmado. Os Exmos. Ministros José Múcio e José Jorge alertaram, na Sessão de 10/12/2012, para a possibilidade de a Medida Provisória não ser editada. O estudo conjunto determinado no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário não foi encaminhado ao Tribunal. Autoridades do Poder Executivo e do DNIT trouxeram ao conhecimento do TCU, em 2012, a informação de que a questão da indenização de jazida seria tratada em possível MP. Entretanto, a MP 790 foi editada somente em julho 2017, mais de dois anos e meio após a conclusão do estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias). Acerca dessa MP 790, sua vigência foi encerrada ainda em 2017, sequer tendo sido convertida em lei. Registre, ademais, que o texto da MP 790, não tratou de qualquer aspecto ligado à metodologia para cálculo do valor de indenização de jazida. O estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) já havia

chamado a atenção, em 2015, para esse aspecto do teor da então possível Medida Provisória (peça 329, p. 4 item 21).

246. Demais, o entendimento defendido pelo representante legal do consórcio construtor não se coaduna com o teor das discussões ocorridas na Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012. Para contraditar os argumentos do consórcio, nem mesmo é necessário retomar a audiência integral daquela Sessão. É suficiente tomar apenas excertos das intervenções dos Exmos. Ministros no transcorrer da Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012, para daí demonstrar a fragilidade do argumento do representante do consórcio. O contexto das intervenções a seguir reproduzidas está registrado nesta instrução.

“...E é nesse sentido que quando tivemos a oportunidade de receber a Ministra Mirian Belchior, o Ministro dos Transportes nós resolvemos encontrar esse meio termo, até que haja por parte do Executivo uma medida provisória, (...) e esperamos que haja essa medida provisória...” (grifamos)

“...Então a gente precisa sentar e resolver essa questão da areia, mas não com um absoluto aval do Tribunal, por que se o Tribunal der um aval, não precisa mais medida provisória...”;(grifamos)

“...É como José Mucio diz, se a gente assumir esse valor de cinco vírgula sessenta e oito... essa tal mediana, que é um valor assim meio saído do nada, é e, e... agora, então essa medida provisória não vai sair nunca...” (grifamos)

“...Nós poderíamos provisoriamente permitir a prática desse preço, até que o... a Secob terminasse a formulação desse estudo, no sentido de precificar adequadamente o... a indenização de jazida...” (grifamos)

“...Eu não sei. Eu acho que é... Nós não somos obrigados a aprovar isso hoje. Então eu, eu preferia que primeiro fizesse esse estudo para depois .a gente fazer esse valor...” (grifamos)

“...Eu concordo com as colocações feitas pelo Ministro Benjamin Zymler, pelo Ministro Raimundo Carreiro e...é claro que vamos avaliar isso depois do estudo que Vossa Excelência coloca, né? Que a Secob espero que possa fazer...” (grifamos)

“...Ou esperaríamos a superveniência de uma medida provisória que eventualmente pudesse resolver também. Na redação nós poderemos colocar alternativamente um e outro. Mas os noventa dias seriam dados à Secob para a formulação desse estudo...” (grifamos)

247. Efetivamente, o áudio da discussão ocorrida na Sessão Plenária Extraordinária permite concluir que o Plenário entendeu ser necessário aguardar o estudo da Secob-2, ou a superveniência de uma medida provisória, para deliberar, em definitivo, sobre o preço referencial de indenização de jazida.

248. Ante o exposto, não há robustez no primeiro dos três pilares que sustentam a tese defendida pelo representante legal do consórcio Carioca Christiani-Nielsen/Queiroz Galvão e, portanto, não há como acolher, em favor da Seobras/RJ, o argumento apresentado.

249. O segundo pilar que sustenta a tese reside na afirmação de que o Tribunal já teria considerado impróprio o valor de R\$ 1,04/m³ do referencial do Sicro-2 para indenização de jazida.

250. Primeiramente, essa afirmação feita pelo representante do consórcio demonstra o total desconhecimento da fundamentação do preço de R\$ 1,04 +BDI fixado no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, valor esse que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) ratificou. Com efeito, o preço fixado no acórdão baseou-se no estudo da UERJ, notadamente no custo das atividades auxiliares ali apropriados, segundo o voto condutor do aludido acórdão (peça 20, p. 2 itens 40-41.). Não há, no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário e voto condutor qualquer juízo acerca da inadequação do valor de indenização de jazida de R\$ 1,04/m³ do Sicro-2. Sem embargo, o Exmo. Ministro José Jorge, em seu voto, entendeu que os critérios de indenização do superficiário, no caso da retirada de material de

empréstimo, não estavam claros àquela altura, razão pela qual determinou a realização de estudo visando regulamentar situações futuras.

251. Note, contudo, que a necessidade de regulamentar situações futuras não implica tácito juízo sobre a inadequação do preço do Sicro-2. Em outras palavras, o fato de o Exmo. Ministro José Jorge entender não serem claros os critérios de indenização do superficiário não nos autoriza a concluir que ele tenha se manifestado pela inadequação do Sicro-2. Não se emite juízo sobre aquilo que não se tem clareza. A rigor, numa perspectiva diametralmente oposta àquela defendida pelo representante do consórcio, cabe a interpretação de que o próprio estudo realizado em 2011 pela UERJ, notadamente no que se refere ao custo das atividades auxiliares, serve para fundamentar o quão adequado era, à época da licitação das obras do Arco Metropolitano do Rio, o preço do item indenização de jazida do Sicro-2, fixado no ano 2.000. Foi nesse estudo da UERJ que se baseou o Exmo. Ministro José Jorge para decidir no caso concreto.

252. Por outro lado, é fato que um dos dois votos condutores do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário contém posicionamento do relator favorável à impugnação do preço referencial do Sicro-2 (peça 225, item 36). Todavia, é preciso ter em conta que a decisão acordada foi colegiada, e aquilo que resultou da discussão ocorrida na Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012, e do voto complementar, já transcritos nesta instrução, não permitem concluir que o Tribunal tenha deliberado no sentido de considerar impróprio o valor de indenização de jazida do Sicro-2.

253. O que existe no âmbito do Tribunal é um reconhecimento da impropriedade da unidade de medida R\$/m³, que era utilizada no Sicro-2 para remunerar a indenização de jazida. Esse reconhecimento está no voto condutor do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge) e na manifestação do relator do recurso, Exmo. Ministro Augusto Nardes, na Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012. Em que pese o reconhecimento sobre a impropriedade da unidade de medida empregada, o relator do recurso entendeu, em caráter extraordinário, não ser desarrazoado que o pagamento de indenização de jazida se fizesse pelo volume extraído, ao menos enquanto não sobreviesse o resultado do estudo determinado no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (peça 225, p. 4).

254. No item anterior, intencionalmente foi dito que a unidade de medida R\$/m³ era utilizada no Sicro-2. Atualmente o Novo Sicro aboliu o material M980 existente no Sicro-2. Note, portanto, que o próprio DNIT – autarquia que detém competência para estabelecer os parâmetros e critérios a serem utilizados na fixação de preços de seu sistema de custos – reconhecidamente já abandonou o conceito de “indenização de jazida” remunerado por metro cúbico de material extraído.

255. Repise-se que não há elementos para comprovar que o Plenário do Tribunal tenha aderido ao entendimento no sentido de considerar impróprio o valor de R\$ 1,04/m³ do Sicro-2. A própria determinação à Secob-2 para ultimar a conclusão do estudo depõe contra essa interpretação buscada pelo representante legal do consórcio Carioca Christiani-Nielsen/Queiroz Galvão.

256. O preço de referência do item indenização de jazida é o centro da controvérsia. O Plenário do Tribunal, por ocasião da discussão ocorrida na Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012, se deparou com entendimentos diferentes sobre o preço da indenização de jazida. Um deles, expresso no voto levado pelo relator do recurso, Exmo. Ministro Augusto Nardes, defendia a inadequação do valor histórico contido no Sicro-2, e o valor intermediário de R\$ 5,84/m³ para solucionar a lide.

257. O outro entendimento, levado na declaração de voto lida pelo relator *ad quo*, Exmo. Ministro José Jorge, defendia o preço fixado no acórdão recorrido, obtido a partir do custo das atividades auxiliares do estudo da UERJ, cuja proximidade com o valor referencial do Sicro-2 beirou a exatidão na casa das unidades de centavos.

258. Elucidativa, nesse sentido, foi a intervenção do Exmo. Ministro José Múcio, que sintetiza esta análise.

Essa é uma decisão absolutamente política, porque...É onze, cinco vírgula oitenta e quatro ou um? Quer dizer, escolher aleatoriamente, a diferença disso multiplicado pelo quantitativo de areia... é um volume de dinheiro extraordinário (...)

(...)

Eu torço que se acerte... mas eu acho que ainda não se encontrou a solução. Por exemplo, o voto separado de José Jorge, onde ela dá um real... Mas esse preço é justo? Eu não sei qual é o preço justo? (grifamos)

259. Portanto, não procede a alegação de que o Tribunal já teria se manifestado pela inadequação do valor de R\$ 1,04/m³ do Sicro-2.

260. Registre-se que o próprio estudo determinado pelo Tribunal à Secob-2 indicou que tanto o valor obtido com a aplicação analógica do art. 27 do Código de Mineração, como a estimativa de valor de mercado do mineral, com base nas informações fornecidas pelo DNPM alusiva àqueles mineradores que operam segundo a lógica econômica regulada por esse mesmo Código, situaram-se muito aquém do valor estabelecido no acórdão recorrido.

261. Ante o exposto, não há como acolher esse segundo ponto central da argumentação do consórcio construtor.

262. O terceiro e último pilar que ampara a tese apresentada assevera que o estudo produzido pela Secob-2 teria concluído pelo uso da servidão administrativa para solucionar o caso concreto, o que configuraria nítida ofensa ao princípio da segurança jurídica, segundo afirmou o advogado representante do consórcio construtor (peça 378, p.7).

263. Esse é um argumento falacioso do representante legal, na medida em que atribui ao estudo da Secob-2 conclusão que não se pode retirar dali. Tal argumento já foi objeto de análise na oitiva da Seobras/RJ.

264. Quanto à essa análise, cabe agregar que o estudo Secob-2, ao tratar do instituto da servidão administrativa, visou subsidiar DNIT e DNPM no cumprimento daquilo que lhes foi determinado no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário. Com efeito, o então relator *a quo*, Exmo. Ministro José Jorge, ao fundamentar a determinação constante desse mencionado subitem 9.4, cuidou de expressar a sua preocupação com os **casos futuros**, e não a sua preocupação com a solução do caso concreto. Para o caso concreto, repise-se, o próprio estudo da UERJ, tomando-se o custo das atividades auxiliares, fundamentou o preço fixado no acórdão recorrido.

265. Atente-se para a preocupação com os casos futuros externada pelo Exmo. Ministro José Jorge no voto condutor do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (peça 20, p. 2):

39. (...) Percebe-se, de pronto, a necessidade de se regulamentar essa questão para situações futuras, razão pela qual estou encaminhando determinação ao DNIT e ao DNPM para que, em conjunto, estabeleçam, nos casos de extração de material para aterros, os critérios e limites para a formalização da indenização pela utilização das jazidas em obras rodoviárias (grifamos).

266. É nesse sentido, portanto, que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias), com o olhar voltado para os casos futuros, visou subsidiar o estudo conjunto determinado ao DNIT e DNPM.

267. Por outro lado, o estudo da Secob-2 também procurou atender um dos votos condutores do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), no sentido de aplicar a analogia com o disposto no Código de Mineração visando obter uma solução para o caso concreto do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro. Não há que se falar que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) esteja a defender a utilização do instituto da servidão administrativa para solucionar o caso concreto.

268. Seria afrontar a elementar noção de causa e efeito aceitar a tese proposta pelo representante legal do consórcio. Com efeito, trata-se de um trecho rodoviário que já estava inaugurado quando o estudo da Secob-2 foi concluído.

269. A proposta de utilização do instituto da servidão administrativa contida no estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) está voltada para os casos futuros como restou consignado no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário. Registre-se que o estudo da Secob-2 concluiu aplicarem-se à servidão administrativa, no que couber, as mesmas disposições do Decreto-Lei 3.361/1941, devendo a servidão administrativa ser precedida de ato declaratório de utilidade pública.

270. Como já foi dito aqui, na Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012 o Colegiado entendeu ser necessário um estudo para, depois, deliberar, em definitivo, sobre o caso concreto. Assim, o estudo da Secob-2 procurou cuidar do presente e do futuro. Do presente, ao oferecer uma solução do caso concreto, aplicando a analogia defendida no voto do Exmo. Ministro Augusto Nardes e as implicações dela decorrentes. Do futuro ao oferecer contribuições para que DNIT e DNPM elaborem o estudo que lhes foi determinado. Tais contribuições se concretizam na forma de análise da jurisprudência acerca da indenização de jazida, bem como na forma de uma vasta revisão da doutrina, considerando os campos da economia do direito, do direito e da avaliação de bens. O estudo mostrou que existe norma técnica a disciplinar a avaliação de recursos naturais e benfeitorias para fins de indenização por servidão. Essas avaliações devem ser realizadas caso a caso, havendo situações nas quais não cabe indenização alguma (peça 329, p 20-28).

271. Note que para uma obra que já produziu os seus efeitos no que tange à aquisição de materiais de empréstimo para uso em aterros (a obra foi inaugurada em 2014), o estudo da Secob-2 não poderia vir a propor uma nova causa. É que para uma nova causa, esperam-se novas consequências. Destarte, se o estudo da Secob-2 estivesse a propor, no caso concreto, o emprego da servidão administrativa como causa ou fundamento para o pagamento de indenização de jazida (nova causa), forçoso reconhecer que o valor a ser pago (consequência) seria de uma ordem de grandeza inferior ao valor fixado no acórdão recorrido. Note, todavia, que o estudo da Secob-2 concluiu, em sua proposta de encaminhamento, pela adequação do valor fixado no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário para remunerar a indenização de jazida, e não pela utilização do valor resultante da aplicação analógica do art. 27 do Código de Mineração, cuja estimativa resultou menor do que R\$ 1,04/m³ do acórdão recorrido.

272. Diante do exposto, fica comprometida toda a tese apresentada pelo representante legal do consórcio Carioca Christiani-Nielsen/Queiroz Galvão. Nada do que foi trazido pelo representante legal do consórcio pode ser aproveitado em favor da peça recursal da Seobras/RJ.

273. Finalmente, no tocante ao pedido, cabe apenas pontuar o inusual desapareço demonstrado pelo representante legal em relação às determinações exaradas pelo Tribunal. Pedir a desconsideração do estudo da Secob-2 como prova da instrução é desconsiderar que esse estudo foi uma demanda dos Ministros e da Ministra presentes à Sessão Plenária Extraordinária. Pode-se discordar do estudo preparado pela Secob-2. Pode-se mesmo discordar do seu fundamento, como tentou fazer o representante do consórcio. Mas desconsiderá-lo denota menor relevo conferido à natural dialética do processo, aqui materializada na forma do estudo determinado pelo Plenário juntamente com a oitiva facultada pelo Exmo. Ministro Vital do Rêgo.

III.2 Manifestação do representante legal do Consórcio Arco do Rio (lote 3), formado pelas empresas OAS e Camargo Corrêa

274. Em resposta ao Ofício 378/2016-TCU/SeinfraRodovias (peça 368), os Srs. Antônio Coutinho e Guilherme de Paula responderam ao TCU (peça 380) a oitiva facultada a seu representado, o Consórcio Arco do Rio (lote 3), formado pelas construtoras OAS e Camargo Corrêa.

275. Inicialmente os representantes do consórcio Arco do Rio demonstram a tempestividade da resposta à oitiva. Em seguida, trazem breve histórico processual, situando as obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro como objeto dos autos, e mais especificamente o suposto sobrepreço no item indenização de jazida como sendo a questão central da oitiva.

276. Os representantes legais mencionam o Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, que trouxe determinação limitando em R\$ 1,25/m³ (R\$ 1,04/m³ + BDI) o repasse de recursos federais para o item indenização de jazida, além de determinar ao DNPM e a DNIT a realização de estudos conjuntos visando estabelecer critérios metodológicos e limites para o cálculo da indenização de jazida.

277. Afirmam que a Seobras/RJ, inconformada com a determinação do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, interpôs pedido de reexame, valendo-se de estudo da UERJ para defender a adequação do valor referencial de R\$ 7,40/m³ para o item indenização de jazida. Nesse estudo, o valor referencial ali contido supostamente consideraria os danos causados aos proprietários das terras e, também, consideraria a devida contraprestação pela cessão e uso da terra.

278. Prosseguem a narrativa mencionando o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, que apreciou o único pedido de reexame dos autos. Afirmam que nesse acórdão o Tribunal deliberou pelo preço de R\$ 5,84/m³ para o item indenização de jazida, e que tal decisão teria caráter excepcional em virtude da controvérsia do assunto no TCU.

279. Segundo os representantes, depois da prolação do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, já em 2016, a SeinfraRodovias (Secob-2) teria se manifestado pela adequação do valor histórico do Sicro-2 para remunerar o item indenização de jazida. Ainda segundo os representantes legais, o estudo da Unidade Técnica do Tribunal teria apontado para a necessidade de emprego do instituto da servidão administrativa, nos casos similares ao do Arco Metropolitano do Rio.

280. Concluiu o histórico afirmando que o estudo da Secob-2 tratou apenas de divergência acerca da conformação jurídica adequada para a exploração de recursos minerais em caixas de empréstimo concentrado. Afirmam que o estudo da Secob-2 não tratou, no mérito, as razões defendidas no aprofundado e conclusivo estudo da UERJ, e que por essa razão, o estudo da Unidade Técnica do Tribunal não poderia ser aplicado no caso concreto.

281. Adicionalmente, propõem demonstrar que o estudo da Secob-2 não se coaduna com a realidade fática da obra do Arco Metropolitano do Rio e Janeiro.

282. No que diz respeito à tese de impossibilidade de aplicação do estudo da Secob-2 no caso concreto, os representantes legais do consórcio Arco do Rio iniciam a argumentação imputando ao estudo da Secob-2 a fonte primária do entendimento que defende a aplicação analógica dos arts. 27 e 60 do Código de Mineração para resolver a lide no caso concreto (peça 380, p. 5).

283. Com base no entendimento de que a aplicação dos arts. 27 e 60 do Código de Mineração estaria a indicar vantagens econômicas na exploração de materiais de caixas de empréstimo, os representantes legais do Consórcio Arco do Rio afirmam que o estudo da Secob-2 teria chegado ao valor de R\$ 0,50/m³ mediante a aplicação desses dispositivos da Lei de Minas. Esse valor, acrescido de BDI e outros custos, apontaria o valor de R\$ 1,25/m³ como limite a ser pago pela União a título e indenização da jazida, tal qual previamente decidido no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário.

284. Ante a complexidade da matéria em discussão, afirmam que o Exmo. Ministro Vital do Rêgo determinou a constituição de processo apartado para tratar da indenização de jazida, além de determinar oitivas dos consórcios, do DNIT e do DNPM, medidas consideradas fundamentais pelos representantes legais.

285. Asseveram que a discussão sobre indenização de jazida é nova no Tribunal, sendo essa a primeira vez que o TCU se debruçou sobre questões como a natureza jurídica do item, a correta metodologia para o seu cálculo ou mesmo a forma mais apropriada para a Administração lidar com o assunto.

286. Afirmam não haver entendimento sedimentado a respeito do assunto dentro do Tribunal, e citam o Acórdão 2.164/2011 TCU – Plenário, com a respectiva transcrição de trechos selecionados do relatório da Unidade Técnica instrutiva (Secob-1) para sustentar a assertiva. Afirmam, também,

que esta Corte de Contas, no Acórdão 2.164/2011 – TCU – Plenário não teria questionado o item indenização de jazida, nem mesmo falado em imposição de servidão administrativa (peça 380, p. 10).

287. Os representantes legais do Consórcio Arco do Rio reconhecem, no estudo elaborado pela Secob-2 (peça 329), significativo avanço no entendimento sobre o tema de indenização de jazida. Contudo, entendem que as conclusões desse estudo não podem ser aplicadas ao caso concreto do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, em respeito ao princípio da segurança jurídica (peça 380, p. 10).

288. Afirmam que nem o despacho do Exmo. Ministro Vital do Rêgo (peça 347) e tampouco o estudo da Secob-2 abordaram ou questionaram o estudo produzido pela UERJ e que embasou o pedido de reexame interposto pela Seobras/RJ.

289. Atribuem ao estudo da Secob-2 o condão de pretender conferir uma interpretação divergente daquela esposada no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário. Afirmam, ainda, que ante uma suposta ausência de referencial normativo, o estudo da Secob-2 teria concluído que o caso concreto das obras do Arco Metropolitano estaria a demandar o uso do instituto da Servidão Administrativa. Segundo os representantes legais, essa interpretação da Secob-2 violaria o disposto no art. 2º, parágrafo único, inciso XIII da Lei 9.784/99. *In Verbis*:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

290. Afirmam que na eventualidade de o Tribunal vir a entender que a solução para a exploração de recurso minerais destinados às obras de terraplenagem e vias de transportes, quando provenientes de caixas de empréstimo concentrado, tenha que se dar pela via da imposição da servidão administrativa, será importante que as medidas apropriadas para a instituição da servidão sejam adotadas ainda na fase de licitação, e que o gestor público seja orientado a prevenir o particular contratado. Segundo os representantes legais do Consórcio Arco do Rio, esse foi o entendimento esposado no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, do qual transcrevem os itens 12, 13, 14, 15, 16, 33 e 34 contidos em um dos dois votos do Exmo. Ministro Augusto Nardes condutores do referido acórdão.

291. Argumentam, com base nos mencionados itens de um dos dois votos condutores do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, que o entendimento ali contido preza pela prudência, na medida em que evita atribuir força normativa a um entendimento não consolidado no TCU. Esse entendimento, segundo os representantes legais, estaria em consonância com a jurisprudência do Tribunal e o respeito à segurança jurídica. Sustentam essa última afirmação com a reprodução de trechos dos votos condutores do Acórdão 3.090/2012 e 3.421/2012 ambos do Plenário (peça 380, p. 14-15).

292. Afirmam que o entendimento sobre indenização de jazida já se alterou diversas vezes, que a decisão cristalizada no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário representa um meio termo razoável, sendo necessário que se assegure a segurança jurídica ao particular que contrata com a Administração.

293. Dizendo passar então ao mérito da discussão, a peça entregue pelos representantes legais do Consórcio Arco do Rio assevera, nas páginas 15 e 16, que estudo da Secob-2 teria abordado, essencialmente, a viabilidade e a conveniência de se instituir servidão administrativa como forma de explorar jazidas fora da faixa de domínio das rodovias. Assevera, ainda, que o estudo da Unidade Técnica do Tribunal estaria buscando uma forma de baratear substancialmente as obras ao aplicar o

disposto nos arts. 27 e 60 do Código de Mineração, levando em conta o mero valor venal do imóvel (peça 380, p 15-16).

294. Em seguida, os representantes transcrevem a definição de servidão administrativa de uma das obras do professor Hely Lopes Meirelles (peça 380, p. 16). Apresentam considerações gerais e princípios atinentes ao emprego desse instituto jurídico, não deixando de mencionar as possibilidades de negociação via administrativa com o particular, bem como a possibilidade de resolução pela via judicial.

295. Após essas considerações gerais, os representantes legais voltam a tratar do caso concreto das obras do Arco Metropolitano do Rio, afirmando que o art. 53 da Lei Complementar estadual 8/1977 veda o emprego da suposta solução defendida no estudo da Secob-2. Por força dessa vedação explicitada no dispositivo da referida lei estadual, argumentam os representantes do consórcio construtor que o estado do Rio de Janeiro encontra-se legalmente impossibilitado de instituir servidões, sendo esse fato uma clara vedação à medida recomendada pelo estudo da Secob-2. Destarte, mesmo que o Tribunal venha a entender que a instituição de servidões administrativas se configura medida mais econômica, tal entendimento não poderia ser aplicado no caso de obras realizadas no estado do Rio de Janeiro.

296. Referindo-se aos atributos das servidões, os representantes legais mencionam o da perpetuidade, com o propósito de demonstrar que esse instituto jurídico não pode ser utilizado para explorar material de jazida em caixa de empréstimo, pois, segundo eles, a manutenção da servidão não faria sentido algum com o término das obras.

297. Afirmam ser necessária moderação no emprego do instituto da servidão administrativa, pois nos casos em que a exploração mineral inutilize completamente a propriedade, faria mais sentido desapropriá-la. Asseveram que a servidão administrativa é uma possibilidade ao alcance do gestor, não uma imposição.

298. Defendem que seria necessária a anuência do particular com a Administração para a instituição de servidões, e que os cálculos realizados pela Unidade Técnica do Tribunal não estariam aptos para refletir o valor devido para a indenização de jazida, na medida em que esses valores seriam objeto de questionamento dos particulares. Por isso, entendem que não há como impor ao particular um valor de servidão arbitrado pela Administração.

299. Em sua argumentação, os representantes legais do Consórcio Arco do Rio prosseguem com a apresentação da noção do que viria a ser a indenização de jazida. Segundo eles, o item busca atribuir à empresa contratada para executar a obra o ônus de ressarcir o superficiário pela cessão do direito de adentrar seu imóvel e utilizar as jazidas lá localizadas, restando óbvio, por isso mesmo, que o valor da indenização deve ser definido com base em estimativa de valores dos imóveis próximos à obra, algo que o estudo da UERJ observou. Afirma, ademais, que o próprio informativo do Sicro-2 passou a reconhecer essa necessidade de avaliação caso a caso.

300. Lembram acerca da necessidade de seguir os trâmites legais para a instituição e servidões administrativas, conforme Decreto-Lei 3.365/41, e que isso deveria ocorrer previamente ao início das obras. Lembram, adicionalmente, que os valores previstos pela Administração poderiam ser questionados pelos particulares na esfera judicial, o que implicaria gastos que não foram levados em consideração no estudo da Unidade Técnica. No entendimento dos representantes legais do consórcio Arco do Rio, a imposição de servidão administrativa padece de análise sobre a conveniência e economicidade.

301. Por fim, argumentam ser absolutamente inapropriado o preço indicado no estudo da Secob-2 para remunerar a indenização de jazida no caso das obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro. Isso porque, segundo os representantes legais, o valor de R\$ 1,25/m³, obtido a partir do valor referencial do Sicro-2 (R\$ 1,04/m³) acrescido do BDI, jamais sofreu qualquer reajustamento desde a

sua implantação no ano de 2000. Isso, segundo os representantes, estaria a demonstrar a inadequação do preço constante da tabela do Sicro-2 como paradigma de preço praticado no mercado.

302. Resgatam, na oitiva que lhes foi facultada, antigo argumento que já foi objeto de análise e apreciação deste Tribunal, por intermédio do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário. Especificamente, retomam o argumento acerca de um suposto reconhecimento, por parte do DNIT, da inadequação do preço do Sicro-2, quando da publicação do informativo de julho de 2010, alusivo àquele sistema de custos da Autarquia. Transcrevem o item 11 daquele informativo e afirmam, a partir dele, ficar afastada qualquer dúvida acerca da possibilidade de se utilizar o valor de R\$ 1,04/m³ que vigeu até o mês de julho de 2010.

303. Com essas considerações, os representantes legais afirmam que o sobrepreço imputado pela Secob-2 sustenta-se em premissa imprópria, restando maculadas as conclusões obtidas no estudo da Unidade Técnica (peça 329).

304. Concluem afirmando que o item indenização de jazida representa novidade na jurisprudência do TCU, e que por isso mostra-se apropriada a discussão sobre o tema em autos apartados, conforme determinação do Exmo. Ministro Vital do Rego. Afirmam que o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário alterou o valor fixado no acórdão recorrido e que o estudo da Secob-2 não questionou, em momento algum, o estudo apresentado pela UERJ. Por essas razões, entendem ser impossível aplicar as conclusões do estudo da Secob-2.

III.2.1 Análise da manifestação do representante legal do Consórcio Arco do Rio (lote 3), formado pelas empresas OAS e Camargo Corrêa

305. Preliminarmente, antes de passar à análise do mérito da oitiva do consórcio Arco do Rio, é necessário fazer breve reparo em afirmação trazida no histórico da peça aduzida (peça 380, p. 4, item 11). Diferentemente do que afirmam os representantes legais, a então Secob-2, na condição de unidade instrutiva que subsidiou o relator do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, efetivamente se dedicou a analisar o estudo da UERJ, questionando-o no seu fundamento legal.

306. Posteriormente, a Serur, Unidade Técnica instrutiva que analisou o pedido de reexame da Seobras/RJ, também se dedicou à reanálise do estudo da Universidade Estadual do Rio de Janeiro na sua instrução (peça 213).

307. Vale lembrar que a determinação exarada no subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário era para que a Secob-2 ultimasse os estudos relativos à metodologia de precificação do insumo “indenização de jazida” levando em conta possível regulamentação da matéria por parte do Poder Executivo, bem como, alternativamente, as conclusões decorrentes do monitoramento da determinação contida no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário. Fica claro, portanto, que a determinação não foi para que a então Secob-2 reanalisasse o estudo da UERJ, este, aliás, já analisado em duas ocasiões por unidades técnicas distintas do TCU.

308. Passando agora à análise do mérito dos argumentos trazidos na oitiva do consórcio, a tese apresentada defende a impossibilidade jurídica de se aplicar as conclusões do estudo da Secob-2 no caso concreto. Essa tese se ampara nos seguintes pontos: **i)** que o estudo da Secob-2 estaria a defender o uso da servidão administrativa como solução do caso concreto; **ii)** que não haveria, no TCU, consolidação de entendimento sobre o emprego da servidão administrativa como instrumento para aferir o montante a ser desembolsado para utilização de minerais destinados à abertura de vias de transportes, **iii)** que lei estadual estaria a impedir que o estado do Rio de Janeiro impusesse servidão administrativa.

309. O primeiro ponto de apoio da tese trazida pelos representantes legais do consórcio parece ignorar o uso analógico preconizado em um dos votos do Exmo. Ministro Augusto Nardes no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário. Ademais, distorcem o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) quando argumentam que a Unidade Técnica teria utilizado como premissa a busca da solução mais

econômica, e que essa solução seria, para o caso concreto do Arco Metropolitano do Rio, o emprego da servidão administrativa, indenizando o superficiário pelo valor da terra nua, excluídas benfeitorias, instalações culturais e pastagens.

310. O estudo da Secob-2 não tem a suposta premissa defendida pelos advogados. É fácil demonstrar o equívoco da argumentação dos representantes do consórcio. Basta notar que a conclusão do estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias), reafirma-se aqui, não foi no sentido de adotar a servidão administrativa para solucionar o caso concreto. A aplicação analógica do art. 27 do Código de Mineração indicou valores de indenização muito aquém do valor fixado no acórdão recorrido. Para o caso concreto, o estudo concluiu pela adequação do preço fixado no acórdão recorrido para remunerar a indenização de jazida. E o preço fixado no acórdão recorrido, por sua vez, se fundamenta no custo das atividades auxiliares do estudo da UERJ, consoante registrou o Exmo. Ministro José Jorge no voto condutor do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário.

311. O estudo, também, mostrou que a indenização de servidão deve se dar caso a caso, conforme estabelece a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais, havendo hipóteses em que sequer é cabível indenização, quando a imposição da servidão resulta em valorização dos imóveis lindeiros em montante superior aos eventuais danos sofridos. A eventual indenização de cobertura vegetal reclama a comprovação de efetiva exploração econômica da vegetação por parte do superficiário. Quanto a eventuais indenizações de benfeitorias e instalações, o estudo, fiel ao entendimento de que a indenização de servidão se processa caso a caso, registrou:

184. Entende-se que a avaliação dos bens mencionados nos incisos I a IV, sob o aspecto metodológico, não difere daquela ordinariamente efetuada segundo as diretrizes da norma técnica ABNT NBR 14653-3. Necessário, em todo caso, que gestor avalie a economicidade envolvida na definição do contorno superficial da jazida, evitando indenizações que potencialmente se relevem desnecessárias por onerar construções, benfeitorias ou culturas que não guardam relação cogente com o bem da União requerido para a abertura da via de transporte.

312. Diferentemente do que afirmam os advogados do consórcio construtor, o valor da ordem de R\$ 0,50/m³ mencionado no estudo da Secob-2 advém de uma estimativa diferente daquela obtida com o emprego da servidão administrativa. Trata-se de uma estimativa de preços praticados dentro da hipótese de comercialização prevista do Código de Mineração, tomando-se por base os valores de CEFEM e os volumes de vendas declarados pelo minerador regular. Esse minerador regular, para lavrar, incorre em custos de licenciamento ambiental e suas condicionantes, custos de manutenção de caminhos de serviço, de recomposição de camada vegetal, de drenagem, etc. Não há porque presumir os mineradores regulares isentos de custos os quais alegam as empreiteiras construtoras do Arco Metropolitano do Rio serem necessários considerar, quando a exploração do mineral se dá junto aos proprietários das caixas de empréstimo.

313. Não há, desse modo, como prosperar qualquer argumento fundado na assertiva de que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) teria concluído pelo uso da servidão administrativa para o caso concreto.

314. Quanto ao segundo ponto que sustenta a tese trazida pelos representantes legais nessa oitiva, é o bastante para infirmá-lo observar a conclusão do item anterior, ou seja, que o estudo da Secob-2 não defendeu o emprego da servidão administrativa para solucionar o caso concreto. Portanto, não cabe o consórcio alegar uma suposta ausência de entendimento no TCU sobre o emprego da servidão administrativa se o estudo da Secob-2 não a impõe como solução do caso concreto.

315. De antemão, há que se reconhecer que o interesse dos consórcios reside unicamente na solução do caso concreto. A discussão empreendida no estudo acerca do emprego da servidão administrativa para obtenção de materiais em caixas de empréstimo é matéria voltada para os casos futuros, objeto da preocupação do Tribunal tal qual restou consignada no voto condutor do

Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário. Destarte, o emprego da servidão administrativa para os casos futuros, não guardando ele relação com o caso concreto do Arco Metropolitano do Rio, é tema que diz respeito ao DNIT e ao DNPM, consoante o estudo determinado no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário.

316. Na oitiva determinada pelo Exmo. Ministro Vital do Rego, os consórcios foram chamados a se manifestarem sobre o estudo da Secob-2 e a consequente formulação do preço de indenização de jazida para o caso concreto. E para o caso concreto do Arco Metropolitano do Rio, o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) concluiu pela adequação do valor fixado no acórdão recorrido.

317. É falho, portanto, este ponto da argumentação dos representantes legais, pois ela presume que o estudo da Secob-2 estaria a defender o emprego da servidão administrativa para solucionar o caso concreto, para somente daí buscar na jurisprudência desta corte decisões que estivessem a sugerir a falta de entendimento consolidado sobre o tema. Necessário não perder de vista que o tema único de interesse dos consórcios nestes autos é o preço referencial da indenização de jazida nas obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, e não uma discussão geral sobre as formas legais vislumbradas pela Administração para explorar, nos casos futuros, os minerais necessários à abertura de vias de transporte.

318. Ademais, o Acórdão 2.164/2011 – TCU – Plenário, prolatado no âmbito de Representação sobre edital de obras do Aeroporto de Guarulhos, sequer pode ser empregado para defender uma eventual falta de entendimento consolidado sobre o tema, como querem os representantes do consórcio. Os representantes legais parecem ignorar que a análise técnica empreendida nesse acórdão, no tocante a indenização de jazida, foi voltada para a obtenção de um valor preliminar a ser usado para averiguar a viabilidade financeira de se efetuar a desapropriação dos terrenos das jazidas, e não para imputar sobrepreço. Efetivamente, aquilo que se reafirmou no Acórdão 2.164/2011 – TCU – Plenário foi a adequação do sistema referencial legal de preços de obras aeroportuárias como parâmetro para avaliação de sobrepreços no edital analisado. A consideração sobre desapropriação de áreas das jazidas concedidas às pedreiras lá mencionadas serviu apenas para ilustrar a disparidade de valores de material de empréstimo no orçamento da obra. As estimativas de valores por metro cúbico de material, tomando por base a desapropriação das áreas das pedreiras, sequer foi considerada para fins de análise de sobrepreço naqueles autos de representação

319. Ainda sobre acórdão referido no item anterior, prolatado no âmbito do TC 016.416/2011-2, o Tribunal acolheu proposta de encaminhamento formulada pela unidade técnica, no sentido de encaminhar os autos às autoridades competentes para subsidiar a apuração de práticas anticoncorrenciais entre empresas fornecedoras de material argiloso na região.

320. A alegação dos representantes de que o Tribunal não tem entendimento consolidado sobre o assunto (peça 380, p. 10) não impede esta Corte de Contas de seguir discutindo o tema da indenização de jazida em outros processos.

321. Ante o exposto, não há como acolher o argumento dos representantes legais no que tange a uma suposta ausência de entendimento consolidado sobre o tema no Tribunal. Para fins de cálculo de sobrepreço, o acórdão de que se socorrem os representantes legais reafirmou a importância do referencial legal de obras aeroportuárias.

322. Quanto a alegação de que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) estaria interpretando retroativamente a norma administrativa, é o bastante dizer que a discussão acerca do emprego da servidão administrativa cuida dos casos futuros objetos da preocupação do relator *a quo*. O estudo, assim, procura avançar no entendimento sobre as formas de obtenção de material destinado à abertura de vias de transportes. Esse avanço é reconhecido pelos próprios representantes legais do consórcio (peça 380, p. 10).

323. O estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias), diferentemente do que alegam esses representantes, cuidou para que esse avanço do entendimento não implicasse uma nova interpretação retroativa da norma administrativa. Isso foi logrado mediante a conclusão de manter inalterado, para o caso concreto do Arco metropolitano do Rio, os exatos termos do Acórdão recorrido. Cumpre lembrar, ainda que pareça exaustivo, que o valor de R\$ 1,04/m³ + BDI, fixado no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge), tem o seu fundamento no custo das atividades auxiliares do estudo da UERJ o qual, ante a sua proximidade de valor com o do Sicro-2, mostrou-se apto a remunerar a indenização de jazida no caso concreto. Assistiria razão aos representantes somente se o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) tivesse concluído, no caso concreto, pela adoção dos valores estimados com base na aplicação analógica do Código de Mineração, o que não foi o caso. Portanto, não há que se falar em aplicação retroativa da norma.

324. O terceiro e último ponto chave dos argumentos trazidos pelos representantes legais refere-se à suposta vedação legal para instituir a servidão administrativa no estado do Rio de Janeiro. Após mencionarem definições e aspectos doutrinários alusivos à servidão administrativa, os advogados apresentam o art. 53 da Lei Complementar estadual 8/1977 como pilar de seus argumentos.

325. O art. 53 da referida lei complementar estadual já foi objeto de análise nesta instrução (itens 144 a 150), nada mais havendo o que acrescentar a esse respeito.

326. Na parte final do documento enviado como resposta à oitiva, os representantes legais sustentam que o próprio DNIT teria reconhecido, no informativo de julho em 2010, a inadequação do preço do Sicro-2. Trata-se, aqui, de um argumento que já foi trazido aos autos e analisado pelo Tribunal em duas circunstâncias distintas.

327. A primeira análise desse argumento ocorreu no relatório que embasou o Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (peças 17, p. 12, item 363 a peça 18, p.2, item 371). O mesmo argumento foi reexaminado pela Serur (peça 213). O estudo da Secob-2 (peça 329) não abordou o informativo Sicro-2 de julho de 2010, tema já analisado pelo Tribunal. O argumento, portanto, além de repetido, refere-se a tema estranho ao estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) e, desse modo, estranho à oitiva determinada pelo Exmo. Ministro Vital do Rêgo.

328. Ante o exposto, não há como acolher em favor da Seobras/RJ os argumentos apresentados pelos representantes do consórcio Arco do Rio, formado pelas empresas OAS e Camargo Corrêa.

329. À guisa de complemento, e mesmo não envolvendo o caso concreto aqui tratado a necessidade de empregar servidão administrativa, cabe não deixar sem refutação entendimentos pontuais acerca da servidão trazidos pelos representantes legais. Um contraponto à afirmação feita por eles acerca do caráter perpétuo da servidão pode ser encontrado na obra de Arnaldo Rizzardo, que afirma acerca do caráter temporal da servidão (Rizzardo, A. *Servidões*. Forense. 2ª Ed. Rio de Janeiro, 2014. p. 24):

“Insta, entretanto, que se analise com cautela o caráter da perpetuidade. (...) Desaparecendo a necessidade, não há por que subsistir a servidão, posto que sua instituição tem razão de ser na existência da necessidade de uma utilidade (...).

330. Tampouco pode prosperar a tese de que a indenização de jazida se refere à remuneração do superficiário pelo direito de acesso a imóvel. Em primeiro lugar porque as cotações que embasaram os preços contratuais praticados no caso concreto não espelham essa afirmação (peça 25, p. 41/49). O material M980 foi cotado como *royalties*. Em segundo lugar, a aceitação de semelhante tese implica assentir com a possibilidade de que qualquer pessoa, física ou jurídica, ante a possibilidade de opor embaraço para que a União utilize o seu patrimônio (bem mineral), o faça colocando o preço que bem lhe aprouver num suposto direito de acesso à superfície. O remédio jurídico para semelhantes casos é a servidão administrativa e justa indenização pela eventual ruptura

de uma dada condição patrimonial do superficiário, algo que muito difere de uma cobrança por direito de acesso à propriedade.

III.3 Manifestação do representante legal do Consórcio Arco Metropolitano do Rio (lote 1), formado pelas empresas Norberto Odebrecht e Andrade Gutierrez e do Consórcio Arco Metropolitano Rio (lote 4), formado pelas empresas Delta Construções e Oriente Construção.

331. O consórcio construtor Arco Metropolitano do Rio (Odebrecht e Andrade Gutierrez – lote 1), bem como o consórcio construtor Arco Metropolitano Rio (formado pelas empresas Delta Engenharia e Oriente Construções – lote 4), possuem o mesmo representante legal.

332. Em resposta aos Ofícios 317/2016 - TCU/SeinfraRodovias (peça 353) e 403/2016 - TCU/SeinfraRodovias (peça 374) e, os Srs. Jean Deon e Igor de Sousa responderam ao Tribunal de Contas da União (peça 367) e (peças 371 e 379), respectivamente, as oitivas facultadas aos seus representados, os consórcios Arco Metropolitano Rio (lote 4) e Arco Metropolitano do Rio (lote 1).

333. Verificou-se que as oitivas respondidas possuem o mesmo conteúdo, exceto pela inserção de três parágrafos (itens 31, 32 e 33) na peça 371 em relação à peça 367. No mais, foi observado apenas ajuste de redação nos itens 2, 26 e 27. Observado esse fato, e movido pela necessidade de concisão, as respostas às oitivas facultadas aos consórcios Arco Metropolitano do Rio e Arco Metropolitano Rio serão analisadas conjuntamente.

334. Inicialmente, os representantes legais dos consórcios executores dos lotes 1 e 4 apresentam um breve histórico da questão. Situam o empreendimento de construção do Arco Metropolitano do Rio e o Convênio TT-262/2007-00 (Siafi 618972) como objeto destes autos. Situam, mais especificamente, a questão do sobrepreço no item indenização de jazida como controvérsia dos autos.

335. Mencionam os Acórdãos 2.919/2011 e 3.451/2012, ambos do Plenário do TCU, como decisões importantes deste processo. Quanto a este segundo acórdão, os representantes dos consórcios transcrevem, na íntegra, os subitens 9.1 até 9.4 da decisão. A partir da transcrição afirmam que o caráter provisório e excepcional ali expresso diz respeito à validade do preço de indenização de jazida, de R\$ 5,84/m³, exclusivamente para o Convênio TT-262/2007-00, vedado a utilização desse valor para outras obras que não sejam as do Arco Metropolitano do Rio. Afirmam que o subitem 9.5.2 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário reforça esse entendimento.

336. Classificam como surpreendente as conclusões do estudo da Secob-2, e enunciam aquilo que seria, no entendimento deles, os motivos que supostamente estariam a fundar a conclusão do estudo da Unidade Técnica Especializada. A saber: **i)** as jazidas e os recursos minerais delas provenientes são propriedade da União; **ii)** a exploração de jazidas para implantação de rodovias não poderia ter viés econômico, **iii)** utilização do instituto da servidão administrativa, que não seria vedada ao DNIT, configuraria regime mais apropriado à exploração pretendida; **iv)** indenização devida aos proprietários de terras pela exploração de jazidas deveria seguir o disposto nos arts. 27 e 60 do Código de Mineração.

337. Ao concluir o histórico, os representantes legais atribuem ao estudo da Secob-2 complexidade na construção interpretativa da legislação. Afirmam que o estudo é digno de crédito e reconhecimento por buscar identificar as melhores condições de contratação para a administração pública. Contudo, declaram que o estudo não possuiu aplicação prática no caso concreto, quer por contrariar o próprio Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, quer por se amoldar apenas aos contratos futuros.

338. Passam, em seguida, a defender o preço de indenização de jazida de R\$ 5,84/m³ já balizado, segundo eles, pelo TCU. Afirmam que o estudo da UERJ, fundamentado em análises técnicas e consultas de mercado, já teria indicado um valor referencial para o item indenização de jazida.

339. Destacam a qualidade do estudo da UERJ, que mesmo sofrendo críticas quanto ao seu fundamento, teve, no entendimento deles, a sua metodologia aceita pelo TCU. Afirmam que essa aceitação por parte do Tribunal em relação ao estudo da UERJ teria se dado após ajustes supostamente sugeridos pela Secob-2. Para defender essa assertiva quanto à aceitação do estudo da UERJ, os representantes legais transcrevem os itens 12, 13, 14, 24, 27, 28, 29, 33, 34, 35 de um dos dois votos condutores do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (peça 225). A partir de trechos desse voto, concluem que o Tribunal de Contas da União teria reconhecido, como solução mais adequada ao caso concreto, a necessidade de manter (após proceder com ajustes) o preço obtido com base no estudo da UERJ, limitando a R\$ 5,84/m³ o pagamento com recursos federais para o item indenização de jazida (peça 371, p. 6) (peça 367, p. 6).

340. Afirmam que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) (peça 329) sequer questionou as premissas de formação do preço de R\$ 5,84/m³, ficando a análise limitada aos comentários jurídicos sobre indenização.

341. Ressuscitam o argumento da suposta defasagem do preço de indenização de jazida constante no Sicro-2. Arrimados em uma ponderação submetida à apreciação do Plenário pelo Exmo. Ministro Augusto Nardes, na forma registrada em um dos seus dois votos condutores do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (peça 225, item 38), os representantes afirmam que a imposição do preço do Sicro-2 não poderia ocorrer em fase posterior a licitação, muito menos imposto a uma obra já concluída (peça 371, p. 6) (peça 367, p.6).

342. Concluem o tópico sobre o balizamento do preço reafirmando que o valor de R\$ 5,84/m³, obtido conforme critérios da UERJ, teria sido definido pelo Tribunal com base em ajustes supostamente sugeridos por sua Unidade Técnica Especializada. Adicionalmente, reafirmam que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) não teria questionado a formação do preço de R\$ 5,84/m³ do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes).

343. Iniciam o tópico sobre a inaplicabilidade do estudo da Secob-2 ao caso concreto afirmando que o referido estudo teria concluído pela necessidade de aplicar o instituto da servidão administrativa nas obras do Arco Metropolitano do Rio.

344. Passam a analisar, então, a viabilidade de aplicar a servidão administrativa em obra já concluída, como é o caso do Arco Metropolitano do Rio. Para tanto, discorrem sobre aspectos conceituais e doutrinários da servidão administrativa. Fazem-no aludindo à necessidade de prévia motivação, por parte da Administração Pública, da servidão administrativa. Afirmam que a solução escolhida pelo gestor deve estar consubstanciada em processo administrativo no qual o proprietário do bem serviente seja ouvido acerca da servidão imposta. Declaram, assim, que escolha pelo emprego da servidão administrativa precede a licitação de obra.

345. Os representantes legais dos consórcios também afirmam que a decisão pela escolha da servidão administrativa é ato discricionário do gestor, podendo o administrador público cogitar, além da servidão, entre a solução de desapropriação e o regime de indenização como alternativas.

346. No caso concreto, afirmam que à época do certame, a Administração Pública teria concluído que as propriedades situadas fora da faixa de domínio da rodovia não poderiam ter o mesmo tratamento das propriedades situadas no interior da faixa. Com relação a essas últimas propriedades, suas áreas foram objeto de declaração de utilidade pública. Afirmam que a Seobras/RJ não identificou o preenchimento dos requisitos legais que permitissem atuar sobre propriedades fora da faixa de domínio.

347. Afirmam que foi a Administração Pública que elegeu a forma de aquisição e formação dos preços relativos à obtenção de materiais de caixa de empréstimos.

348. Asseveram que a instituição da servidão administrativa ou mesmo a desapropriação é incumbência exclusiva da Administração Pública, e não uma decisão ao alcance das empresas executoras das obras ou dos proprietários de terras em que se encontram as jazidas.

349. Invocando o princípio da segurança jurídica, os representantes legais dos consórcios declaram ser inaceitável que a consolidação de uma nova tese jurídica no âmbito do TCU venha a alterar um contrato já celebrado. Chamam de nova tese o entendimento de se aplicar a servidão administrativa para explorar material em caixa de empréstimo. Segundo eles, a consolidação de uma nova tese viola o art. 5, inciso XXXVI da Constituição Federal, bem como o art. 2º da Lei 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo).

350. Afirmam que o próprio TCU, em outros casos, já deixou por diversas vezes de aplicar entendimentos e orientações inexistentes à época dos fatos examinados. Citam como exemplos os Acórdãos 3.090/2012 e 3.241/2012, ambos do Plenário desta Corte.

351. Asseveram que as diretrizes do estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) (peça 329), ainda que consideradas adequadas pelo TCU, seriam aplicáveis somente para contratações futuras, mas em hipótese alguma retroagir para valer no caso concreto.

352. Reincidem no argumento da inadequação do valor histórico do Sicro-2, de R\$ 1,04/m³. Afirmam que o valor de indenização de jazida deve ser apurado por meio de pesquisa de mercado.

353. Buscando explicar e contextualizar as razões que supostamente levaram o DNIT a publicar o informativo Sicro-2 de julho de 2010, os advogados dos consórcios construtores afirmam que não se mostrava adequado utilizar um valor que não era objeto de pesquisa há mais de uma década e que não estava regionalizado. Por isso, afirmam eles, foram então realizadas cotações, pela Administração no momento da elaboração do projeto do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, em consonância, inclusive, com o informativo do Sicro-2.

354. Afirmam que as cotações de preço de indenização de jazidas utilizada na obra do Arco Metropolitano do Rio foram aprovadas pelo DNIT em outubro de 2007. Posteriormente, em 2011, o estudo da UERJ teria encontrado valor compatível com o indicado no orçamento da obra.

355. Segundo os representantes legais dos consórcios, não teria havido no estudo da Secob-2 apresentação de elemento técnico algum para afastar o preço de R\$ 5,84/m³ determinado no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário.

356. Finalmente concluem alegando que o estudo da Secob-2 não pode ser aplicado ao caso concreto em virtude de: **i)** O Tribunal já ter decidido pelo preço de R\$ 5,84/m³, válido para o caso concreto; **ii)** O estudo da Secob-2 ter concluído pela aplicação da servidão administrativa para solucionar o caso concreto, o que violaria o princípio da segurança jurídica; **iii)** A metodologia empregada no estudo da UERJ, que fundamentou o preço fixado no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, sequer ter sido questionada no estudo da Secob-2; **iv)** O preço de R\$ 5,84/m³, constante de determinação do Acórdão 3.451/2012- Plenário, teria sido obtido por meio de critérios do próprio TCU, não havendo razões técnicas para que esse preço venha a ser substituído pelo defasado e insuficiente custo de R\$ 1,04/m³ indicado no Sicro-2 desde o ano 2000.

III.3.1 Análise da manifestação dos representantes legais dos Consórcio Arco Metropolitano do Rio (Norberto Odebrecht e Andrade Gutierrez - lote 1) e Arco Metropolitano Rio (Delta Engenharia e Oriente Construção – lote 4).

357. As respostas às oitivas facultadas aos representantes legais dos consórcios Arco Metropolitano do Rio (lote 1) e Arco Metropolitano Rio (lote 4) estão fundamentadas, em termos argumentativos, nas seguintes premissas: **i)** O Tribunal, por intermédio do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, já teria se pronunciado pela adequação do valor de R\$ 5,84/m³ para o item indenização de jazida, aplicável excepcionalmente ao Convênio TT-262/2007-00 e vedada a utilização desse valor para outras obras; **ii)** O estudo da Secob-2 teria concluído pela necessidade de

utilização do instituto da servidão administrativa no caso concreto das obras do Arco Metropolitano do Rio, e isso configuraria ofensa ao princípio da segurança jurídica, por traduzir-se numa interpretação retroativa das normas. **iii)** O estudo da Secob-2 sequer teria questionado a metodologia do estudo da UERJ, e as respectivas premissas de formação do preço de R\$ 5,84/m³ do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes).

358. A partir das premissas anteriores, concluem, na essência, que o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário apreciou, em definitivo, a questão alusiva ao valor referencial de indenização de jazida nas obras do Arco Metropolitano do Rio. Concluem, ademais, que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) não possuiu aplicabilidade prática no caso concreto, porque estaria a defender solução que implicaria ofensa ao princípio da segurança jurídica.

359. A primeira das três premissas que sustentam a argumentação trazida pelos representantes dos consórcios já foi analisada nesta instrução. Com efeito, buscando averiguar o exato teor das determinações exaradas no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, esta Unidade Técnica recorreu ao registro das discussões havidas na Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012, confrontando-as com o teor do próprio acórdão. Da análise já empreendida nesta instrução, resultou o entendimento, por parte desta Unidade Técnica, no sentido de não ser definitivo o preço de R\$ 5,84/m³ anuído pelo Tribunal no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), podendo o entendimento que fixou esse valor referencial ser alterado em razão dos estudos determinados no subitem 9.2 da referida decisão.

360. Desse modo, resulta ser falsa a primeira premissa que sustenta a argumentação trazida pelos representantes legais dos consórcios Arco Metropolitano do Rio – lote 1 (Odebrecht e Andrade Gutierrez) e Arco Metropolitano Rio – lote 4 (Delta Engenharia e Oriente Construções).

361. A segunda premissa que sustenta a argumentação dos representantes legais também já foi objeto de análise desta instrução. Com efeito, o estudo da Secob-2 (peça 329) tratou da servidão administrativa para fins de exploração de minerais em caixa de empréstimo concentrado, mas o fez voltado para uma preocupação futura externada pelo relator *a quo*, Exmo. Ministro José Jorge, no item 39 do voto condutor do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (peça 20, p. 2). O estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias), ademais, cuidou de aplicar a analogia defendida pelo Exmo. Ministro Augusto Nardes em um de seus dois votos condutores do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (peça 225, p.3). Embora deixando claro que as indenizações devem ser avaliadas caso a caso, o estudo mostrou que a estimativa da ordem de grandeza dos valores a serem pagos a título de indenização de jazida, mediante o emprego analógico do art. 27 do código de Mineração é menor do que aquele valor fixado pelo Tribunal no acórdão recorrido. O estudo concluiu, no caso concreto, pela adequação do valor de indenização de jazida fixado no acórdão recorrido, sendo equivocada atribuir-lhe a conclusão defendida pelos representantes legais dos consórcios construtores.

362. Desse modo, resulta ser falsa a segunda premissa que sustenta a argumentação trazida pelos representantes legais dos consórcios Arco Metropolitano do Rio – lote 1 (Odebrecht e Andrade Gutierrez) e Arco Metropolitano Rio –lote 4 (Delta Engenharia e Oriente Construções).

363. Quanto a terceira e última premissa trazida nas oitivas dos consórcios, não há como acolhe-la. O representante legal afirma que o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) sequer questionou o estudo da UERJ e o processo de formação do valor referencial de R\$ 5,84/m³ (peças 367 e 371, p.6).

364. Efetivamente o estudo da UERJ foi questionado pelas Unidades Técnicas do Tribunal em duas ocasiões. A primeira, pela então Secob-2, Unidade Técnica instrutiva que subsidiou o relator *a quo* a apresentar o voto que embasou o Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário. Na segunda ocasião, pela Serur, Unidade Técnica instrutiva que subsidiou o relator do recurso.

365. O estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) questionou três aspectos básicos da formulação do preço provisório de R\$ 5,84/m³. O primeiro, o qual entende-se fulcral, foi o traço de comercialidade do bem mineral da União contido no preço provisório, pois ele se baseou no valor mediano de R\$ 4,50/m³ advindo das respostas às consultas realizadas juntos aos proprietários de terras (peça 86, p. 42). No estudo da UERJ, a referida consulta aos proprietários se resumiu a perguntar quantos reais por metro cúbico cada um deles queria receber para deixar retirar mineral de suas propriedades. Os valores respondidos referiam-se ao material solto, medido na caçamba do caminhão. Isso se coaduna com a ideia de comercialização do bem mineral.

366. Ademais, o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias), mormente às premissas de formação do preço de R\$ 5,84/m³, também questionou incidência do fator de empolamento (expansão volumétrica do solo quando retirado do seu estado de tensões naturais), o que implicaria utilizar recursos da União para indenizar a fase gasosa do material. Isso, segundo o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias), não se coaduna com a ideia de indenização, mas com a comercialização do material, pois o empolamento é um fenômeno físico próprio dos solos, e não guarda relação alguma com a noção de indenização.

367. Em resumo, a terceira premissa da argumentação trazida pelos representantes legais dos consórcios é falsa, razão pela qual ela não pode ser empregada para dar suporte às conclusões por eles obtidas. Com efeito, o estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) assim se manifestou acerca das premissas usadas para formar o preço provisório de R\$5,84/m³ do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário.

273. Com relação ao valor de R\$ 5,84/m³ deliberado provisoriamente, é necessário ponderar acerca de outros fatores, além do traço de comercialidade do bem da União ali presente. Com efeito, no campo de conhecimento da mecânica dos solos, a teoria consagra o modelo trifásico do solo. Segundo esse modelo, o material é composto por uma fase sólida, outra fase aquosa e finalmente uma gasosa.

274. É fato que o material oriundo de caixas de empréstimo concentrado – impropriamente chamado de indenização de jazida – e remunerado no âmbito do Convênio TT-262/2007-00 a R\$ 5,84/m³, destina-se a execução de aterros.

275. Os aterros, por sua vez, serão compactados. Essa operação mecânica visa, essencialmente, a redução do ar incorporado ao material (fase gasosa). Não há, então, que se falar em empolamento algum. A expansão volumétrica pela qual passa o solo quando retirado do seu estado natural de tensões decorre do aumento da fase gasosa em relação às outras duas fases.

276. Note que a consideração do fenômeno do empolamento do solo no preço da indenização de jazida, caso venha a ser mantida pelo Tribunal, implica aceitar que recursos do orçamento da União possam ser utilizados para indenizar o ar. Isso é uma consequência advinda do tratamento conferido ao item indenização de jazida, visto no Sicro-2 como mera aquisição de material de empréstimo.

277. Outro ponto que merece comentário no preço provisório de R\$ 5,84/m³ diz respeito à adoção dos valores medianos dos preços apresentados na pesquisa da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. A despeito do tratamento equivocado que o Sicro 2 confere à ideia de indenização, o que temos de fato no sistema de custos é um material (código M 980 do Sicro). Necessário é guardar coerência em relação metodologia do Sicro. Assim, observe que o volume I do Manual de Custos Rodoviários, que estabelece a metodologia e os conceitos do Sicro, estabelece que o preço considerado para os materiais baseia-se no menor valor informado, e não no valor mediano.

278. Em virtude do traço comercial atribuído ao material, da consideração do fator de empolamento que implica a remuneração do volume de vazios (ar) contido no solo, e da não utilização do menor preço pesquisado, como preconiza o Manual de Custos Rodoviários do DNIT, o preço provisório de R\$ 5,84/m³ não deve ser utilizado, no caso concreto, para remunerar a indenização de jazida nas obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro. Necessário lembrar

o contexto relacionado à deliberação do Plenário que fixou o valor provisório de R\$ 5,84/m³. Nesse sentido, vale mencionar trecho do voto condutor do Acórdão 3.541/2012 – TCU – Plenário.

Esta Corte tem procurado, em todas as deliberações já proferidas sobre a matéria, uma solução que não chegue a comprometer a continuidade das obras, considerando a grande importância social e econômica do Arco Metropolitano para o Estado do Rio de Janeiro. Mas é forçoso reconhecer que o incessante trabalho de análise dos autos e de pesquisa da legislação aplicável não tem encontrado ressonância da parte de quem é a maior interessada na resolução das pendências que cercam essa importante iniciativa. (grifou-se)

368. Ante o exposto, sendo falsas as premissas empregadas na argumentação trazida nas oitivas dos consórcios Arco Metropolitano do Rio (lote1) e Arco Metropolitano Rio (lote4), não há como acolher as conclusões ali obtidas. Desse modo, as oitivas dos consórcios nada trouxeram que pudesse ser aproveitado em favor da recorrente Seobras/RJ.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

Do impedimento declarado

369. Em virtude da comunicação lida pelo Exmo. Ministro Aroldo Cedraz na Sessão Plenária de 24/7/2013, e em atenção ao Memorando-Circular nº 29/2013-Segecex, detectou-se que este TC 014.919/2010-9 possui pressupostos de impedimento do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz, que não poderá votar na deliberação.

370. Trata-se de processo em que consta como advogado constituído nos autos o Sr. Diego Ricardo Marques OAB/DF 30782, relacionado pelo Exmo. Ministro Aroldo Cedraz no Anexo I ao Ofício nº 5/2013 - GAB.MIN-AC dentre aqueles que dão causa a seu impedimento, nos termos do art. 151, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU.

371. Dessa forma, em atenção ao despacho proferido na peça 347, sugere-se encaminhar estes autos ao gabinete do relator *a quo*, Exmo. Ministro Vital do Rêgo, via Secretaria das Sessões (Seses) - para ciência e registro -, com o alerta de que a votação que apreciará de maneira definitiva o pedido de reexame da Seobras/RJ neste processo não deverá contemplar a participação do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz.

Dos processos apensados e conexos

372. De plano, registre-se a existência de onze processos de solicitação de informações apensados a estes autos. São processos que têm como interessados autoridades legitimadas que estão a requisitar informações e cópias destes autos para fins de instrução de inquérito policial, inquérito civil público e procedimentos administrativos diversos. Alguns desses procedimentos são do Ministério Público Federal, que já ofereceu denúncia à Justiça Federal referente a obra tratada nestes autos, sendo notório, também, o fato de a obra do Arco Metropolitano do Rio ter sido objeto da chamada operação Calicute.

373. Nesse sentido, a proposta de encaminhamento desta instrução trará medida destinada ao envio de cópia e informações às autoridades legitimadas do Ministério Público Federal e da Polícia Federal, para subsidiar, dentro de suas esferas de competência, a apuração de fatos relacionados ao objeto deste processo.

374. Também digno de registro é o fato de existir, na esfera administrativa federal, mais precisamente no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, procedimento de apuração de conduta anticompetitiva referente à obra de Construção do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro. No âmbito do Inquérito Administrativo 08700.003226/2017-33, o Histórico de Conduta levado ao conhecimento do CADE relata as seguintes condutas anticoncorrenciais nas obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro: **i) acordos de fixação de preços, condições, vantagens e abstenções de participação; ii) acordo de divisão de mercado entre concorrentes e**

iii) compartilhamento de informações comerciais e concorrenciais sensíveis. No extenso histórico de 152 páginas, consta que a construtora OAS realizou alguns dos serviços do projeto básico do Arco Metropolitano do Rio, e os repassou prontos para o Consórcio Concremat/Tecnosolo, este último contratado pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro para elaborar o projeto básico da obra, regida pelas disposições da Lei 8666/93. Entre os serviços realizados pela OAS e repassados pronto para o consórcio projetista está a **Sondagem nas jazidas de solos moles e empréstimos**. (p. 66-67 do Histórico de Conduta) (documento público capturado em 9/2/2018. Disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPbcYsPu4fuT0p7cb8wviaJruAMoDKMwI36FGTLKwUfiub7)

375. Com base nessa informação pública, é possível divisar um liame entre a conduta anticompetitiva investigada no âmbito do CADE e o sobrepreço de **indenização de jazida** apurado aqui neste processo do Tribunal de Contas da União. O conhecimento da localização das jazidas e das características técnicas do solo ali contido é informação relevante e sensível do projeto de obra rodoviária. Relembre-se, ademais, que o preço fixado no projeto básico/Edital da SEOBRAS/RJ para o item “indenização de jazida” foi de R\$ 11,11/m³. Já os preços contratados foram: R\$ 11,11/m³ para o lote 1; R\$ 11,10 para o lote 2; R\$ 11,00 para o lote 3 e R\$ 11,11 para o lote 4 (peça 9, p. 14). Os preços das propostas vencedoras são praticamente iguais entre si, e todos muito próximos do preço fixado no Edital. Ainda no histórico de conduta, consta ter a construtora OAS indicado que as demais empresas pertencentes ao **G8** (vide página 2 do Histórico de Conduta) (Andrade Guitierrez, Carioca Christiani Nielsen Engenharia, Camargo Corrêa, Delta S.A., Norberto Odebrecht, Oriente Construção Civil, OAS e Construtora Queiroz Galvão) muito provavelmente também realizaram pagamentos de despesas para os projetistas, sem precisar quais seriam tais gastos (p.66-67 do Histórico de Conduta)

376. No que diz respeito aos processos conexos de controle externo, registre-se que as obras do Arco Metropolitano do Rio figuram como objeto de fiscalizações realizadas pelo Tribunal nos anos de 2008, 2009, 2010 e 2011.

377. O TC 007.287/2008-0 refere-se à fiscalização realizada no curso do Fiscobras 2008. A principal irregularidade apontada foi o sobrepreço da areia. O valor desse insumo estava 50% acima do referencial do Sicro-2 (peça 7, p. 30-34 do TC-007.287/2008-0). Constam pedidos de reexames a serem apreciados nesse processo.

378. O TC 007.513/2009-1 cuidou da fiscalização realizada no Fiscobras 2009. Nesse processo comprovou-se a alteração da concepção original do projeto básico da licitação, desfigurando-o por completo, com a justificativa de “necessidade de rearranjo na geometria”. Essa alteração teria como principal resultado um novo projeto de terraplenagem, o que seria motivo suficiente, dada a amplitude das alterações, para descaracterizar o projeto básico contratado. Os principais achados registrados foram: início das obras sem Projeto Executivo, com liberação para execução de obras e serviços não definidos no projeto inicial; ausência de planilha orçamentária do Projeto Executivo; diferença entre o Projeto Básico, que foi utilizado para licitação dos lotes da obra, e o Projeto Executivo em elaboração. Também foi reportado um achado sobre deficiência nos laudos de avaliação dos imóveis desapropriados, com indicação de superavaliação das propriedades (peça 1, p. 27-133 do TC 007.513/2009-1). Esse processo encontra-se encerrado e arquivado.

379. A fiscalização realizada no Fiscobras 2010 é objeto destes autos (TC 014.919/2010-9). A situação deste processo já foi historiada no início desta instrução.

380. O TC 008.788/2011-1 trata da fiscalização levada a cabo no Fiscobras 2011. O principal achado de auditoria desse processo diz respeito às graves deficiências no projeto executivo da obra, que resultou em quantitativos superestimados de terraplenagem (peça 33 do TC 008.788/2011-1). Além disso, foram detectadas, nas amostras analisadas, evidências de superfaturamento nas medições dos serviços de corpo de aterro e escavação, ou seja, pagamento por serviços não executados (peça

33 do TC 008.788/2011-1). Cumpre mencionar que os quantitativos de terraplenagem estão sujeitos à incidência do valor de indenização de jazida, objeto de controvérsia deste TC-014.919/2010-9, impactando esse valor diretamente no cálculo de eventual ocorrência de dano ao erário, caso venha se confirmar o jogo de planilha.

381. Como se vê, o mérito deste processo TC 014.919/2010-9 depende, entre outros, da definição do preço de referência da indenização de jazidas para que se proceda a análise do jogo de planilha. Por sua vez, o jogo de planilha também depende da análise dos quantitativos de serviços contratados, medidos e pagos, que são objeto do TC 008.788/2011-1.

CONCLUSÃO

382. A presente instrução teve por objetivo analisar as respostas às oitivas determinadas pelo Exmo. Ministro Vital do Rêgo (peça 347). Em seu despacho, o relator *a quo* entendeu que a Seobras/RJ, o DNIT e os consórcios construtores do Arco Metropolitano do Rio deveriam se manifestar acerca do estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) (peça 329), e o conseqüente valor de indenização de jazida resultado daquele estudo.

383. Os argumentos apresentados por Seobras/RJ e consórcios executores são semelhantes no tocante às teses trazidas. Em síntese essas teses defendem que: **i)** O Tribunal, por intermédio do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (Ministro Augusto Nardes), teria feito do preço de indenização de jazidas de R\$ 5,84/m³ coisa julgada, sendo esse valor válido exclusivamente para as obras do Arco do Rio, e não válido para as outras obras. Ademais, esse valor poderia ser alterado somente para contratos futuros; **ii)** O estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias) estaria a defender a utilização da servidão administrativa para solucionar o caso concreto das obras do Arco Metropolitano do Rio; **iii)** O estudo elaborado pela Secob-2 (SeinfraRodovias) não teria observado as determinações trazidas no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário; **iv)** Lei Complementar do estado do Rio de Janeiro estaria a impedir o uso de servidão administrativa para a realização de obras públicas e **v)** O Tribunal não teria entendimento consolidado sobre indenização de jazida.

384. Essas teses trazidas pela Seobras/RJ e pelos consórcios foram analisadas por esta Unidade Técnica, que concluiu por não as acolher. A análise aqui realizada lançou mão do registro em vídeo/áudio da discussão ocorrida na Sessão Plenária Extraordinária de 10/12/2012, que resultou na prolação do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário. A audição do excerto da Sessão é importante para a compreensão exata do referido acórdão.

385. Com relação à oitiva do DNIT, os argumentos trazidos focaram essencialmente nas medidas processuais já adotadas pela Autarquia para dar cumprimento à determinação que lhe foi dirigida no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário (Ministro José Jorge), não tendo a autarquia se posicionado quanto ao valor de indenização de jazida resultado do estudo da Secob-2 (SeinfraRodovias). Quanto ao estudo propriamente dito, o DNIT manifestou entendimento no sentido de não enxergar óbice metodológico para estabelecer a indenização de jazidas, desde que pacificado o entendimento jurídico sobre a questão.

386. Considerando que o art. 280 do RITCU **não veda a audiência do MPTCU** em casos de pedido de reexame, o encaminhamento desta instrução contempla proposta de envio dos autos, previamente à deliberação definitiva do Tribunal sobre do pedido de reexame da Seobras/RJ, para manifestação do *parquet* quanto ao entendimento esposado por esta Unidade Técnica, segundo o qual pende de apreciação definitiva o recurso interposto pela Seobras/RJ (peça 107). Adicionalmente, esta instrução contempla proposta de envio de cópia destes autos às autoridades legitimadas que figuram como interessadas nos processos apensos a estes autos, bem como proposta de restituição dos autos à Unidade Técnica para prosseguimento das análises necessárias ao saneamento do processo, após a definição do preço de indenização de jazida para as obras do Arco Metropolitano do Rio.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

387. Ante todo o exposto, por via Secretaria das Sessões (para fins de registro de impedimento do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz), e em atenção ao despacho proferido à peça 347, submetem-se estes autos ao gabinete do Exmo. Ministro Vital do Rêgo com a seguintes propostas:

- i. Preliminarmente à deliberação conclusiva do Tribunal acerca do pedido de reexame da Seobras/RJ, ouvir, nos termos do art. 280 do RITCU, o Ministério Público junto ao TCU acerca do entendimento expresso nesta instrução pela Unidade Técnica, segundo o qual continua pendente de decisão definitiva, por parte do Tribunal, a apreciação do pedido de reexame interposto pela Seobras/RJ;
- ii. Encaminhar cópia do relatório, voto e acórdão que vier a ser proferido àquelas autoridades legitimadas que figuram como interessadas nos onze processos apensos a estes autos, bem como aos participantes do painel de referência realizado pela Secob-2;
- iii. Encaminhar cópia do relatório, voto e acórdão que vier a ser proferido à recorrente Seobras/RJ, ao DNIT e aos representantes legais dos consórcios ouvidos em oitava;
- iv. Restituir os autos à SeinfraRodoviaAviação, para prosseguimento das análises necessárias ao deslinde dos autos.

SeinfraRodoviaAviação, 3ª DT, 2 de março de
2018.

Felipe Peñaloza
AUFC – matrícula 7653-8

Apêndice I
Sumário das peças do TC 014.919/2010-9 (eletrônico-convertido)

Peça	Documento/assunto	Obs.	Peças referentes à fase anterior ao pedido de Reexame da SEOBRAS/RJ
Peças 3-4	Relatório de Fiscalização 278/2010		
Peça 5	Acórdão 1.980/2010 – TCU – Plenário (JJ)	p. 5-32. Apreciação do Relatório de Fiscalização 278/2010. Cautelar, oitivas	
Peça 44	Doc. sem número - Seobras/RJ traz ao conhecimento do TCU informação que torna sem efeito a cautelar do Acórdão 1.980/2010	p. 58-61	
Peça 6	Acórdão 2.674/2010 – TCU – Plenário (JJ)	p. 32-40. Altera a redação da cautelar do Acórdão 1.980/2010 – TCU em virtude da informação trazida pela Seobras/RJ.	
Peça 45	Agravo da Seobras/RJ contra o Acórdão 2.674/2010 – TCU – Plenário	p. 1-17. Seobras/RJ agrava nova redação da cautelar dada nos termos do Acórdão 3674/2010 - P	
Peça 6	Acórdão 3.031/2010 – TCU – Plenário (JJ)	p. 58-65. Apreciação do Agravo da Seobras/RJ contra Acórdão 2.674/2010 – TCU – Plenário. Altera novamente a redação da medida cautelar	
Peça 46	Embargos de Declaração da Seobras/RJ contra o Acórdão 3.031/2010 – TCU – Plenário		
Peça 8	Acórdão 263/2011 – TCU – Plenário	p.1-6. Apreciação dos embargos de declaração opostos pela Seobras/RJ contra o Acórdão 3.031/2011 – TCU – Plenário, tornando insubsistentes os itens 9.1, 9.2 e 9.3 do acórdão. Comunica à Seobras/RJ a inclusão do processo na pauta para novo exame do Agravo	
Peça 8	Acórdão 387/2011 – TCU – Plenário	p. 8-17. Conhece do agravo. Provimento. Confere a redação final da medida cautelar do subitem 9.4 do Acórdão 1.980/2010 – TCU – Plenário (medida cautelar). Determina que a	

		Seobras/RJ solicite o bloqueio de jazidas junto ao DNPM	Peças referente à fase posterior ao pedido de reexame da SEOBRAS/RJ
Peças 6 e 7	Resposta do DNIT à oitiva do Acórdão 1.980/2010 – TCU – Plenário	Peça 6 (p.22-27) e peça 7 (p.2-38)	
Peças 41-44	Resposta da Seobras/RJ à oitiva do Acórdão 1.980/2010 – TCU – Plenário		
Peças 77-78	Resposta do Consórcio Arco Metropolitano do Rio (lote1) à oitiva do Acórdão 1.980/2010 – TCU – Plenário		
Peças 79-80	Resposta do Consórcio Arco do Rio (lote 3) à oitiva do Acórdão 1.980/2010 – TCU – Plenário	Peça 70 e peça 80 (p. 1-48)	
Peças 80-81	Resposta do Consórcio Arco Metropolitano Rio (lote 4) à oitiva do Acórdão 1.980/2010 – TCU – Plenário	Peça 80 (p. 49-51) e peça 81	
Peça 82-83	Resposta do Consórcio Carioca Christiani-Nielsen e Queiroz Galvão (lote 2) à oitiva do Acórdão 1.980/2010 – TCU – Plenário		
Peças 84-95	Estudo da UERJ apresentado pela Seobras/RJ		
Peças 96-100	Anexo 13 – apêndice do Relatório de Fiscalização 278/2010 – planilhas e tabelas		
Peças 9-13	Instrução da unidade técnica do TCU.	Análise das oitivas do Acórdão 1.980/2010 – TCU – Plenário. Proposta de audiência dos responsáveis. A análise enfrentou o estudo da UERJ, atacando o fundamento jurídico.	
Peças 14 – 20 (p.1-8)	Acórdão 2.919/2010 – TCU – Plenário	Revogou a cautelar. Audiências dos responsáveis e outras determinações.	
Peça 107	Pedido de reexame da Seobras/RJ contra o Acórdão 2.919/2010 – TCU – Plenário		
Peça 213-215	Instrução e pronunciamentos da Serur sobre o pedido de Reexame da Seobras/RJ	A unidade técnica propôs negar provimento e manter inalterados os termos do Acórdão 2.919/2011- TCU – Plenário	
Peças 223-226	Relatório, votos e Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário	Apreciou o pedido de reexame da Seobras/RJ. Deu provimento parcial. Alterou a redação dos subitens 9.2.1 e 9.5.2 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário. Deu ciência à recorrente e ao DNIT de que o preço de R\$ 5,84/m ³ possuía caráter provisório e excepcional, podendo tal entendimento ser novamente revisto, a depender do resultado dos estudos mencionados no subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário.	
Peça 250	Nota Técnica do DNIT sobre indenização de jazida. Apresenta estudo preliminar sobre indenização de jazida e lista as medidas que a Autarquia julga necessária para que a determinação do Acórdão 2.919/2011 P seja atendida	Informa haver necessidade de aguardar a edição de MP sobre o tema. Recomenda dar celeridade ao grupo de trabalho criado pela Portaria 282/2012 – DNIT. Recomenda criar, junto com DNPM, termo de cooperação para definir práticas a serem adotadas para utilização de jazidas nas obras rodoviárias	
Peça 256	Acórdão 1.287/2013 – TCU – Plenário	Prorroga prazo para que o DNIT cumpra as determinações contidas no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, alterado pelo Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário	
Peça 281	Acórdão 3.019/2013 – TCU Plenário	Nova prorrogação de prazo para que o DNIT cumpra as determinações contidas no Acórdão	

		2919/2011 – TCU – Plenário, alterado pelo Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário.	
Peça 287	Ofício 1447/2013/AUDINT/DNIT	Comunica o atendimento da determinação de repactuar o convênio TT 262/2007-00. Repactuado para o valor provisório e excepcional de R\$ 5,84/m ³ .	
Peça 305	Instrução da Unidade Técnica do TCU	Diligência junto ao DNIT e DNPM visando obter informações alusivas ao cumprimento do subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 - TCU – Plenário.	
Peça 329	Estudo da SeinfraRodovias (Secob-2) sobre indenização de jazida	Propõe manter os exatos termos do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário para remunerar a indenização de jazida no caso concreto do Arco Metropolitano do Rio. Oferece subsídios para DNIT e DNPM realizarem o estudo de que trata o subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário.	
Peça 347	Despacho de autoridade.	Exmo. Ministro Vital do Rêgo, relator do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, determina a realização de novas oitivas da Seobras/RJ, DNIT e consórcios sobre o estudo da SeinfraRodovias e a consequente formulação do preço resultado desse estudo.	
Peça 363	Resposta do DNIT	Respostas às oitivas determinadas pelo Ministro Vital do Rêgo (peça 347)	
Peças 367 e 371	Resposta consórcio Arco Metropolitano Rio e Arco Metropolitano do Rio		
Peça 378	Resposta consórcio Carioca Christiani-Nielsen		
Peça 380	Resposta do consórcio Arco do Rio		
Peça 381	Resposta Seobras/RJ		