GRUPO II – CLASSE I – Plenário
TC-014.919/2010-9.
Natureza: Pedido de Reexame.
Entidades: Secretaria Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (Dnit) e Secretaria de Estado de Obras do Estado do Rio de Janeiro (Seobras).
Recorrente: Secretaria de Estado de Obras do Estado do Rio de Janeiro - SEOBRAS.
Advogados constituídos nos autos: não há.

Sumário: PEDIDO DE REEXAME EM RELATÓRIO DE AUDITORIA. INDENIZAÇÃO DE JAZIDAS. PREÇO CONTRATUAL CONSIDERADO EXCESSIVO, PRINCIPALMENTE EM VISTA DO AUMENTO EXPONENCIAL DO QUANTITATIVO DO MATERIAL DE JAZIDAS. IMPLICAÇÕES SOBRE DIREITOS MINERÁRIOS DO PROPRIETÁRIO DO SOLO. QUESTÃO CONTROVERTIDA E PENDENTE DE NORMATIZAÇÃO. PLAUSIBILIDADE DA TESE QUE CONFERE JUSTA REMUNERAÇÃO AO PARTICULAR PELA OCUPAÇÃO DO SOLO EM FACE DE OBRA PÚBLICA. ENTENDIMENTO VÁLIDO ATÉ QUE SOBREVENHAM CRITÉRIOS E LIMITES PARA INDENIZAÇÃO DE JAZIDAS (SUBITEM 9.4 DO ACÓRDÃO RECORRIDO) OU REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA, EM DEFINITIVO, PELO PODER EXECUTIVO. REDEFINIÇÃO DE PREMISSAS ADOTADAS EM PESQUISA DE PREÇOS CONTRATADA PELA RECORRENTE. SOBREPREÇO. REDEFINIÇÃO, EM CARÁTER PROVISÓRIO E EXCEPCIONAL, DO VALOR CONTRATADO PARA O ITEM "INDENIZAÇÃO DE JAZIDAS". CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. DETERMINAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE ESTUDOS.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de reexame interposto pela Secretaria de Estado de Obras do Estado do Rio de Janeiro – Seobras contra o Acórdão 2.919/2011-Plenário, proferido nestes autos, sobre relatório de levantamento de auditoria levada a cabo nas obras em execução da BR-493, relativas ao chamado Arco Metropolitano, no Estado do Rio de Janeiro, integrante do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC. A obra está sendo executada pelo Estado, por intermédio da Seobras, conforme Convênio 262/2007-00.

2. O levantamento de auditoria apontou a quebra do inicial equilíbrio econômico-financeiro causada por substanciais alterações promovidas pelo projeto executivo sobre o projeto básico licitado. A principal ocorreu no item de indenização de jazidas, que teve grande aumento de quantitativo após a alteração. Depois de diversas deliberações cautelares envolvendo esse item, o Tribunal resolveu encaminhar as seguintes medidas por meio do acórdão guerreado:

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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

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 nºs 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. 3º, § 1º, do Decreto-lei nº 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".

3. É contra a determinação constante do subitem 9.2.1, e, por via de consequência da apontada no subitem 9.5.2, que se insurge a ora recorrente, relacionados com o item de indenização de jazida. Os argumentos aduzidos pela recorrente são precedidos de breve explicação dos fatos pela Serur, à guisa de contextualização da matéria. Como primeiro esclarecimento, tem-se que o item referido relaciona-se com o fornecimento de solo para o aterro e para o fechamento de caixas de empréstimo situadas em terrenos particulares. No Sicro, ele não é serviço autônomo, entrando apenas como elemento de custo na composição de alguns serviços básicos, como o de escavação, carga e transporte de materiais. Nas obras do Arco Metropolitano, no entanto, ele aparece como item individualizado, tanto no projeto básico, como no executivo.

4. No Sicro 2, esse item ou elemento de custo estava cotado em R$ 1,04/m^3 até setembro de 2010 (depois, por alegada dificuldade na pesquisa do custo, o valor unitário passou a ser de R$ 0,01 por metro cúbico). Na fase de projeto básico, o valor básico foi estipulado em R$ 6,60/m^3 (ao qual se acrescentou 40%, devido ao empolamento do material após a escavação e mais o percentual de BDI, chegando a R$ 11,11/m^3 em dois contratos). Tal valor básico, correspondente a **royalties** pela exploração, conforme apurado junto a mineradoras da região, foi cotado, na fase do projeto executivo, para R$ 12,22/m^3, abrangendo, além dos direitos minerários, a indenização ambiental e por eventuais danos à propriedade. Além da grande diferença em relação à cotação do Sicro, o quantitativo do item foi também sensivelmente aumentado no projeto executivo, chegando, em um dos lotes, a 17 vezes o previsto inicialmente.

5. No acórdão recorrido, considerou-se que, além de a Seobras ter conseguido, na região do Arco Metropolitano, o bloqueio provisório dos direitos minerários, a União seria a proprietária do recursos minerais, inclusive do subsolo, nos termos do art. 20 da Constituição Federal. Basicamente, é

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

este o fundamento da determinação do Tribunal no sentido de limitar, à cotação do Sicro, o pagamento do item contratual em debate.

6. Depois de resumir outros fundamentos da decisão ora atacada e de pugnar pelo conhecimento do recurso, por atendimento aos requisitos legais e regimentais de admissibilidade, a Serur dá início ao seu exame de mérito, externado nos termos a seguir reproduzidos:

"*Argumento*

45. A Recorrente alega que o valor fixado por este Tribunal não condiz com a realidade da obtenção dos materiais almejados, além de resultar em enfraquecimento da segurança jurídica, relativamente às obrigações fixadas por ocasião do convênio firmado entre DNIT e Estado, desaguando na assunção, por este último, dum ônus financeiro deveras maior do que aquele estipulado pristinamente. (p. 1)

Análise

46. O mérito das alegações acima (valor não condizente com a realidade, enfraquecimento da segurança jurídica e maior ônus financeiro) são objeto de alegações específicas no decorrer da peça recursal e consequentemente dessa instrução.

47. Adiante-se que, de fato, o cerne da questão diz respeito ao valor a ser pago pelo item 'indenização de jazida', o qual, conforme visto, foi fixado por este Tribunal em R$ 1,25/m3, quando o valor fixado nos contratos alcançou R$ 11,11, conforme consignado no Relatório de Levantamento de Auditoria reproduzido no relatório que acompanha o Acórdão 1980/2010-Plenário:

> *'3.3 - Sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado.*
>
> *(...)*
>
> *3.3.2 - Situação encontrada:*
>
> *(...) O Sicro2 aponta como preço de referência para a indenização de jazidas o valor de R$ 1,04. Tal encargo se refere aos custos para obtenção de material **in natura** para a execução de camadas do pavimento ou material selecionado para terraplenagem, destinado à execução de aterros ou a substituições de solo inservível, quando localizados em caixas de empréstimo concentrado, dentro de propriedades de terceiros.*
>
> *A referência de R$ 1,04 vem sendo utilizada em dezenas de licitações do DNIT, inclusive a própria continuação do Arco Metropolitano do Rio (na BR-493/RJ). Na obra em análise, o preço contratado foi de R$ 11,11 (maio 2007); mais de dez vezes superior'.*

48. Como se trata de obra delegada pelo DNIT ao Estado do Rio de Janeiro, mediante convênio, a segurança jurídica, segundo a Recorrente, restaria enfraquecida na medida em que o cumprimento da determinação deste Tribunal redundaria em menor repasse financeiro da União àquele estado, o qual arcaria com ônus financeiro maior que o originalmente estipulado.

49. Fica claro desde logo que, não obstante a obra seja executada pelo ente estadual, trata-se de recursos federais, de modo que a determinação deste Tribunal diz muito mais respeito à preservação do erário federal do que a uma possível inobservância do princípio da segurança jurídica, inobservância que, aliás, não se verifica, porquanto a determinação deste Tribunal tem por objetivo precisamente manter o valor do item 'indenização de jazida' nos níveis histórica e reiteradamente praticados pelo DNIT, tendo em vista que tal item, nessa obra em particular, 'tomou proporções surpreendentes no custo da obra, (...) sendo um dos itens de maior relevância', conforme consignado no voto condutor da decisão recorrida.

Argumento

50. A Recorrente afirma que o recurso tem como único e exclusivo intuito permitir que este Tribunal se debruce uma vez mais sobre a questão do justo e adequado valor do item 'indenização de jazidas', pois, consoante reconhecido no próprio acórdão recorrido, trata-se de tema controvertido, complexo e novo no âmbito deste Tribunal. (p. 4)

Análise

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

*51. Embora certamente não seja uma novidade na execução de obras semelhantes, não está claro nos autos a razão pela qual o item 'indenização de jazidas' assumiu uma tal relevância nessa obra específica. O próprio Relator **a quo** reconheceu tratar-se de tema 'novo no âmbito deste Tribunal' em razão das 'proporções surpreendentes' que o referido item assumiu no custo desta obra, constituindo 8,5% do valor contratado no lote 1 e 14,5% no lote 2, onde constitui o item mais relevante. Tem-se ainda, conforme já assinalado, que o sobrepreço apurado no item 'indenização de jazidas' foi de R$ 14.681.139,78 para o lote 1; R$ 9.210.293,52 para o lote 2; R$ 11.068.473,00 para o lote 3; e R$ 17.122.728,10 para o lote 4.*

*52. Foi precisamente a expressividade do item 'indenização de jazidas' nesta obra e a novidade do tema, tal como ressaltado pelo Relator **a quo**, que levaram este Tribunal a expedir a determinação contida no item 9.4 da decisão recorrida, para que o Departamento Nacional de Pesquisas Minerais (DNPM) e o DNIT, 'em conjunto, promovam estudos com vistas a estabelecer os critérios e limites para a indenização de jazidas'.*

*53. No caso concreto examinado, o valor fixado na decisão recorrida (R$ 1,25/m3) teve como fundamento o próprio estudo elaborado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), a pedido da SEOBRAS, na tentativa de justificar o valor contratual do item 'indenização de jazidas'. O aludido estudo apontou o valor de R$ 1,03/m³, 'praticamente o mesmo referenciado no Sicro-2 anteriormente, de R$ 1,04/m³', nas palavras do Relator **a quo**, o qual entendeu ainda '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'.*

Argumento

54. A Recorrente afirma que entre as várias questões suscitadas no processo, a que mais chama a atenção é a que diz respeito às parcelas que compõem o preço do item indenização de jazidas, especialmente a indenização pela cessão do uso da terra, no estudo da UERJ e não acatada por Tribunal. (p. 6)

55. A Recorrente então sintetiza os argumentos que serão desenvolvimentos subsequentemente: (p. 6-7)

a) a aludida parcela corresponde, não a uma inviável e incabível comercialização dos materiais que pertencem à União, mas sim ao valor que o proprietário das terras exige da Administração ou dos empreiteiros para permitir o acesso e o trânsito de terceiros em sua propriedade;

b) total ausência de tratamento legislativo para a atividade de retirada dos materiais em tela, o que faz com que dita atividade recaia na esfera da atividade privada;

c) o Estado do Rio de Janeiro fez o que fora determinado pelo DNIT, ou seja, na ausência de referência oficial para o item indenização de jazidas, levar a cabo pesquisa de mercado – pesquisa esta materializada no estudo da UERJ;

d) os contratos firmados pelo Estado do Rio de Janeiro para a construção e implantação do Arco Metropolitano são de empreitada, cabendo aos empreiteiros, por definição, a responsabilidade pelo fornecimento dos materiais e da mão-de-obra; e

*e) o resultado prático do acórdão é que o Estado arcaria com o custo do item em debate naquilo que excedesse a R$ 1,25m3, o que impõe excessivo ônus financeiro à Administração Pública, seja porque a obra **sub examine** não é estadual, mas federal, atuando o Estado como mero delegatário do DNIT, seja porque tal ônus não se encontra previsto nos termos do convênio firmado entre as partes, abalando a segurança jurídica que se espera desse tipo de ajuste.*

Análise

56. Trata-se de breve resumo dos tópicos que serão desenvolvidos pela Recorrente ao longo da peça recursal, de modo que serão analisados à medida que forem expostos.

Argumento

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

*57. No item 42 do voto condutor da decisão recorrida, o Relator **a quo** consignou:*

> *'42. No meu entender, não há como incorporar ao item [indenização de jazida] 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'.*

*58. Diante disso, a Recorrente alega que, não obstante a preocupação do Relator **a quo** de não inviabilizar a obra, a decisão recorrida irá provocar resultado simetricamente oposto ao pretendido. (p. 8)*

Análise

*59. O Relator **a quo** entendeu que não se deveria incorporar ao item 'indenização de jazidas' a parcela referente ao material extraído para não se deixar o valor pago ao alvedrio do proprietário do terreno, sob pena de inviabilizar não apenas a execução dessa mas a de qualquer obras de abertura de vias de transporte.*

60. A Recorrente, ignorando o fundamento da conclusão acima, e sem ao menos opô-la ao particular, assume de antemão que a obra restará necessariamente inviabilizada se ao item 'indenização de jazida' não se incorporar a parcela referente ao material extraído, como se ao particular fosse dado simplesmente ignorar a decisão deste Tribunal e insistir em tal cobrança, a despeito da posição contrária desta Corte.

Argumento

61. A Recorrente afirma que o pressuposto para a não aceitação da parcela de indenização pela cessão da terra na composição da indenização de jazidas é a de que as cotações que embasaram os preços do material M980 ('indenização de jazidas'), a título de royalties, denotariam uma indevida comercialização dos materiais. (p. 8)

62. Alega que esse pressuposto contraria a constatação do acórdão de que não existe regulamentação própria para a atividade de retirada de material de empréstimo, o que seria confirmado pela determinação já referida dirigida ao DNIT e ao DNPM. (p. 8)

*63. Conclui que a ausência de regulamentação retira o fundamento e a substância da assertiva do Relator **a quo** no sentido de que não há que se falar em preços de mercado, pois somente com a existência de normas jurídicas que disciplinem a aludida atividade é que a Administração poderia, sem se submeter ao alvedrio dos proprietários das terras, obter os pretendidos materiais por preços que não sejam os de mercado; caso contrário, a Administração não teria como fugir dos preços de mercado fixados pelos proprietários das terras onde estão localizados os almejados materiais. (p. 8)*

Análise

*64. No voto condutor da decisão recorrida, o Relator **a quo** não admitiu o pagamento de royalties, sob o argumento de que isso implicaria admitir indevidamente que os materiais pudessem ser comercializados.*

*65. Neste ponto do recurso, a Recorrente não ataca diretamente o mérito das razões invocadas pelo Relator **a quo**, mas procura apontar suposta contradição lógico-jurídica entre este entendimento e o fato não existir regulamentação da retirada de material. Assim, a reconhecida ausência de normatização leva a Recorrente ao seguinte raciocínio: somente com a existência de norma jurídica a Administração poderia obter os materiais por preços que não sejam os de mercado; como não existe norma jurídica, então a Administração deve pagar os preços de mercado fixados pelos proprietários das terras.*

66. A aceitação dessa conclusão implica admitir que a própria viabilidade da obra rodoviária depende inteiramente do arbítrio do particular proprietário das terras, o que viola flagrantemente o princípio da supremacia do interesse público, pelo qual 'toda vez que colide um interesse público com um interesse privado, é aquele que tem que prevalecer' (José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 22ª ed., p. 737). Ainda segundo esse autor (op. cit., pp. 30-31):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. (...) Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais. Vemos a aplicação do princípio da supremacia do interesse público, por exemplo, na desapropriação, em que o interesse público suplanta o do proprietário; ou no poder de política do Estado, por força do qual se estabelecem algumas restrições às atividades individuais.

67. Mas além de a conclusão ser antijurídica, observa-se que a primeira premissa está incorreta, pois não é verdadeira a afirmação de que somente com a existência de norma jurídica a Administração poderia obter os materiais por preços que não sejam os de mercado, entendida esta como aqueles fixados pelos proprietários das terras. Do voto condutor da decisão recorrida, extrai-se que, ao mesmo tempo em que se reconheceu a ausência de normatização da matéria, a determinação contida no item 9.2.1 do acórdão visa dar solução para o caso concreto em análise. Ressalte-se que o valor ali fixado (R$ 1,25/m³, correspondente a R$ 1,04/m³ acrescido de BDI) não foi aleatório, mas extraído do próprio estudo elaborado pela UERJ a pedido da SEOBRAS e, ademais, inteiramente condizente com o valor previsto no Sicro-2 até setembro/2010. De fato, conforme expressamente consignado pelo Relator ***a quo****, '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', em relação aos quais o estudo chegou ao custo 'de R$ 1,03/m³, praticamente o mesmo referenciado no Sicro-2 anteriormente, de R$ 1,04/m³.*

68. Assim, conclui-se não existir a contradição apontada pela Recorrente, razão pela qual a alegação deve ser rejeitada.

Argumento

69. A Recorrente ressalta uma 'iniludível e inescapável questão de direito': que nem a Administração Pública nem os empreiteiros possuem título jurídico que lhe autorize a entrada ***manu militari*** *nas propriedades, fazendas, chácaras, sítios, etc., com o objetivo de recolher os materiais necessários às obras. Acrescenta que sem o imprescindível título jurídico, a Administração Pública fica sob a condição de obter o consentimento do particular para adentrar e transitar em sua propriedade; sem isso, a Administração não tem meios ou instrumentos jurídicos para recolher o material, e, caso o faça sem o de acordo do proprietário da terra, entrando na mesma sem a anuência do respectivo senhor e possuidor da gleba, estará praticando, pura e simplesmente, um reprovável esbulho ou turbação possessória. (p. 8-9)*

70. Ainda segundo a Recorrente, condutas desse jaez envolvendo a Administração Pública encontram, por parte da comunidade jurídica, em especial, e da cidadania, em particular, profunda rejeição, não sendo mais tolerado que os entes de Governo descumpram ou desrespeitem direitos básicos e fundamentais dos indivíduos e grupos. (p. 9)

71. A Recorrente invoca o artigo 2º da Lei 9.784/1999 – o qual lista os princípios administrativos –, acrescentando que esse mesmo diploma legal determina que a Administração Pública atue de maneira a preservar e respeitar os direitos fundamentais dos administrados, matéria sobre a qual passa a colacionar ensinamentos doutrinários. (p. 9-11)

72. Conclui que, na ausência de regulamentação específica, faz-se imprescindível a aquiescência do dono das terras para que a Administração Pública (ou os empreiteiros) ingresse na gleba e alcance as jazidas onde se localizam os materiais. (p. 11)

Análise

73. Neste ponto, a Recorrente sustenta, num primeiro momento, a ausência de instrumento jurídico pelo qual o Poder Público pudesse ter acesso aos materiais necessários às obras; e em seguida, a violação dos direitos fundamentais dos administrados no caso de a Administração Pública insistir em recolher tais materiais sem a anuência expressa dos proprietários das terras.

74. Quanto à alegada ausência de 'meios ou instrumentos jurídicos para recolher o material', não assiste razão à Recorrente.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

75. De fato, 'para alcançar seus objetivos, o ordenamento jurídico confere aos órgãos e entidades responsáveis pela função executiva do Estado uma série de prerrogativas ou potestades públicas' (Lucas Rocha Furtado, Curso de Direito Administrativo, 1ª edição, p. 623). Trata-se dos poderes administrativos, que podem ser conceituados ainda como 'o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins' (José dos Santos Carvalho Filho, op. cit., p. 46).

76. Entre tais prerrogativas, releva-se o poder de polícia, definido 'a atividade estatal cujo objetivo consiste em restringir ou condicionar a esfera de liberdade ou de direitos dos particulares em razão do bem-estar da sociedade' (Furtado, op. cit., p. 650). Com efeito, 'quando o Poder Público interfere na órbita do interesse privado para salvaguardar o interesse público, restringindo direitos individuais, atua no exercício do poder de polícia' (Carvalho Filho, op. cit., p. 71), sendo que 'constitui fundamento dessa prerrogativa do Poder Público o interesse público', de modo que 'a intervenção do Estado no conteúdo dos direitos individuais somente se justifica ante a finalidade que deve sempre nortear a ação dos administradores públicos, qual seja, o interesse da coletividade' (ibidem, p. 79). Assim, 'o poder de polícia encerra exatamente a prática de atos administrativos que restringem e condicionam a liberdade e a propriedade, com vistas ao interesse coletivo' (ibidem, pp. 756-757). Voltando a Lucas Rocha Furtado (op. cit., pp. 644-645):

> *'Por meio do poder de polícia, o Estado interfere na esfera privada dos particulares e define como atividades e direitos, inclusive o de propriedade, serão exercidos.*
>
> *Ao exercê-la [a atividade de polícia administrativa], o Estado invade a esfera privada, não para por à disposição da população utilidades ou comodidades, mas para restringir, limitar, condicionar ou ordenar o exercício de atividades que, de outro modo, poderiam ser livremente desempenhadas pelos particulares. (...)*
>
> *A atividade de polícia administrativa pode ser entendida, nesse sentido, como uma intervenção negativa do Estado na sociedade, dado que não acrescenta utilidades, mas restringe a autonomia dos particulares (...)'.*

77. Como decorrência dos poderes administrativos, e em particular do poder de polícia administrativa, o ordenamento jurídico prevê institutos que permitem ao Poder Público exercer efetivamente suas prerrogativas.

78. Entre tais institutos encontram-se as limitações administrativas, que são 'determinações de caráter geral, através das quais o Poder Público impõe a proprietários indeterminados obrigações positivas, negativas ou permissivas, para o fim de condicionar as propriedades ao atendimento da função social' (Carvalho Filho, op. cit., p. 754). Além disso, 'sendo imposições de ordem geral, as limitações administrativas não rendem ensejo à indenização em favor dos proprietários' (ibidem, p. 757). Com efeito (Furtado, op. cit., p. 790 e 792),

> *'As limitações administrativas não são passíveis de indenização. A impossibilidade de serem indenizados os eventuais prejuízos sofridos pelo proprietário em razão da redução da capacidade de uso do bem resulta do caráter abstrato da norma que, como regra, institui a limitação.*
>
> *(...)*
>
> *É de se concluir, portanto, que diversamente da desapropriação (indenizável sempre) e da requisição (indenizável se houver dano), a limitação administrativa não gera, como regra, direito ao proprietário do imóvel de obter indenização'.*

79. Outro instituto jurídico decorrente do poder de polícia administrativa e por meio do qual o Poder Público pode limitar a propriedade privada em favor da coletividade é a servidão administrativa, que é 'o meio de intervenção do Estado que sujeita a propriedade privada ao dever de suportar a restrição em seu uso em razão de utilidade pública' (Furtado, op. cit., p. 792), ou ainda 'o direito real público que autoriza o Poder Público a usar a propriedade imóvel

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

para permitir a execução de obras e serviços de interesse coletivo' (Carvalho Filho, op. cit., p. 740). Ainda segundo este último autor (op. cit., p. 741):

> *'O fundamento geral da servidão administrativa é o mesmo que justifica a intervenção do Estado na propriedade; de um lado, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e, de outro, a função social da propriedade, marcada nos arts. 5º, XXIII, e 170, III, da CF. O sacrifício da propriedade cede lugar ao interesse público que inspira a atuação interventiva do Estado'.*

80. Quanto à possibilidade de o proprietário do imóvel perceber indenização, assenta o autor (op. cit., p. 745):

> *'A servidão administrativa encerra apenas o uso da propriedade alheia para possibilitar a execução de serviços públicos. Não enseja a perda da propriedade, como é o caso da desapropriação. (...) Como na servidão administrativa somente há o uso de parte da propriedade, o sistema indenizatório terá delineamento jurídico diverso.*
>
> *A regra reside em que a servidão administrativa não rende ensejo à indenização se o uso pelo Poder Público não provoca prejuízo ao proprietário [sendo que] o ônus da prova cabe ao proprietário'.*

81. Também Furtado se pronuncia no mesmo sentido (op. cit., p. 794-795):

> *'A servidão administrativa se diferencia da limitação administrativa, em primeiro lugar, em razão da natureza da obrigação imposta: na servidão, impõe-se ao proprietário o dever de suportar (...), ao passo que na limitação o proprietário assume o dever genérico de não fazer (...). A servidão institui ônus real sobre o imóvel ou imóveis identificados; a limitação é uma manifestação do poder de polícia do Estado que condiciona o exercício do direito de propriedade imobiliária.*
>
> *(...) Em resumo, a limitação decorre, como regra, de lei geral que alcança imóveis indeterminados e, nessa condição, não gera para os proprietários direitos de pleitear indenização por eventuais prejuízos sofridos. Se a limitação decorrer de lei específica, que individualize os imóveis afetados, cabe aos respectivos proprietários direito de obter indenização.*
>
> *A servidão, ao contrário, que sempre decorre de atos específicos, se causar prejuízo, gera para o proprietários direito de obter indenização'.*

82. Finalmente, pode-ser ainda invocar o instituto jurídico da ocupação administrativa, assim referida por Carvalho Filho (op. cit., p. 751-752):

> *'(...) ocupação temporária é a forma de intervenção pela qual o Poder Público usa transitoriamente imóveis privados, como meio de apoio à execução de obras e serviços públicos.*
>
> *Exemplo típico de ocupação temporária é a utilização temporária de terrenos particulares contíguos a estradas (em construção ou em reforma), para a alocação transitória de máquinas de asfalto, equipamento de serviço, pequenas barracas de operários etc. (...)*
>
> *(...)*
>
> *Na ocupação desvinculada da desapropriação, a regra é a mesma que vale para a servidão administrativa, ou seja, em princípio não haverá indenização, mas esta será devida se o uso acarretar comprovado prejuízo ao proprietário'.*

83. O intuito das considerações acima não é fixar desde já qual o instituto adequado ao caso concreto, mas fundamentalmente expurgar qualquer dúvida quanto à absoluta improcedência da alegação da Recorrente no sentido de que não dispõe de 'meios ou instrumentos jurídicos para recolher o material'.

84. Todo o exposto até aqui já seria suficiente para concluir que também não assiste razão à Recorrente ao alegar que a eventual intervenção do Poder Público na propriedade particular constituiria violação de direitos fundamentais.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

85. De fato, o 'direito fundamental' aqui invocado não pode ser outro senão o direito de propriedade, previsto no artigo 5º, inciso XXII: 'é garantido o direito de propriedade'. Entretanto, este dispositivo não tem eficácia absoluta, sendo classificado doutrinariamente como norma de eficácia contida, porquanto no próprio texto constitucional há diversos outros dispositivos que limitam sua incidência (p. ex. artigo 5º, incisos XXIII, XXIV e XXV; e artigos 182 e 186).

86. Nenhum 'direito fundamental' pode ser exercido ou invocado em detrimento de toda a coletividade, como defende a Recorrente, ainda mais em se tratando do direito de propriedade, sujeito como é a tantas limitações constitucionais e legais. Com efeito, o já referido inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal estabelece que 'a propriedade atenderá a sua função social', e o artigo 170, inciso III, também da Constituição Federal estabelece que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos a existência digna, observados, entre outros, o princípio da função social da propriedade'.

87. No caso vertente, ainda que a Administração Pública não dispusesse dos instrumentos legais para impor o interesse público ao interesse econômico do particular (o que se admite para argumentar, pois não é o caso), tratar-se-ia de mera permissão de acesso ao Poder Público, via consórcios contratados, às terras particulares para a extração do material necessário à execução da obra, material esse pertencente à União, segundo disposto no artigo 20, inciso IX, e artigo 176 da Constituição Federal. De fato, como se verá ao longo dessa instrução, a Recorrente já não questiona o entendimento do Relator ***a quo****, esposado pelo colegiado, segundo o qual 'o material destinado a empréstimo em obras públicas não está sujeito à concessão de título minerário, não podendo, outrossim, em nenhuma hipótese, ser comercializado'. Invoque-se ainda sobre o tema o disposto no artigo 1.230 do Código Civil, o qual estabelece que 'a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, (...)'. Assim, trata-se, repise-se, de mera permissão para adentrar a propriedade particular. E o mesmo Código Civil estabelece ainda, em seu artigo 1.228, § 2º: 'São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem',* ***a fortiori*** *em se tratando do Poder Público, ao qual só lícito atuar em favor da coletividade.*

88. Por todas essas razões, devem as alegações serem rejeitadas.

Argumento

89. A Recorrente alega que, diante da ausência de quadro legal específico, restaria a regulamentação do tema pelo direito privado. (p. 11)

90. Afirma que não se justificaria a insurgência do Relator ***a quo*** *contra os preços de mercado e o alvedrio do proprietário das terras, tendo em vista que o acesso e o trânsito pelas terras de particulares se faz, necessariamente, por meio do beneplácito do respectivo proprietário; caso contrário, caso esse beneplácito não seja obtido, o resultado será justamente aquele que este Tribunal busca evitar, qual seja, a paralisação das obras, em virtude da impossibilidade de obtenção dos materiais de empréstimos. (p. 11-12)*

91. Alega que a obtenção do beneplácito do particular, na falta de regulamentação específica, é questão de mercado, de livre negociação entre as partes interessadas, o que seria inevitável, tendo em vista que a Administração Pública não possui nenhum título jurídico que autorize a sua entrada na propriedade alheia para esses fins, até porque a Constituição Federal estabelece como direito fundamental do indivíduo o não ser molestado em seu asilo inviolável, aduzindo em seguida ensinamento doutrinário sobre a matéria. (p. 12)

Análise

92. Conforme já aduzido, este Tribunal reconheceu que 'para as atividades de extração mineral de que trata o Código de Mineração, os critérios para a indenização do proprietário do terreno estão previamente definidos na própria legislação, o que não ocorre no caso de retirada de material para empréstimo, ora em exame', daí 'a necessidade de se regulamentar essa

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

questão para situações futuras', ensejando a determinação contida no item 9.4 da decisão recorrida.

93. Dessa ausência de regulamentação a Recorrente deduz a aplicabilidade do direito privado. Contudo, essa solução pressuporia a condição de igualdade entre o ente público e o particular, o que, além de excepcional no âmbito da atividade estatal, as considerações já aduzidas nesta instrução permitem concluir não ser o caso.

94. Além disso, a admissão de que o acesso às terras dependeria do arbítrio dos proprietários implicaria admitir que o acordo pudesse não ocorrer, o que inviabilizaria a execução de uma obra de tal magnitude e de tal relevância para todo o Estado do Rio de Janeiro. E implicaria admitir, ademais, mesmo na hipótese de o acordo se realizar, que uma parcela do custo da obra estaria livre de qualquer referência ou limite, acarretando insegurança não só à programação financeira do Estado, quanto à preservação do erário. No caso vertente, essa situação seria ainda mais singular porque, embora a negociação, nos moldes defendidos pela Recorrente, devesse envolver o particular e o Estado do Rio de Janeiro/contratadas, o impacto financeiro dessa negociação seria suportado pelos cofres da União, uma vez que se trata de obra federal, delegada ao Estado do Rio de Janeiro, mediante convênio firmado com o DNIT.

95. Aparentemente, essa singularidade do caso concreto em exame já se fez sentir, porquanto, conforme consignado no voto condutor do acórdão recorrido, 'o item 'indenização de jazidas' tomou proporções surpreendentes no custo da obra', alcançando 8,5% do valor contratado no lote 1 e 14,5% no lote 2, onde constitui o item mais relevante. Segundo o Relator ***a quo****, 'não se pode aceitar que o valor estipulado nos Projetos Básico e Executivo, na forma concebida, seja financiado com recursos federais', pois 'seria permitir a inclusão de item sem qualquer limite ou referência', circunstância qualificada por Sua Excelência como 'inadmissível'.*

96. Por fim, a alegação de que a Constituição Federal garante a inviolabilidade do domicílio, embora verdadeira, mostra-se inteiramente impertinente ao caso concreto, por não se tratar de violação de domicílio, mas de acesso a propriedade particular para obtenção de material pertencente à União e necessário à execução de obra de interesse de toda a coletividade.

Argumento

97. A Recorrente afirma que a paradoxal situação onde, de um lado, os materiais, como bens minerais que são, pertencem à União, e, de outro, o solo, onde os mesmos se encontram, pertence a um particular qualquer, é o resultado do regime da dupla propriedade, constituída pela propriedade minerária e pela propriedade da terra, e a separação jurídica de ambas. (p. 13)

98. Após aduzir ensinamentos doutrinários, alega que se, de um lado, os minerais enquistados no solo pertencem sim à União, não podendo, então, ser comercializados; de outro, o solo, via de regra, pertence a um particular que, querendo, pode comercializar e precificar o acesso e trânsito da Administração Pública e dos empreiteiros na propriedade. (p. 13-14)

99. A Recorrente alega que não se trata, como afirmado na decisão recorrida, de uma indevida comercialização dos materiais de empréstimo, mas sim do pagamento de um valor aos proprietários das terras a título de cessão do uso da terra. (p. 14)

100. Afirma que se, por um lado, é vedada a comercialização dos materiais de empréstimo, por pertencerem à União; por outro, nada impede a comercialização do acesso e trânsito nas terras de propriedade de terceiros onde se localizam as aludidas jazidas. E, nesse sentido, não existe qualquer óbice jurídico à utilização, pelas partes envolvidas, do critério de R$/m3, que é a medida que as partes (proprietários de terras, Administração e empreiteiros), em livre negociação, entenderam por adequada para calcular, com justiça e proporcionalidade, o valor a ser pago pela cessão do uso da terra. (p. 14-15)

101. Conclui que, com isso, a Administração não só viabiliza a realização das obras, como respeita o direito fundamental de propriedade, tal como inscrito no art. 5º, caput e inciso XXII , da Constituição de 1988. (p. 15)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

Análise

102. A Recorrente procura traçar uma clara distinção entre a propriedade do material de empréstimo para a obra e o acesso às terras para recolhimento desse material. Segundo a alegação, o primeiro não seria comercializável, por pertencer à União; mas não haveria óbice a que o particular cobrasse pelo acesso às suas terras. Em outras palavras, segundo o entendimento da Recorrente, a Constituição Federal garantiu à União a propriedade dos recursos minerais do subsolo (CF, artigo 20, inciso IX), mas lamentavelmente o acesso a tais recursos depende do arbítrio do particular. Evidentemente, a alegação não pode prosperar.

103. Conforme já consignado nesta instrução a título exemplificativo, o Poder Público possui instrumentos jurídicos para concretizar suas prerrogativas, inclusive o acesso aos recursos minerais do subsolo pertencentes à União.

104. Ao longo desta instrução também já consta proposta de rejeição da alegação de suposta ou possível violação ao direito de propriedade, visto não se tratar de direito absoluto e constar no próprio texto constitucional diversos dispositivos que relativizam tal direito.

Argumento

105. No voto condutor do acórdão recorrido, o Ministro-Relator consignou que o imóvel onde se localiza uma das jazidas do lote 4 da obra foi adquirido em outubro de 2009 por R$ 200 mil, enquanto a indenização prevista para essa jazida seria de cerca de R$ 3 milhões, o que seria um exemplo da antieconomicidade dos valores pagos a título de indenização de jazidas. (p. 15)

*106. Diante disso, a Recorrente argumenta que este Tribunal não levou em conta que os imóveis lindeiros ou próximos ao Arco Metropolitano sofreram uma brutal valorização nos últimos anos. Para comprovar a alegação, reproduz **release** divulgado pela Associação de Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário (ADEMIRJ). (p. 15-16)*

107. A Recorrente cita também o exemplo da desapropriação da Fazenda Noruega, que custou aos cofres estaduais a importância de R$ 7,54/m2, de modo que, considerando que a área total das jazidas de materiais de empréstimo a serem exploradas alcança o total aproximado de 1.754.936,00 m2, a desapropriação de tais áreas custaria aproximadamente R$ 13.232.217,44 ao Estado.

108. Assim, a Recorrente aduz que a realidade do valor dos imóveis das regiões direta e indiretamente afetadas pelo Arco Metropolitano é diversa daquela mencionada no acórdão recorrido, uma vez que os valores escriturados estão distanciados do atual valor de mercado, após a valorização imobiliária sofrida em virtude da perspectiva da futura implantação da rodovia. (p. 19)

109. Conclui que o pagamento das quantias a título de indenização pela cessão do uso da terra não é tão antieconômico como poderia parecer à luz dos parâmetros mencionados no acórdão recorrido, mas sim a própria desapropriação, que não só demanda o desembolso de grandes quantias, como também exige um longo decurso de tempo para sua efetivação. (p. 20)

Análise

*110. A Recorrente assume que o Relator **a quo** teria sugerido a alternativa da desapropriação dos imóveis, quando se tratou de mero **obiter dictum** que não constituiu fundamento das determinações combatidas, tendo o próprio Relator consignado: 'Obviamente que se poderia argumentar que os valores escriturados ou cadastrados estão bem abaixo do valor real do imóvel. Ainda assim, pode-se ter uma noção, pela ordem de grandeza, da impropriedade dessas indenizações nos valores pretendidos'. Assim, claramente, a intenção foi apenas contrapor a ordem de grandeza entre o valor escriturado dos imóveis (na casa das centenas de milhares) e o valor da indenização a ser paga aos proprietários (na casa dos milhões).*

111. Portanto, todas as considerações deste bloco de alegações quanto do que se segue, no sentido de demonstrar as desvantagens da desapropriação, são perfeitamente destituídas de utilidade na espécie, porquanto não atacam os fundamentos das determinações, não tendo, portanto, sequer em tese, o condão de modificar a decisão recorrida.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

*112. Curiosamente, tanto no **release** da ADEMIRJ quanto nas razões recursais, atribui-se a 'brutal valorização' dos imóveis em questão precisamente à obra relativa ao Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, a mesma que, segundo a Recorrente, seria inviabilizada na hipótese de não se obter a anuência dos proprietários e ou não ser pago o valor exigido por eles pelo acesso às jazidas.*

Argumento

113. A Recorrente afirma que a desapropriação, além de antieconômica, seria inadequada, porquanto seria difícil conceber uma desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social de caráter temporário ou precário. (p. 20)

114. Aduz que, no caso de se optar pelo mecanismo da desapropriação para se obter os tão almejados materiais de empréstimos, a expropriação perderá sua finalidade e interesse finda a construção e implantação da rodovia, não haveria interesse nas terras desapropriadas. (p. 20)

115. Após invocar ensinamento doutrinário a respeito da distinção entre as expressões necessidade pública, utilidade pública e interesse social, a Recorrente afirma que nem o Decreto-Lei 3.365/1941 nem a Lei 4.132/1962 preveem uma espécie de desapropriação de tipo semelhante ao que se daria na hipótese sub examine, isto é, desapropriação temporária para fins de obtenção de materiais de empréstimo. (p. 21)

116. Conclui ser inadequada a desapropriação para fins de obter materiais de empréstimo por tempo certo e determinado, pois não se configura aí nem necessidade ou utilidade pública, muito menos interesse social.

117. Argumenta que, ainda que a desapropriação se mostrasse econômica e juridicamente pertinente, ela desnaturaria a essência dos contratos celebrados pelo Estado com vistas à construção e implantação do Arco Metropolitano. (p. 21)

118. Isto porque a SEOBRAS contratou uma empreitada, na qual interessa a entrega da obra. Na empreitada, não interessa ao dono da obra saber como ou de qual maneira os materiais serão adquiridos, mas sim que o objeto pretendido (no caso, a rodovia) seja entregue, cabendo à contratada fornecer não apenas a mão-de-obra como também todos os materiais necessários à consecução do objeto, invocando em seguida doutrina a respeito. (p. 21-22)

119. Afirma que o contrato de empreitada pode representar um benefício para a Administração quando da variação a maior dos preços contratados, visto que os serviços serão pagos não pelo valor de mercado, mas pelo valor originariamente pactuado, resultando numa economia para os cofres públicos. Assim, segundo a Recorrente, não faria sentido a Administração Pública desapropriar as terras em debate, pois isso acarretaria a desnaturação do contrato de empreitada firmado com os consórcios, na medida em que cabe a estes, e não ao Estado, azafamar-se com a obtenção dos materiais necessários e indispensáveis à construção do Arco Metropolitano. (p. 23)

Análise

120. Conforme já referido, todas essas considerações da Recorrente a respeito da desvantagem da desapropriação como medida necessária à obtenção do material de empréstimo necessário à execução da obra são inteiramente destituídas de utilidade, pois em nenhum instante este Tribunal determinou ou mesmo sugeriu a realização de desapropriações.

Argumento

121. A Recorrente aduz que o voto condutor da decisão recorrida traz o seguinte pronunciamento do DNIT: 'considera-se adequado, em virtude da grande variação dos volumes e da importância em recursos financeiros, que tais consultas de preços [relativos ao item 'indenização de jazidas'] sejam feitas diretamente com os proprietários, com acompanhamento prévio da Superintendência'.

122. Diante disso, a Recorrente alega ser o próprio DNIT que considerou adequada a realização de uma consulta ou pesquisa de mercado com o intuito de aferir o justo valor a ser pago pela indenização de jazidas. (p. 24)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

123. Acrescenta que esse estudo foi levado a cabo pelo Estado, por meio do trabalho realizado pela UERJ, que desenvolveu pesquisa direta com os proprietários locais, definindo não só as indenizações pelos danos causados pela retirada dos materiais, como também o valor de mercado da indenização pela cessão do uso da terra. (p. 24)

Análise

124. Segundo a Recorrente, o estudo promovido pela UERJ visou atender sugestão do DNIT, no sentido de que pesquisas de preços fossem feitas diretamente junto aos proprietários dos imóveis onde se localizam as jazidas com o material necessário à obra. Assim, segundo se deduz da alegação, o DNIT teria indiretamente corroborado o procedimento realizado pela SEOBRAS, de se consultar os proprietários com vistas a apurar o valor a ser pago pelo item 'indenização de jazidas'. Contudo, uma leitura atenta do voto condutor do acórdão revela que não foi esse o sentido da manifestação do DNIT.

125. Com efeito, observa-se ali que o pronunciamento do DNIT no sentido de que deveriam ser colhidas cotações de preços junto aos proprietários das áreas de empréstimos (e não às empresas mineradores, como foi feito), justificou-se precisamente pela 'grande variação dos volumes e da importância em recursos financeiros' do item 'indenização de jazidas' e pela grande diferença entre os valores previstos para este item em relação ao valor previsto no Sicro-2. Assim, numa tentativa de inversão semântica, a Recorrente pretende transformar em justificativa para o valor do item o que era precisamente uma preocupação do DNIT com a expressividade desse valor, sobretudo em comparação com o previsto no Sicro-2.

126. A manifestação do DNIT, em vez de corroborar o valor contratual do item, revela na verdade preocupação daquele órgão em obter um valor mais adequado, ante a exorbitância do valor previsto no projeto executivo, o que, aliado ao aumento expressivo dos quantitativos, resultou não apenas no relevante sobrepreço apurado como representariam um acréscimo expressivo do repasse da União ao Estado do Rio de Janeiro, no que diz respeito a este item.

*127. Além disso, em nenhum instante foi afirmado que o valor eventualmente obtido junto aos proprietários de terra deveria ser o valor efetivamente pago pelo item, e muito menos que a compreensão deste Tribunal estaria vinculada a esses valores ou ao entendimento do DNIT. O próprio Relator **a quo** foi enfático ao consignar que 'em nenhum momento este Relator sugeriu à SEOBRAS, como alegado, que fossem feitas pesquisas de preços junto a proprietários', mas apenas 'foi demonstrado que, no âmbito do próprio DNIT, havia também questionamentos a respeito dos valores do referido item'.*

*128. Por fim, não obstante as considerações acima, ressalte-se que o valor previsto na determinação contida no item 9.2.1 da decisão recorrida (R$ 1,25/m³) foi efetivamente extraído do referido estudo da UERJ. Uma vez reconhecida ausência de normatização da matéria, o Relator **a quo**, no intuito de dar solução ao caso concreto, consignou (peça 20, p. 2):*

> *'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.*
>
> *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.*

129. Ante o exposto, resta improcedente a alegação.

Argumento

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

130. A Recorrente aduz ainda que no voto condutor do acórdão recorrido, consignou-se que o DNIT passou a adotar, a partir de setembro de 2010, o valor de R$ 0,01/m3 como referência para indenização de jazida, o que, segundo o DNIT, se deu em virtude de não existir condições de pesquisa que possam resultar num valor de referência, de modo que os orçamentistas devem realizar uma avaliação local de acordo com a especificação do projeto da obra. (p. 25)

131. Diante disso, a Recorrente alega que, não existindo referência, e diante da recomendação do próprio DNIT para que se realizem consultas de preços diretamente com os proprietários, o Estado do Rio de Janeiro encomendou estudo à UERJ que foi a campo e estimou aquilo que pode ser razoavelmente considerado o preço de mercado do item, em cumprimento, segundo a Recorrente, ao artigo 125, § 2º, da Lei 12.465/2011 (Lei de Diretrizes Orçamentárias da União), o qual estabelece que, no caso de itens de obras e serviços rodoviários que não constem do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (SICRO), o custo será apurado por meio de pesquisa de mercado, ajustado às especificidades do projeto e justificado pela Administração. (p. 25-26)

132. A Recorrente alega que o estudo da UERJ, além de pertinente, é metodologicamente escorreito, trazendo importantíssimos subsídios, no sentido de mostrar que a referência adotada pela Secob-2 para o item indenização de jazidas é completamente irreal, não traduzindo a realidade de mercado. (p. 26)

Análise

133. A Recorrente interpretou tanto a suposta 'recomendação do próprio DNIT para que se realizem consultas de preços diretamente com os proprietários' quanto a adoção do novo valor de referência pelo DNIT como apoios à tese da livre negociação com os proprietários para apuração do valor a ser cobrado pelo acesso às jazidas, o que teria sido realizado mediante o estudo da UERJ. Quanto ao primeiro ponto, já se demonstrou a tentativa de inversão semântica por parte da Recorrente e a consequente improcedente da alegação.

134. O mesmo se pode dizer com relação ao novo valor de referência adotado pelo DNIT, uma vez que o fato 'de não existir condições de pesquisa que possam resultar num valor de referência' foi novamente interpretado pela Recorrente como liberdade para se apurar o valor de mercado, quando o real sentido da justificativa do DNIT foi bem outro.

135. Com efeito, a menos que o estudo conjunto do DNPM e do DNIT (item 9.4 do acórdão recorrido) conclua de modo diverso, não há que se falar em 'realidade do mercado', porquanto, segundo o entendimento acolhido por este Tribunal, não cabe indenização pela retirada do material de empréstimo necessários à obra. Segundo consignado no voto condutor, 'cabe, apenas, indenização aos danos a ela [propriedade particular onde se encontra as jazidas] causados'. Tal entendimento, aliás, é inteiramente condizente com o valor de R$ 0,01/m3 adotado pelo DNIT como referência para o item 'indenização de jazidas'. Nas palavras do Relator ***a quo****:*

> *'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'. (...)*

136. Ora, não havendo que se falar em valor de mercado (por não ser o material das jazidas passíveis de comercialização), a indenização aos proprietários deve se limitar 'às indenizações ambientais e aos eventuais danos às propriedades particulares', para o quê não seria possível estabelecer a priori um valor de referência, devendo o valor da indenização ser definido de acordo com as peculiaridades de cada obra.

137. Ante estas considerações, resulta improcedente a alegação.

Argumento

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

138. A Recorrente afirma que no relatório de fiscalização consignou-se que o estudo seria inválido, do ponto de vista metodológico, por permitir que os proprietários de terras indicassem o preço que queriam receber pelo fornecimento do material de jazida. (p. 26)

139. Todavia, alega que a pesquisa da UERJ não adotou esse caminho, ao registrar que 'a indenização de jazidas do presente trabalho diz respeito à indenização pela cessão da terra (m3) mais custos indiretos agregados'. Ou seja, não se pediu aos proprietários que indicassem o preço desejado pelo fornecimento do material; ao contrário disso, o que se solicitou aos proprietários foi que estipulassem o preço pretendido pela cessão do uso da terra, incluída aí a permissão de acesso às respectivas glebas, na qual se encontram os depósitos almejados. (p. 26)

140. Conclui que não há equívoco algum, muito menos comprometimento metodológico, ao se permitir que os proprietários de terras indiquem o preço que desejam receber pela cessão do uso da terra, pois é matéria que, diante da total e manifesta omissão legislativa, resolve-se no âmbito negocial. (p. 26-27)

141. A Recorrente aduz que no relatório de auditoria consignou-se que o estudo da UERJ teria o intuito de justificar o valor da 'indenização de jazida', alegando em seguida que em nenhum momento o dito estudo justificou o valor contratado para o item em análise; tanto isso é verdade que o valor encontrado pela UERJ para a indenização de jazidas foi de R$ 7,40, abaixo do que fora contratado nas obras do Arco Metropolitano, de modo que o estudo não teve o condão de justificar preço algum, mas de encontrar o preço real, factível, de mercado para o item ***sub examine****. (p. 27)*

Análise

142. A alegação de que o valor cobrado, ante a ausência de normatização, dependeria de negociação entre as partes, já foi objeto de proposta de rejeição nesta instrução.

143. Dentro da distinção promovida pela Recorrente entre fornecimento do material de jazida e cessão pelo uso da terra, a Recorrente afirma que não se permitiu aos proprietários que indicassem o valor que pretendiam receber pelo primeiro, mas que estipulassem o valor pretendido pela segunda. Ocorre que a crítica feita pela Secob-2, na instrução contida no relatório que acompanha recorrida, precede essa distinção, pois questiona a metodologia e o propósito do estudo; no primeiro caso, pela prerrogativa concedida aos proprietários de fixar o valor a receber; e no segundo, pelo estudo aparentar uma forma de justificar ou convalidar os valores já então previstos no contrato para o item 'indenização de jazidas' (anote-se que o estudo da UERJ é de janeiro/2011 – cf. peça 84, p. 1). Nas palavras daquela Unidade Técnica:

> *'348. Apoiando-se nas conclusões de tal pesquisa, a Seobras/RJ vem agora, e somente movida pelos questionamentos suscitados pelo exercício da atividade de controle realizada em 2010, tentar justificar a formação do preço de um serviço por ela concebido em 2007, e que há muito possui equivalente no Sicro 2. Sobre tal estudo é suficiente nos atermos à sua premissa básica: A metodologia'. (...)*

144. Quanto à metodologia, no estudo da UERJ consignou-se (peça 84, p. 4-5):

> *'Cabe registrar que, com relação aos aspectos normativos e legais das atividades de exploração de jazidas, a equipe da UERJ e consultores se ateve a considerá-los como subsídios básicos aos trabalhos que tem seu foco voltado a aspectos técnicos de engenharia. Dessa forma, não foram realizadas, por essa equipe, análises jurídicas dos mesmos'. (...)*

145. Conforme bem ressaltado pela Secob-2 na instrução constitutiva do relatório que acompanha a decisão recorrida, 'o aspecto legal está no cerne da análise da precificação em comento, fato que por si já macula a aplicabilidade dos resultados encontrados pelos pesquisadores da UERJ', concluindo que 'não há como acolher o estudo apresentado, posto que ele está comprometido no seu fundamento, que é a metodologia', pois 'não cabe ao particular fixar o valor que deseja receber pelo material que será retirado do subsolo do terreno de sua propriedade', uma vez que 'os recursos minerais do subsolo, nos termos do art. 176 da Constituição Federal, pertencem à União'.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

146. Assim sendo, verifica-se que o valor obtido ao final do estudo não infirma as críticas feitas ao estudo pela Unidade Técnica deste Tribunal.

147. Mas ainda que se acolhesse sem maiores reservas o resultado do estudo elaborado pela UERJ, observa-se que esse mesmo estudo infirma a alegação de que o valor apurado remuneraria, não a retirada de material, mas o acesso à terra, tendo em vista que registra (peça 84, p. 7):

> *'Muito embora este trabalho não tenha como foco a análise de todos os procedimentos necessários a dar curso à exploração de uma jazida, mas, sim, concentrar-se na pesquisa de preço do fornecimento de material junto aos proprietários e nos custos das atividades auxiliares, (...)'. (...)*

148. E mais à frente reafirma (peça 84, p. 16):

> *'Os questionários aplicados seguiram o padrão apresentado a seguir e objetivaram a obtenção dos dados relevantes sobre o fornecimento de material de jazida **in natura**, com especial atenção ao item relacionado a valor de indenização/m3'. (...)*

149. No questionário aplicado pela UERJ aos proprietários das terras (peça 84, p. 17-19) constava o seguinte campo:

> *'V. PROPOSTA DE FORNECIMENTO:*
> *• Preço: R$ _____ / m3 (_____)*
> *• Medições Topográficas Mensais na Jazida.*
> *• Pagamentos: 30 (trinta) dias após a realização de cada medição'.*

150. Ora, a própria unidade de medida utilizada no estudo da UERJ (R$/m3) já denota claramente que, ao contrário alegado, o valor fixado não foi o do acesso à propriedade, mas o do material a ser retirado. De fato, não há como sustentar que a remuneração pelo acesso à terra pudesse ser medido por m3 ou ser pago 'após a realização de cada medição'.

151. Ante o exposto, deve-se rejeitar também essa alegação.

Argumento

152. A Recorrente alega que o estudo da UERJ demonstraria que o valor de referência adotado pela Secob-2 é inaplicável, sequer se aproximando daquilo que é efetivamente praticado no interior do Estado do Rio de Janeiro, especificamente na região da baixada fluminense. (p. 27)

153. Segundo a Recorrente, o estudo da UERJ satisfaz uma necessidade do empreendimento, apontada inclusive pelo DNIT, isto é, diante da inexistência de valor de referência para o item indenização de jazidas, nada mais adequado e consentâneo com o espírito da LDO do que a realização de consulta de preços junto aos proprietários de terras, de maneira a se estimar não só o custo dos danos a serem causados, mas também a contraprestação devida pelo uso da terra de terceiros. (p. 27)

Análise

154. A alegação de que o estudo da UERJ teria o intuito de suprir a inexistência de valor de referência para o item 'indenização de jazidas' não se sustenta, tendo em vista que, conforme já aduzido nesta instrução, a supressão, pelo DNIT, do valor de referência para o item decorreu do fato de o material retirado das jazidas não ser passível de comercialização, devendo a indenização, segundo o entendimento deste Tribunal, se restringir aos danos causados, os quais devem ser avaliados caso a caso. Diante disso, não faria sentido realizar estudo para 'reinstituir' o valor de referência suprimido.

155. Também não se sustenta a alegação de que o valor de referência contido no item 9.2.1 do acórdão recorrido (R$ 1,25/m3) seria 'inaplicável, sequer se aproximando daquilo que é efetivamente praticado no interior do Estado do Rio de Janeiro'. Este valor visou dar uma solução prática para o caso concreto em exame, até porque a supressão do valor de referência para o item 'indenização de jazida' se deu em setembro/2010, após a celebração dos contratos com as executoras das obras relativas ao Arco Metropolitano do Rio de Janeiro. De todo modo,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

conforme já assinalado nesta instrução, o referido valor foi extraído do próprio estudo elaborado pela UERJ, mostrando-se condizente com o valor previsto no Sicro-2 até então.

Argumento

*156. A Recorrente reproduz trecho do voto condutor do acórdão recorrido em que o Relator **a quo** assim se manifestou: '(...) não se pode aceitar que o valor estipulado nos Projetos Básico e Executivo, na forma concebida, seja financiado com recursos federais. Seria permitir a inclusão de item sem qualquer limite ou referência. Essa circunstância é inadmissível', justificando-se a determinação contida no item 9.2.1 do acórdão recorrido.*

157. Diante disso, a Recorrente sustenta não ser correto dizer que o item em discussão não possua qualquer limite ou referência. Aduz que, se é verdade que o Sicro-2 não apresenta referência para indenização de jazidas; de outro é certo também que a pesquisa de mercado efetuada pela UERJ, a partir de sugestão do DNIT, fornece uma estimativa de mercado razoável para o custo do mencionado item. Acrescenta que essa situação amolda-se perfeitamente ao preconizado pelo art. 125, § 2º da LDO vigente, de maneira que, ao contrário do que sustentado pelo acórdão, existe referência para o item, e, no caso, referência de mercado. (p. 28)

Análise

*158. Claramente, o Relator **a quo** neste ponto referiu-se às futuras obras da mesma natureza desta, e não a essa obra específica. De fato, segundo o entendimento da Recorrente, o valor cobrado pelos proprietários das terras, seja pela negociação direta, seja mediante estudo prévio do órgão público, não teria qualquer parâmetro externo e nem mesmo uniformidade, pois poderiam eles cobrar valores diversos entre si. Esse entendimento é evidentemente inadmissível.*

Argumento

*159. Ainda referindo-se à manifestação do Relator **a quo** reproduzida acima, a Recorrente aduz que não se pode negar o formidável impacto que a determinação **sub examine** trará para os cofres do Estado. (p. 28)*

160. Ressalta que as obras de construção e implantação do Arco Metropolitano não são estaduais, mas sim federais, visto tratar-se de rodovia federal. Afirma que o Estado e a União, num espírito de federalismo de cooperação, uniram esforços para a materialização do chamado segmento 'c' da rodovia, competindo ao Estado a construção da mesma com o aporte majoritário de recursos da União. (p. 28)

161. Alega que, com a determinação referida, a Administração se vê na contingência de arcar com um ônus financeiro não esperado e não previsto, o que trará séria e importante perturbação ao planejamento financeiro e orçamentário do Estado. (p. 28)

162. Afirma que a determinação ora em debate cria para o Estado uma despesa adicional sem indicar a respectiva fonte de custeio, contrariando, por conseguinte, as normas e regras da boa gestão das finanças públicas, tal como preconizado pela Lei Complementar n.101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal. (p. 29)

163. Alega que a imposição ao Estado de arcar com toda execução do serviço 'indenização de jazidas' que supere o valor de R$ 1,25/m3 traduz um enfraquecimento, senão uma quebra, da segurança jurídica presente na celebração do convênio para a construção da rodovia, invocando em seguida ensinamentos doutrinários sobre a matéria. (p. 29-30)

164. Alega que ao se determinar que, a partir de agora, o Estado arque com despesas não previstas e não planejadas, desrespeita-se a segurança jurídica e, mais do que isso, a confiança legítima que a Administração depositava naquilo que fora pactuado por ocasião da assinatura do referido convênio. (p. 31)

Análise

*165. A alegação funda-se num erro de interpretação, uma vez que as palavras do Relator **a quo** foram entendidas no sentido de que aquilo que excedesse o valor de R$ 1,25/m3 deveria ser suportado pelo Estado do Rio de Janeiro, quando não foi essa a intenção. A referência a recursos federais tanto nas considerações acima quanto nos próprios termos do item 9.2.1 da*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

decisão tiveram o intuito apenas de delimitar a competência desse Tribunal, no sentido de que somente até o limite daquele valor o custo poderia ser pago com recursos da União, não havendo óbice – pelo menos não deste Tribunal – a que a parcela que excedesse aquele valor fosse custeado com recursos de outra natureza. Disso não se deduz que o Estado do Rio de Janeiro deva arcar com a diferença, nem constitui, ao contrário do que parece ter compreendido a Recorrente, determinação para que o Estado do Rio de Janeiro arcasse com o custo excedente.

166. A Recorrente assume que os valores previstos nos projetos básico e executivo e no contrato relativamente ao item 'indenização de jazida' seria insuscetível de questionamento e de consequente ajuste ou glosa, sob pena de tornar inviável o empreendimento. A propósito, como foi possível verificar até aqui, toda a peça recursal ressuma uma incontestável visão pró-particular/contratadas absolutamente contrária ao princípio da indisponibilidade do interesse público, que deve nortear a atuação dos agentes públicos. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (op. cit., p. 32-33):

> *'Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.*
>
> *O princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. (...)*
>
> *O princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade'.*

167. Ora, a decisão recorrida tem por intuito, por um lado, garantir a observância do princípio da economicidade, determinando que não sejam despendidos mais recursos federais que os estritamente necessários à execução da obra; e por outro, a busca pelo interesse público, que no caso vertente materializa-se pela efetiva execução da obra. Neste sentido, o acórdão combatido afigura-se um instrumento à SEOBRAS, ora Recorrente, para se opor às possíveis pretensões dos particulares contrárias ao interesse público, tudo em prol da preservação não só do erário federal mas também do estadual, se for o caso; cabendo aos particulares/contratadas, por via judicial ou administrativa, a defesa dos seus direitos/interesses.

168. Se fosse correta a interpretação conferida pela Recorrente à determinação deste Tribunal, toda análise da Unidade Técnica e as considerações do Relator ***a quo*** *no tocante à impertinência do valor contratual do item 'indenização de jazidas' seriam totalmente inócuas.*

169. Ademais, a mesma preocupação revelada pela Recorrente no tocante às finanças estaduais aplica-se também às finanças federais, conforme revelado pelo pronunciamento do DNIT, já anteriormente referido, com a agravante de que o valor ajustado seria negociado entre as SEOBRAS/RJ e os particulares, mas pago com recursos federais.

170. Aliás, a alegada inobservância do princípio da segurança jurídica não se sustenta, pois não consta que o convênio firmado entre o Estado do Rio de Janeiro e o DNIT obrigasse o último a arcar com custos relativos a itens não previstos no Sicro-2 ou cujos valores não guardassem qualquer relação com o referencial de preço ali previsto.

Argumento

171. Por fim, a Recorrente sintetiza suas conclusões: (p. 31-32)

a) que não existe regulamentação específica para a atividade de retirada de materiais de empréstimo;

b) que, em virtude disso, nem o Estado (e muito menos os empreiteiros) não possui título jurídico para ingressar na propriedade alheia e retirar os aludidos materiais;

c) que a Administração Pública deve respeitar os direitos individuais dos administrados, no caso o direito de propriedade;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

d) que se faz imprescindível a aquiescência do dono das terras para que a Administração Pública (ou os empreiteiros) ingresse na gleba e alcance as jazidas onde se localizam os materiais;

e) que, diante da ausência de regulamentação específica da matéria, a mesma passa a ser regulada pelo direito privado;

f) que, assim sendo, o acesso às propriedades deve ser obtido junto aos respectivos donos por meio de livre negociação;

g) que o regime da dupla propriedade cria essa situação paradoxal, onde, de um lado, os minerais pertencem à União, mas, por outro, encontram-se enquistados numa propriedade de terceiro;

h) que a comercialização dos materiais é vedada, mas a comercialização da entrada e trânsito pela propriedade, não;

i) que a comercialização da entrada e trânsito pela propriedade é questão de mercado e livre negociação, visto a ausência de regulamentação específica;

j) que a fixação do pagamento em R$/m3 não encontra óbice jurídico, visto a inexistência de regulamentação específica, e, por conta disso, tratar-se de matéria sujeita à livre negociação;

l) que o pagamento de quantias em favor dos proprietários a título de indenização pela cessão do uso da terra não é antieconômica diante da valorização das terras atingidas pela construção do Arco Metropolitano;

m) que a solução alternativa da desapropriação mostra-se inadequada, seja do ponto vista econômico seja do ponto de vista jurídico;

n) que, além do mais, a desapropriação importaria na desnaturação dos contratos de empreitada firmados pelo Estado;

o) que ao encomendar cotação de preço à UERJ, o Estado nada mais fez do que cumprir recomendação do DNIT nesse sentido;

p) que o estudo da UERJ fornece uma adequada e razoável estimativa do valor de mercado do custo do item indenização de jazidas, não possuindo nenhum comprometimento metodológico;

q) que a determinação do acórdão impõe excessivo ônus financeiro ao Estado, além de significa enfraquecimento, senão quebra, da segurança jurídica e da confiança legítima traduzida no convênio firmado entre o Estado e a União.

Análise

172. Sintetiza-se as conclusões a que se chegou nessa instrução:

a) a inexistência de regulamentação específica para a retirada de materiais de empréstimo já foi reconhecida por este Tribunal, motivando a expedição da determinação contida no item 9.4 da decisão recorrida;

b) mesmo não possuindo título jurídico para ingressar na propriedade particular, o ordenamento jurídico contempla institutos jurídicos postos à disposição do Poder Público para alcançar o interesse público e concretizar o princípio da supremacia do interesse público;

c) o direito de propriedade, como direito, é sujeito a limitações, mormente quando em benefício da coletividade;

d) a realização do interesse público não pode ficar sujeito ao arbítrio do particular.

e) a ausência da regulamentação não implica que a matéria passe a ser regulada pelo direito privado, cuja aplicação às atividades do Estado é uma exceção que não se aplica ao caso vertente;

f) reafirme-se que a realização do interesse público não pode ficar sujeito ao arbítrio do particular;

g) não há controvérsia com relação à propriedade do solo ser distinto da dos minerais neles presentes;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.

h) não faz sentido a Constituição Federal conceder a propriedade dos recursos do subsolo à União e não lhe garantir o acesso a tais recursos minerais;

i) a ausência de regulamentação da matéria não implica a admissão de item totalmente destituído de limite ou referência;

j) a fixação de um suposto pagamento de acesso ao solo em R$/m3 encontra óbice lógico, porquanto não faz sentido que tal pagamento seja função do m3.

l) valorização das terras que retiraria o caráter antieconômico da cessão do uso da terra foi resultante precisamente da execução da obra em questão, a mesma que se tornará inviável no caso de o Poder Público se submeter ao arbítrio dos proprietários das terras;

m) em nenhum instante foi sugerido, proposto ou determinado que se promovessem desapropriações;

n) reitere-se que não se cogitou de desapropriação;

o) ao contrário do aduzido pela Recorrente, a manifestação do DNIT foi menos uma recomendação e mais uma preocupação com a magnitude que o item estava alcançando no custo total da obra;

p) como o material não é comercializável, não há que se falar em valor de mercado para o referido item indenização de jazidas, e o trabalho da UERJ, partindo desse pressuposto, restou comprometido;

q) ao contrário do entendimento da Recorrente, a determinação não implica que o Estado do Rio de Janeiro deva arcar com o valor excedente àquele contido na determinação.

CONCLUSÃO

173. Ante o exposto, submete-se o assunto à consideração superior, propondo:

a) 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, negar-lhe provimento, mantendo-se o Acórdão 2919/2011-Plenário em seus exatos termos;

b) dar ciência ao Recorrente e aos órgãos/entidades interessados".

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49323052.