

VOTO

No presente recurso, a Secretaria de obras do Estado do Rio de Janeiro – Seobras insurgem-se contra a determinação constante do subitem 9.2.1 do Acórdão 2.919/2011-Plenário, que lhe impôs abster-se de utilizar recursos federais no pagamento do item “indenização de jazidas”, no âmbito dos contratos para implantação do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, em valores superiores ao limite de R\$ 1,25/m³, que é a cotação do Sicro prevista para o serviço, acrescida do BDI referencial daquele sistema.

2. Conforme destaca a Serur, esse item ganhou relevo nas obras em comento devido ao considerável aumento do seu quantitativo depois da elaboração do projeto executivo da obra. Em termos absolutos, o aumento verificado nos quatro lotes em que se divide a obra foram os seguintes: de 85.320m³ para 1.488.959,41m³ no Lote 1; 101.775,19m³ para 935.055,19m³ no Lote 2; 202.190,00m³ para 1.135.228,00m³ no Lote 3; e 269.689,00m³ para 1.736.585,00m³ no Lote 4. Convém deixar registrado que os novos quantitativos ainda não foram incorporados aos contratos, ao menos para os Lotes 1 e 2.

3. As razões para semelhante aumento de quantidades não estão suficientemente claras no processo, como chama a atenção a Serur. A julgar pelo volume do serviço de compactação de aterros, não se pode dizer que houve aumento significativo na terraplenagem da obra, com a possível exceção do Lote 4, onde o volume quase dobrou. Pode-se dizer, assim, que o extraordinário aumento dos quantitativos de materiais provenientes de jazida resulta de puro erro na logística do empreendimento, e de proporções desconhecidas. Acresce que a logística dos materiais que serão utilizados na obra é tarefa mezinha de qualquer administração contratante, que já deveria ter perfeitamente definidas, antes mesmo da licitação, as áreas de jazidas e bota-foras, com os acordos já devidamente adiantados com os proprietários, no caso de terrenos particulares.

4. Mesmo deixando-se tudo ao exclusivo talento das contratadas, em questão que, pela sua importância estratégica e para a economia do empreendimento deveria estar sob rígido controle da administração, não parece estar em curso qualquer processo de revisão dos preços contratuais do serviço, que permanecem exatamente os mesmos, como se os evidentes ganhos de escala diante da extrema magnificação dos quantitativos a serem incorporados não tivessem o mínimo poder de causar o enriquecimento sem causa dos consórcios contratados. Diga-se, de passagem, que os preços por estes propostos na licitação não continham qualquer desconto em relação ao preço do orçamento de referência.

5. Para cúmulo, a recorrente, e bem assim as empresas contratadas, insistem em não trazer para o processo, como já observou a Secob-2, que originariamente instruiu o feito, elementos mínimos da solução real adotada na prática, vale dizer, do custo real em que incorrem os consórcios na aquisição dos solos para os aterros. 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.

6. Recapitulando brevemente os fatos e os principais elementos que compõem a contenda, consta que o preço do serviço definido no orçamento básico licitado, que foi de R\$ 11,11/m³, e que foi praticamente reproduzido nos contratos dos lotes, após a licitação (R\$ 11,11, R\$ 11,10, R\$ 11,00 e R\$ 11,11/m³, respectivamente), encontra-se extremamente sobreprecificado em relação à cotação referencial baseada no Sicro de R\$ 1,25/m³. O preço de R\$ 11,11/m³, orçado pela Seobras, seria

composto de três parcelas, a saber, o valor de R\$ 6,60/m³, correspondente a royalties, ou compensação financeira devida ao proprietário do terreno, o percentual de 40% correspondente ao fator de empolamento do material, já que a medição do serviço se daria após a escavação, e, finalmente, o percentual de BDI, aplicado sobre as duas parcelas precedentes. As três parcelas foram objeto de questionamento no acórdão guerreado, em especial as duas primeiras.

7. Quanto à primeira parcela, o entendimento do Sr. Relator **a quo**, eminente Ministro José Jorge, é o de que, por força do art. 3º do Decreto-lei 227/1967 (Código de Minas) e da regulamentação que lhe sobreveio, especialmente a Portaria 441/2009, do Departamento Nacional da Produção Mineral – DNPM, não cabe ao proprietário do solo ou a quem lhe sirva de intermediário qualquer pagamento por pretensos direitos minerários sobre o material existente na propriedade, mas tão somente a indenização ambiental e por perdas e danos decorrentes da retirada dos solos. A redação do dispositivo citado do Código de Minas é a seguinte:

“Art 3º Este Código regula:

I - os direitos sobre as massas individualizadas de substâncias minerais ou fósseis, encontradas na superfície ou no interior da terra formando os recursos minerais do País;

II - o regime de seu aproveitamento, e

III - a fiscalização pelo Governo Federal, da pesquisa, da lavra e de outros aspectos da indústria mineral.

§ 1º. Não estão sujeitos aos preceitos deste Código os 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, desde que não haja comercialização das terras e dos materiais resultantes dos referidos trabalhos e ficando o seu aproveitamento restrito à utilização na própria obra”.

8. Já a referida portaria diz que o enquadramento na situação descrita no Código de Minas exige que os materiais sejam realmente necessários às obras indicadas e que não sejam comercializados, cessando sua extração ou desmonte após o término das obras. Uma vez que o próprio DNPM declarou que as jazidas ligadas às obras estariam enquadradas na exceção do art. 3º, § 1º, do Decreto-lei 227/1967, restaria “claro, pois, nas palavras do Sr. Relator, que o material destinado a empréstimo em obras públicas não está sujeito à concessão de título minerário, não podendo, outrossim, em nenhuma hipótese, ser comercializado”.

9. Quanto à aplicação do fator de empolamento, o Sr. Relator concordou implicitamente com a Secob-2, em que o preço referencial do Sicro para a indenização de jazida já incorporava o mesmo critério de medição previsto no contrato, qual seja o de medir o volume do material pelo corte efetuado na jazida. Não seria, assim, necessário aplicar o fator de empolamento, por suposta cobrança dos proprietários do solo por volume transportado nos caminhões.

10. Por fim, também acatando o entendimento da Unidade Técnica o acórdão recorrido considera que o BDI geral a ser aplicado no preço de referência é o do Sicro e não os correspondentes percentuais vigentes nos contratos dos lotes.

11. Iniciando a presente análise com a questão de que não cabe o pagamento de renda ao proprietário do solo, por não subsistirem quaisquer direitos minerários na extração de solos para utilização em obras públicas, verifico que a recorrente volta a defender entendimento oposto, de que o pagamento ao proprietário do solo, para que se disponha a ceder a propriedade à retirada dos materiais, resolve-se normalmente pelas regras de mercado. A Serur defende o posicionamento entronizado no acórdão guerreado, segundo o qual, a prevalecer a tese de que o direito de propriedade é o mais importante em jogo, a própria obra pública poderia inviabilizar-se em alguns casos, em detrimento de toda a coletividade.

12. Peço vênias máximas ao ilustre relator do feito e à digna Serur por de fender entendimento divergente daquele por eles desposado.
13. Com efeito, parece-me que a Lei de Minas, ao excluir a extração de materiais de construção da regulação destinada aos demais recursos minerais do solo e do subsolo não está afastando o regime normal aplicável aos demais bens existentes no sistema econômico. Muito menos franqueia o acesso dos materiais à administração pública, a pretexto dos superiores interesses públicos inerentes à atuação desta. Fosse assim, tal gratuidade deveria ser estendida a praticamente todos os setores da ação estatal.
14. No caso dos solos para terraplenagem, defendo que a exploração de tais insumos pode-se dar, ao menos até que haja normatização específica quanto à matéria, mediante pagamento de uma renda pela ocupação dos terrenos, mediante livre negociação entre os interessados, aplicando-se, por analogia, regramento já existente no ordenamento (art. 27 do Código de Minas), consoante passo a explicar.
15. Ora, se na parte regulada do setor minerário, em que a União é declarada constitucionalmente dona do recurso mineral, assegura-se ao proprietário o recebimento de renda (art. 27) na fase de pesquisa e participação nos resultados da lavra (art. 11, alínea “b”), o que se dirá da exploração não expressamente regulada desses recursos, como no caso dos solos terraplenáveis. A proibição de comercializar prevista na Portaria 441/2009 não representaria óbice à percepção da justa remuneração pelo proprietário uma vez que tal proibição refere-se à destinação a ser dada ao material retirado, que não pode ser outra senão a obra pública.
16. A renda devida ao proprietário do solo encontra seu fundamento de legitimidade na ocupação do terreno por terceiros, à perda das características naturais da área e à sua inutilização, provisória ou definitiva, para a exploração tradicional a que era submetida. Com efeito, não há sentido algum em impor ao proprietário, contra sua vontade e sem qualquer compensação financeira, a privação, total ou parcial, do terreno, a invasão e turbação por terceiros, por largo período de tempo, e a possível inutilização do solo para a ocupação tradicional.
17. Trata-se, ademais, de situação inteiramente análoga à da pesquisa mineral, também regulada pelo Código de Minas. Para essa situação, a referida norma diz expressamente, em seu art. 27, que o proprietário ou posseiro, além de “*uma indenização pelos danos e prejuízos que possam ser causados pelos trabalhos de pesquisa*”, faz jus a “*uma renda pela ocupação dos terrenos*”. E tal renda deverá ser definida mediante acordo entre os interessados ou judicialmente, caso contrário.
18. Pela total similitude de ambas as situações e identidade dos pressupostos fáticos de aplicação dessa regra, entendo até que os critérios e limites ali estabelecidos para a remuneração de proprietários e posseiros de áreas objeto de pesquisa mineral sejam aplicados, por analogia, à indenização, **lato sensu**, dos proprietários de jazidas de materiais destinados às obras em geral.
19. A propósito, entendo oportuno colacionar a informação de que, em material encaminhado informalmente pelo Dnit a meu Gabinete, a autarquia manifesta preocupação com a prevalência do entendimento desta Corte de que não cabe qualquer pagamento aos proprietários de jazidas além das necessárias indenizações por prejuízos. Considera que, na raiz dessa tese, estão as disposições da Portaria DNPM 441/2009 dando a entender que a vedação da comercialização de solos para obras públicas alcança inclusive o proprietário do terreno. Para solucionar esse problema, informa que está sendo gestada no âmbito do Ministério das Minas e Energia medida provisória que cria, para as jazidas fornecedoras de solos, regime de exploração específico, no qual a remuneração do superficiário seria estimada na forma do art. 27 do Código de Minas, que dispõe sobre a remuneração do proprietário do solo no período da pesquisa.
20. Portanto, parece-me razoável, no caso concreto, reconhecer o direito do superficiário à justa remuneração pela ocupação do solo de sua propriedade em face de obra pública, até que se edite

a regulamentação específica determinada no subitem 9.4 da deliberação recorrida ou que sobrevenha medida provisória a disciplinar esta questão tão controvertida, cerne do debate travado nestes autos.

21. A autarquia compromete-se a aplicar a sistemática em elaboração pelo MME, quando esta estiver em vigor. Até lá, solicita que os contratos atualmente em vigor sejam mantidos com seus respectivos valores, uma vez que a revisão dos preços poderia acarretar a rescisão de várias avenças.

22. Ante esse aparte para expor a intenção do Dnit em manter os contratos atuais como estão, reforço, em atenção ao externado acima, que, nas circunstâncias do presente processo, ser cabível a remuneração do proprietário do terreno pela cessão ou fornecimento de solos para a construção civil basicamente por uma exegese analógica com a legislação minerária. Por ela, mesmo para os minerais mais relevantes para a economia e para o país, cuja exploração está sujeita a licenciamento, concessão e taxação específica, os direitos dos proprietários do solo à percepção de renda compatível com o valor da exploração estão devidamente resguardados. Não poderia ser diferente na exceção regulatória expressamente criada para o fornecimento de solos e demais agregados para as obras, tão somente para o período de sua execução.

23. A admissão desse fato não pode impedir, porém, que os preços em prática nos contratos atualmente vigentes não sejam submetidos ao mesmo escrutínio com que se examinam os demais componentes da planilha. Esse passo será dado, no presente caso, logo após exame das duas outras parcelas que compõem o preço fixado para a indenização de jazida, o que passo a fazer de imediato.

24. A segunda parcela do preço da indenização corresponde ao fator de empolamento, que se justificaria pelo fato de os proprietários medirem o material solto, no caminhão, enquanto a medição prevista no contrato é efetuada topograficamente no corte. O Sr. Relator **a quo** não tratou explicitamente dessa questão, possivelmente concordando com o entendimento da Secob-2 de que o preço Sicro já prevê a medição no corte.

25. No voto, é dito que o valor do Sicro foi adotado porque praticamente coincide com o custo das atividades auxiliares calculado pela Uerj, em trabalho de que, mais adiante, tratarei. Tais atividades auxiliares, por terem natureza mitigatória dos prejuízos causados pela escavação, constituiriam a indenização a que faria jus o proprietário, conforme tese defendida pelo Sr. Relator (convém declinar que atividades seriam essas: licenciamento ambiental, limpeza de camada vegetal, recomposição com camada vegetal, cobertura vegetal, expurgo de material imprestável, remoção e recomposição de cercas, construção e manutenção de acessos e drenagem). Para o cálculo dos custos dessas atividades, a Uerj considerou os solos em seu estado natural, não incidindo, de fato, o fator de empolamento sobre os volumes de material.

26. 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, em virtude da falta de parâmetros normativos a balizar “(...) *os critérios e limites para a indenização de jazidas (...)*” – lacuna ensejadora do subitem 9.4 do acórdão recorrido –, não é desarrazoado que esse pagamento se faça pelo volume extraído, apto a indicar o grau ou intensidade da ocupação. Ao menos, repito, enquanto não sobrevir o resultado do estudo determinado pelo referido subitem 9.4.

27. Feitas essas considerações, entendo que, ao se processar o pagamento pelo volume do material solto – o que certamente deverá ser objeto de fiscalização em futuras auditorias –, o emprego do fator de empolamento encontra alguma justificação. Considero, no entanto, que o normal seria pagar ao proprietário também com base no volume do solo em estado natural, no corte, evitando todo o inevitável questionamento que surge pela suspeição gerada pela inclusão de mais um fator elevador do custo da obra. Optando pela forma menos transparente de definir o preço, por sua conta e risco, o administrador sujeita-se aos ajustes cabíveis pelas instâncias de controle, o que vale especialmente em

contexto de total desvirtuamento da licitação de origem e ausência de ensaios técnicos para determinação do coeficiente adequado.

28. Nesse sentido, lembro que, no orçamento de referência da licitação, arbitrou-se o fator de 1,4, que é um valor extremamente alto. Mesmo assim, as contratadas não concederam desconto relevante na licitação. Com efeito, de acordo com a literatura técnica amplamente disponível, o coeficiente de empolamento chega, no máximo, a 26%, para os solos destinados a aterros em geral. No caso dos solos arenosos, esse coeficiente não passa de 15%. Um dos consórcios já admitiu no processo que não praticou o empolamento de 40% na composição de seu custo para o serviço, mas 25%. Esse percentual é ainda excessivo, uma vez que é quase igual ao limitante superior de 26%. Como valor médio, entendo que o percentual de 20% é muito mais representativo da situação das obras, razão pela qual proponho sua adoção.

29. Quanto ao BDI a ser utilizado, também aqui assiste razão à unidade instrutiva originária e à Serur, e também ao ilustre Relator **a quo**, segundo quem deve valer o BDI básico do Sicro na construção do preço de referência, como, aliás, é procedimento comum largamente aceito pela jurisprudência do Tribunal.

30. Antes de prosseguir na análise do preço do item em foco, é conveniente frisar que é nas três parcelas já tratadas que a questão encontra-se composta nos autos, obedecendo estritamente a forma como foi calculado o preço no orçamento básico que serviu de base para a licitação da obra. São improcedentes, portanto, as alegações dos interessados de que o preço contratual da indenização de jazidas comporta outros serviços auxiliares, complementares ou de reparação ambiental e de instalações. Em primeiro lugar, sequer se esforçaram em demonstrar que tais serviços já não estão previstos em outros itens da planilha, como é comum acontecer. São pujantes, por outro lado, as evidências de que o tratamento dado ao item foi o de simples insumo, apesar de ter sido erigido a item individualizado da planilha, o que também não tem nada de anormal, dada a importância econômica desse material. Para completar, eis a declaração peremptória da Secob-2 sobre esse ponto:

“Apenas para que não quede ao leitor dúvidas acerca do preço utilizado pela Seobras/RJ na licitação, note que o valor de R\$ 11,11/m³ utilizado na licitação foi obtido a partir da proposta da Vitor Hugo Demolição Ltda., no valor de R\$ 6,60/m³, sobre o qual a Seobras/RJ fez incidir o fator de empolamento de 1,4 e o BDI de 20,25%. (...)”

31. Essa é a razão pela qual não podemos mais referendar o preço propugnado no acórdão guerreado. É que esse preço abrange apenas, declaradamente, tais serviços de natureza compensatória, embora o Sr. Relator **a quo** aponte a semelhança do custo de tais serviços, na forma como calculados pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – Uerj, com a cotação do Sicro para o item de indenização de jazida, que também teria, segundo a discussão que precedeu a deliberação, uma natureza exclusivamente indenizatória.

32. Com a devida vênia, o item foi talhado, desde o início, para o pagamento da remuneração em espécie ao proprietário dos terrenos onde se encontram as jazidas, e não para que as contratadas realizem serviços de mitigação da exploração, que são objeto de outros itens da planilha. O item de indenização de jazidas tem, assim, relação com o direito do superficiário ao recebimento de renda em razão da exploração.

33. A Uerj foi a instituição incumbida de realizar o levantamento solicitado pela Seobras para dirimir o questionamento sobre o preço da indenização de jazidas desenvolvido nestes autos. Reputo elogiável o esforço de pesquisa desenvolvido pelos técnicos responsáveis na região das obras, muito embora seja possível discordar de certas diretrizes metodológicas, que foram todas declinadas de forma transparente no trabalho.

34. Uma primeira discordância já foi referida: o estudo da Uerj assume o fator de empolamento de 1,4, igualmente sem maiores justificações. Pelas razões já expostas, tal fator deve ser

reduzido para 1,2. Outra discordância ocorre com relação à escolha do preço de referência. A Uerj considerou que a média da amostra coletada seria a estimativa mais adequada. Ocorre que a mediana dos preços pesquisados respeita mais a tendência mercadológica de acompanhar o menor preço. Não é outro motivo pelo qual a expressão “mediana de preços” já está consagrada nas leis de diretrizes orçamentárias em capítulo próprio sobre os referenciais de preços em obras públicas. Portanto, outro ajuste aqui preconizado será o de considerar o preço de R\$ 4,50/m³ como de referência, por ser a mediana dos valores pesquisados pela Uerj. Acrescentando-se o empolamento (20%) e o BDI (20,25%) e, ainda, deflacionado-se o preço de janeiro de 2011 para maio de 2007 pelo índice de terraplenagem da Fundação Getúlio Vargas, obtém-se o custo unitário final de R\$ 5,84/m³, referido a maio de 2007.

35. Outras críticas seriam possíveis, como a da unilateralidade dos preços, já que eles foram declarados apenas pelos proprietários, ou a de que não foi considerada a capacidade de fornecimento de cada jazida na definição do valor referencial. Registro, porém, que, mesmo que fosse possível excluir os maiores preços da amostra pesquisada em razão desses fatores, a mediana não se alteraria, o que depõe a favor da solidez do valor referencial apontado. De resto, considero o trabalho da Uerj, que já forneceu subsídios relevantes para o acórdão recorrido, dotado de confiabilidade suficiente para embasar a solução alvitrada.

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.

37. O segundo tema relaciona-se com o Acórdão 1.596/2011-Plenário, proférido no TC-030.105/2010-2, posteriormente modificado pelo Acórdão 2.736/2011-Plenário, pelo qual se condicionou o prosseguimento de licitação para execução de obra na BR-116/RS à concordância dos licitantes habilitados com a limitação do custo da indenização ao valor de R\$ 1,04/m³ apontado pelo Sicro (no orçamento para a licitação estavam previstos os preços de R\$ 5,10 e R\$ 5,50/m³, referidos a setembro de 2009). Na instrução para o acórdão guerreado, a Secob-2 apontou essa deliberação como precedente justificador da redução também no presente caso.

38. Compulsando as características do caso ali examinado, pondero que a redução imposta pelo TCU ocorreu ainda na fase de licitação, e não na etapa de execução contratual, como no caso destas obras. Na fase de licitação, as empresas participantes têm condições de, por meio do desconto a ser oferecido em relação ao orçamento básico, se protegerem da possível, e bastante provável, falta de representatividade do preço apontado no Sicro. Registro, por fim, que, segundo noticiado no monitoramento das determinações feitas naqueles acórdãos (TC-001.715/2012-7), alguns licitantes não concordaram com a redução no preço da indenização, sugerindo a defasagem real do preço do Sicro, que também pode ter sido a responsável pela alteração da classificação final das licitantes para dois dos lotes daquelas obras, o que demandará na va licitação.

Diante do exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora trago à apreciação deste E. Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 10 de dezembro de 2012.

AUGUSTO NARDES
Relator