

**TC 014.919/2010-9****Tipo:** Relatório de Auditoria**Unidades Jurisdicionadas:** Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT e Secretaria de Estado de Obras do Estado do Rio de Janeiro – SEOBRAS/RJ**Responsável:** Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (04.892.707/0001-00), Secretaria de Estado de Obras do estado do Rio de Janeiro (08.599.767/0001-90), Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A. (40.450.769/0001-26), Construtora OAS Ltda. (14.310.577/0011-86), Consórcio Arco do Rio (09.536.294/0001-45), Delta Construções S.A. (10.788.628/0001-57).**Procurador ou Advogado:** Diego Ricardo Marques, OAB 30782/DF, João Gabriel Perotto Pagot, OAB 12055/MT, Tathiane Vieira Fernandes, OAB 27154/DF, João Geraldo Piquet Carneiro, OAB 800-A/DF, Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo, OAB 123916/SP e outros.**Proposta:** mérito**INTRODUÇÃO**

1. Cuidam os autos de Levantamento de Auditoria efetuado em 2010, que abordou aspectos de conformidade e legalidade relativos às obras de construção da BR-493/RJ, no segmento compreendido entre o entroncamento com a BR-040 e o Porto de Sepetiba, no estado do Rio de Janeiro, realizadas no âmbito do Convênio TT-262/2007-00 (SIAFI 618972), celebrado entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT e a Secretaria de Estado de Obras – SEOBRAS/RJ. As obras integram o chamado segmento “C” do Arco Metropolitano do Rio, e fazem parte do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC.

2. No curso do processo, após sucessivas deliberações, o Tribunal prolatou o Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário. Nele constou determinação para que a então Secob-2 realizasse estudos relativos à metodologia de cálculo de preço do insumo denominado “indenização de jazida”, presente no Sicro 2. É desse estudo que trataremos aqui.

**HISTÓRICO**

3. Estes autos originaram-se do Acórdão 442/2010 – TCU – Plenário, deliberação integrante do processo administrativo sigiloso que autorizou a realização do Fiscobras 2010.

4. No relatório de levantamento de auditoria 278/2010, referente ao empreendimento aqui examinado, a unidade técnica do TCU apontou quatro achados. Destes, três foram inicialmente classificados, nos termos da LDO 2010 como IG-P – irregularidade grave com indicativo de paralisação –, a saber: i) *sobrepreço decorrente de jogo de planilha*; ii) *sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado* e iii) *desvio de objeto devido a alterações qualitativas da obra*. O outro achado, denominado *incompatibilidade ou inadequação do critério de medição com o objeto real pretendido*, foi classificado como IG-C – irregularidade grave com indicativo de continuidade.

5. Acerca desses achados de auditoria – depois de ouvidos os consórcios construtores, a Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro – SEOBRAS/RJ e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT –, prolatou o Tribunal o Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, que trouxe, entre as deliberações de interesse para o escopo deste estudo, as seguintes determinações:

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

*9.2. determinar à Seobras que:*

*9.2.1. adote providências no sentido de garantir que o pagamento, com recursos federais, de toda a execução do serviço “indenização de jazida”, desde o início da execução dos serviços, limite-se ao valor de R\$ 1,25/m<sup>2</sup>, informando a este Tribunal, no prazo de sessenta dias, as medidas adotadas;*

*(...)*

*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; (grifou-se)*

*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/m<sup>3</sup>, como apontado no item 9.2.1 supra, sobre o montante do convênio;*

*(...)*

6. Contra a deliberação de mérito do subitem 9.2.1 e, por consequência lógica, também daquela expressa no subitem 9.5.2 supra, a SEOBRAS interpôs pedido de reexame.

7. O Tribunal julgou esse recurso, tendo se pronunciado nos termos do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário (peça 244), parcialmente reproduzido a seguir:

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

*“9.2.1. adote providências no sentido de garantir que o pagamento, com recursos federais, de toda a execução do serviço “indenização de jazidas”, desde o início da execução dos serviços, limite-se ao valor de R\$ 5,84/m<sup>3</sup>, informando a este Tribunal, no prazo de sessenta dias, as medidas adotadas”.*

*“9.5.2. promova, no prazo de até 30 dias, a repactuação do Convênio TT-262/2007-00 com a Seobras, no sentido de excluir, proporcionalmente, o excedente do valor presumido de R\$ 5,84/m<sup>3</sup>, como apontado no item 9.2.1 supra, sobre o montante do convênio”;*

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

*9.3. dar ciência à Seobras/RJ e ao DNIT de que a anuência ao preço unitário de R\$ 5,84/m<sup>3</sup>, nos termos da nova redação do subitem 9.2.1 do Acórdão 2.919/2011-Plenário, possui caráter*

provisório e excepcional, aplicável exclusivamente ao Convênio TT-262/2007-00, tendo em vista a ausência normatização específica sobre a matéria, podendo tal entendimento ser novamente revisto, a depender do resultado dos estudos mencionados no subitem anterior;

*9.4. dar ciência desta Deliberação à Recorrente e ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT.*

8. Como parte das atividades colocadas em marcha visando cumprir a determinação exarada no subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, a SecobRodovia promoveu, em 11/4/2013, painel de referência intitulado “indenização de jazidas em obras públicas”. Além de membros do Ministério Público Federal, o evento contou com a participação de especialista na área de recursos minerais, hídricos e energéticos da consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, de representante da Procuradora Federal junto ao DNPM, de um consultor e especialista na área de avaliação e perícia de engenharia, com atuação nos setores privados e público, de engenheiro representante da Coordenadoria de Construções Rodoviárias do DNIT, de especialista em política e administração de recursos minerais, além de representante do Controle Interno, representante do Gabinete do Ministro Relator, e de auditores do TCU.

9. Conforme restou expresso na determinação do subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, o Poder Executivo sinalizou para o TCU a possibilidade de editar medida provisória para tratar da questão da “indenização de jazidas” em obras públicas. O tema de indenização de jazidas esteve na pauta de audiência concedida pelo Exmo. Ministro Presidente, que recebeu os titulares das pastas ministeriais dos Transportes e do Planejamento, Orçamento e Gestão, que se fizeram acompanhar dos Diretores-Gerais do DNIT e da VALEC, conforme matéria do periódico União nº 187, de 16/10/2012, publicado pela Secretaria de Comunicação do TCU.

10. O estudo determinado à então Secob-2, deveria levar em consideração a possível regulamentação da matéria via medida provisória do poder executivo, bem como considerar as conclusões decorrentes do monitoramento da determinação contida no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011-Plenário.

11. Até o momento não há notícias de regulamentação, via medida provisória, do tema relativo à indenização de jazidas para a abertura de vias de transportes.

12. É oportuno mencionar que o poder executivo, em 18/6/2013, submeteu ao Congresso Nacional Projeto de Lei que dispõe sobre a atividade de mineração e criação da Agência Nacional de Mineração. A única referência quanto ao emprego de recursos minerais para a realização de obras públicas, no texto do Projeto de Lei, está transcrita a seguir.

“art. 5º O poder concedente fixará as condições para o aproveitamento de minérios destinados à realização de obras de responsabilidade do Poder Público, podendo ser dispensada a licitação e a chamada pública.”

13. Uma vez realizado o painel de referência, e ante a ausência de notícia acerca da edição de medida provisória para regulamentar a indenização de jazidas, esta Unidade Técnica realizou, no último mês de abril, monitoramento da determinação contida no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011-Plenário, concluindo pelo seu descumprimento, ou seja, ausência de estudos com vistas a estabelecer os critérios e limites para a indenização de jazidas.

14. Este é, portanto, o histórico que delinea as medidas adotadas no sentido de cumprir determinação exarada no subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário.

## **EXAME TÉCNICO**

### **A definição do problema**

15. Chama-se indenização de jazida o modo como o Sistema de Custos Rodoviários – Sicro 2 remunera a aquisição de material (solo) oriundo de empréstimos concentrados. Em termos

gerais, o jargão empréstimo concentrado serve para designar a aquisição de material em áreas situadas fora da faixa de domínio da rodovia.

16. O material assim adquirido destina-se ao emprego imediato para a execução do pavimento da rodovia e consiste em recursos minerais da União (areia, cascalho saibro, argila, por exemplo), remunerados por unidade de metro cúbico, segundo o sistema de custo Sicro 2.

17. Apresenta-se, a seguir, a fundamentação legal e os aspectos metodológicos a serem observados para a justo tratamento do item indenização de jazida em obras de abertura de vias de transportes.

### **Prévias considerações acerca deste estudo**

18. Antes de dissertar acerca dos conceitos técnicos e jurídicos relativos ao tratamento adequado da indenização de jazida, é necessário rememorar que a elaboração do estudo em tela foi originalmente determinada ao DNIT e ao DNPM, segundo constou no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário.

19. Observe que a determinação dirigida à Secob-2 no subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, já transcrito nesta instrução, não implica a tácita decisão do TCU em desobrigar DNIT e DNPM do cumprimento daquilo que lhes foi determinado no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário.

20. Com efeito, a determinação exarada pelo Tribunal no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário continua vigente, e sequer foi objeto de recurso. Portanto, queda pendente o cumprimento dessa determinação, uma vez que o DNIT não apresentou ao Tribunal o resultado do estudo, tendo somente trazido aos autos a notícia de que a matéria seria objeto de regulamentação por medida provisória (peça 250).

21. Nesse particular, tendo a medida provisória força de lei, e admitindo que leis são normas de caráter geral, é presumível esperar que a medida provisória deixe de lado o tratamento das especificidades metodológicas atinentes ao cálculo do valor das indenizações de jazidas do Sicro-2.

22. Aqui, vai-se além na análise da cogitada medida provisória. Uma vez constatado que o tema da indenização de jazida está ligado à exploração dos recursos minerais, é imprescindível trazer à baila o fato de o exercício da atividade de pesquisa e de lavra sujeitar-se ao disposto no art. 176, §1º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995. Pois bem, essa emenda incluiu na Carta Constitucional o art. 246, que vedava a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tivesse sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.

23. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, deu a seguinte redação ao art. 246:

“É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive”.

24. A edição de medida provisória acerca da atividade de pesquisa e lavra parece ajustar-se à vedação explicitada no art. 246 da Constituição Federal. O que foi dito aqui não implica a pretensão de interpretar a Constituição, mas situa o leitor na discussão que se trava nestes autos envolvendo a indenização de jazida. Por sua vez o DNIT, no âmbito do processo 50600.002133/2013-52, cogitou tratar do tema de indenização de jazida via medida provisória que alterasse a Lei 10.233/2001. Essa lei, contudo, dispõe sobre a criação do DNIT, da ANTT, da ANTAQ e do Conselho Nacional de Integração e Políticas de Transportes, assunto que não guarda relação com a exploração de recursos minerais da União.

25. Portanto, não é outra a razão para a falta de notícia acerca da edição da medida provisória tratando de indenização de jazida. Com efeito, o novo marco regulatório da mineração é matéria do Projeto de Lei 5807/2013, que tramita no Congresso Nacional, apensado ao PL 37/2011 (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490935&ord=1>).

26. A despeito das razões que levam à ausência de notícia acerca da edição de medida provisória, e mesmo apesar do descumprimento da determinação dirigida ao DNIT e DNPM por intermédio do subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, esta Secretaria, ao cumprir o subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, e alinhada à missão de contribuir para o aperfeiçoamento da Administração Pública, apresenta este estudo com a diretrizes, princípios e dispositivos legais a serem observados na metodologia para o cálculo da indenização de jazidas em obras públicas.

27. Diz-se contribuição porque, a rigor, o Tribunal não possui competência para criar, originariamente, norma que discipline a atuação do DNIT. O exame empreendido pelo TCU no curso do TC 014.919-2010-9 é, essencialmente, de regularidade. Dispõe o art. 70 da Constituição, que a fiscalização exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, é quanto à legalidade, legitimidade e economicidade.

28. Por sua vez, a função judicante do TCU está estabelecida no art. 71, referindo-se ao julgamento de contas dos administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta. Essa função judicante sobrevirá quando da prestação de contas do já mencionado Convênio TT-262/2007-00.

**Arcabouço teórico necessário à compreensão e ao adequado tratamento a ser dado ao item indenização de jazida: Da observância às Normas, Doutrina e Jurisprudência e da inexistência de lacuna Normativa.**

29. Com relação ao contexto que envolve o estudo determinado no subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário, impõe-se, preliminarmente, enfatizar a natureza de conformidade da auditoria empreendida pelo Tribunal, em 2010, na obra do arco metropolitano do Rio de Janeiro. Igualmente importante é descortinar a ausência de lacuna normativa que supostamente estaria a envolver a obtenção e o emprego de recursos minerais para a execução de obras de terraplenagem e abertura de vias de transportes. A tese da existência de lacuna normativa foi trazida pelo DNIT, tendo sido admitida pelo Tribunal por ocasião da prolação do Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário. A compreensão desses dois aspectos mencionados é fundamental para o sentido aqui conferido ao estudo determinado no Acórdão 3.451/2012 – TCU – Plenário.

30. Com efeito, presumir a lacuna normativa implicaria aceitar a ausência de norma para julgar o caso concreto. Essa hipótese, contudo, não se coaduna com a natureza da auditoria de regularidade realizada em 2010, conforme se depreende a partir das Normas de Auditoria do Tribunal (NAT revisão junho 2011 p.42). Ora, o achado de auditoria de conformidade há de referir-se a critérios, e esses não de ser normas constitucionais, infraconstitucionais, infralegais ou mesmos normativos expedidos pela Administração Pública, desde que todos estejam vigendo.

31. Neste estudo, considera-se existir um conjunto de normas, completo, coerente e apto para oferecer a solução do caso concreto. Caso se admitisse lacuna normativa – assunto aliás tido por controverso no Direito – seria necessário situarmos a Constituição, o Código de Minas, o Código Civil, o Código Tributário e um conjunto de leis esparsas à guisa de normas apartadas de um sistema jurídico orgânico, harmônico e hierarquicamente constituído.

32. Segundo Renato Poltronieri, o sistema jurídico é um conjunto de normas que são divididas em ramos do Direito, funcionando, porém, como uma unidade finalística. (Poltronieri, R. *Conceitos Jurídicos e Teoria do Ordenamento. Introdução ao estudo do Direito e da norma*

*jurídica segundo a teoria da unicidade conceitual*. Ed. 1, São Paulo/Renato Poltronieri editor. 2012. p.137).

33. A aceitação de lacunas normativas no âmbito da esfera jurisdicional do Tribunal de Contas da União contradita o entendimento vulgar que preceitua ao gestor público, no exercício de suas funções, fazer somente aquilo que a lei autoriza. Perelman, citando Henri Buch, afirma que a existência de lacunas normativas no direito administrativo não confere liberdade de ação ao administrador. Ao contrário, limita-o, mesmo que este norteie a sua ação para desempenho de missão (Perelman, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Ed. 3ª, São Paulo Cidade/Martins Editora. 2004. p. 65).

34. Em linha com a citação anterior, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao dissertar sobre os princípios constitucionais da Administração Pública, situa o princípio da legalidade na condição basilar do regime jurídico-administrativo, sendo esse princípio expressão do Estado de Direito. Citando Renato Alessi, o doutrinador brasileiro afirma que o administrador público só poder fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza (Mello, Celso A. Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. Ed. 20ª, São Paulo/Malheiros editores. 2006 p.88-94).

35. Rechaçando a hipótese de existência de lacuna normativa, e fixando-nos ao contexto infralegal que deve disciplinar o tema da indenização de jazidas em obras de abertura de vias de transportes, assentimos com a afirmação trazida na citada obra de Celso Bandeira de Mello, quando assevera o doutrinador que a função do ato administrativo só pode ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca assistindo ao administrador instaurar qualquer cerceio a direito de terceiros. Entende-se aqui que o ato administrativo tampouco pode dar ensejo para que particulares gozem as vantagens advindas da aplicação inadvertida das disposições legais.

#### **Das disposições Constitucionais que devem balizar o estudo sobre a indenização de jazida.**

36. A discussão acerca do tratamento a ser conferido ao tema da indenização de jazidas deve estar fundada nos preceitos constitucionais.

37. A pesquisa e a lavra dos recursos minerais receberam especial atenção do constituinte, que tratou dessas atividades no título VII, capítulo I – “Dos princípios gerais da atividade econômica”. Há uma razão para que o assunto tenha sido ali colocado. Para compreendê-la, é necessário retomar a leitura do texto constitucional no título que trata da organização do Estado, precisamente no art. 20, inciso IX. Lá está constituído que são bens da União, os recursos minerais, inclusive os do subsolo.

38. O significado ordinário atribuído à palavra recursos é o de bens, posses ou haveres. O termo comporta, também, acepção de meio – aqui compreendido como expediente empregado para se lograr algo. Nesse sentido, portanto, recurso é tudo aquilo que exerce função intermediária na realização de alguma tarefa ou atividade.

39. Tomado esse último sentido, a inteligência que emerge a partir da leitura do art. 20 da Constituição é a de que são bens da União aqueles meios minerais, inclusive os do subsolo, que se prestam ao atingimento de um fim.

40. Qual seria esse fim almejado, capaz levar o constituinte a entender que, para alcançá-lo, deveria a União ser a proprietária dos recursos minerais?

41. Volve agora, leitor, a sua atenção para o Título VII da Constituição, que trata da ordem econômica e financeira. Como mencionado anteriormente, é nesse título que são cuidadas as questões relacionadas à exploração dos recursos minerais.

42. A ordem econômica tem por fim assegurar a existência digna, conforme ditames da justiça social, observado os seguintes princípios (CF. art. 170, caput): I) Soberania nacional; II) propriedade privada; III) função social da propriedade; IV) livre concorrência; V) defesa do consumidor; VI) defesa do meio ambiente; VII) redução das desigualdades regionais e sociais; VIII)

busca do pleno emprego e IX) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. O parágrafo único do art. 170 estabelece: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (grifou-se).

43. Ainda no título da ordem econômica, o art. 176 da Carta Constitucional estabelece que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

44. À União, portanto, a Constituição atribuiu a propriedade dos meios minerais com o fim de assegurar a dignidade das pessoas pela via do exercício da atividade econômica.

45. Do que foi exposto até aqui, duas conclusões assomam. Antes de enunciá-las, e mesmo com o fito de acentuá-las em sua expressão, entende-se oportuno conceituar jazida; termo empregado para designar toda massa de substância mineral que tenha valor econômico (*In Geologia, Mineração e Transformação Mineral: Glossário de termos*. Capturado em 14/8/2014 <http://www.mme.gov.br/sgm/menu/glossario.html?glossario=J>) (grifou-se).

46. A primeira conclusão é a de que os recursos minerais do subsolo, enquanto bens da União, são meios para assegurar a existência digna mediante o exercício de atividade econômica. A segunda conclusão, na linha do que entende William Freire, é de que os recursos minerais do subsolo só interessam ao mundo jurídico quando têm potencial ou efetivo valor econômico ou científico (Freire, W. *Regime jurídico dos recursos minerais no direito brasileiro: regime constitucional brasileiro e aproveitamento das riquezas minerais*. Revista Jurídica. Brasília, vol. 9, n. 84, p. 16-40. Abril/Maio, 2007). Mais adiante conclui-se que os recursos minerais empregados para a abertura de vias de transportes estão fora do comércio jurídico.

47. Emerge, daí, que o princípio da dupla propriedade do solo não é absoluto, pois reclama, como condição de validade, a caracterização do potencial de exploração ou aproveitamento econômico dos recursos minerais, inclusive os do subsolo. Interessante notar que o Código Civil também reflete, no art. 1.229, essa relatividade quanto à natureza dual da propriedade, quando condiciona a validade desse princípio à inexistência de interesse legítimo do proprietário para impedir atividades no subsolo ou no espaço aéreo sobre a propriedade.

48. No cerne do art. 176 da Constituição está expresso o sentido condicional do princípio da dupla propriedade do solo. Com efeito, pode-se mostrar redundante o art. 176, caso se considere que o próprio conceito de jazida reclama o valor econômico do depósito mineral. A leitura desse dispositivo constitucional poderia ser realizada nos seguintes termos: “A massa de substância mineral que tenha valor econômico, quer esteja ou não em lavra, e os demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra”.

49. Ainda no art. 176, o constituinte deixou expresso que a jazida, enquanto massa mineral de valor econômico, pertence à União. Ao particular é assegurada a propriedade do produto do seu trabalho, ou seja, aquilo que ele consegue extrair da jazida mediante a lavra, mas não a jazida em si.

50. Note que essa ideia está em perfeita harmonia com o fundamento da ordem econômica declarado no *caput* do art. 170 – a valorização do trabalho humano. Harmoniza-se, da mesma forma, com alguns princípios lá elencados: I) soberania nacional: a União não está abrindo mão de seus bens - os recursos minerais. Ela possui competência privativa para legislar sobre jazidas, minas e outros recursos minerais (art. 22, XII, CF); II) propriedade privada: o minerador se apropria do resultado do seu trabalho; III) função social da propriedade: a atividade econômica gera a

compensação financeira aos entes federados, além de assegurar a geração de emprego e a participação do proprietário do solo no resultado da lavra, por exemplo.

51. A ementa do acórdão do STF que julgou, em 16/3/2005, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3366 e 3273, reforça o posicionamento aqui defendido.

8. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada.

9. Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração (grifou-se).

52. Antes de passar ao tópico seguinte, entende-se enriquecedor mencionar registros de natureza histórica que envolvem a discussão sobre a propriedade e uso de bens naturais do subsolo.

53. Indro Montanelli, em sua peculiar narrativa sobre a história de Roma, relata como os antigos tratavam a propriedade dos recursos minerais e os obstáculos ao desenvolvimento da infraestrutura. Referindo-se ao período que sucedeu à queda dos Tarquínios, século VI a.C., o historiador italiano afirmou: (Montanelli, I. *História de Roma – da fundação à queda do império*. Ed. 2, Lisboa. Edições 70 Lda. 2007. p.76-77).

(...). O subsolo, pobre em minerais, era propriedade do Estado, que o alugava a exploradores de fraca consciência e competência. A metalurgia dera poucos passos em frente, e o bronze continuava a ser mais usado do que o aço. (...)

(...)

Os obstáculos à expansão industrial e comercial eram quatro. O primeiro, por ordem psicológica, era a desconfiança da classe dirigente romana, toda terrena, em relação a estas atividades, que fortaleciam as classes médias burguesas. O segundo era a falta de estradas, que não permitia o transporte das matérias primas e dos produtos. A primeira delas, a via Latina, foi construída em 370, quase um século e meio após a instauração da república, e limitou-se a ligar a Urbe às Colinas Albanas. Só Ápio Cláudio, o autor do aqueduto, sentiu a necessidade, cinquenta anos depois, de construir uma, que de fato recebeu o seu nome, para alcançar Cápua. Os senadores aprovaram, relutantes, os seus projetos grandiosos, e fizeram-no apenas porque os generais pediam uma rede de estradas. (...)

54. Na transcrição acima, frise-se que o vocábulo *terrenha* da edição portuguesa é traduzido a partir de *terriera* do original em italiano. Na edição em espanhol da obra, *terriera* é traduzido como *agrária*. Entende-se que esse último sentido é mais apropriado do que o encontrado para *terrenho* no dicionário da língua portuguesa.

55. Na Grécia antiga, a discussão acerca da utilização dos recursos de uso comum numa sociedade, notadamente sobre o prisma da propriedade, ocupava o pensamento filosófico. Já naquela época era nítida a preocupação que o legislador deveria conferir ao tema. Na obra “A Política”, o filósofo Aristóteles, ao comentar o Tratado das Leis, atribui à Sócrates a seguinte assertiva: (Aristóteles. *Politics, book II chapter VI [1265a]*. Domínio público. Traduzido para o inglês por Willian Ellis. London & Toronto Published. 1912). Capturado em 2/9/2014 [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select\\_action=&co\\_autor=144](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=144)

“It has been said, that a legislator should have two things in view when he frames his laws, the country and the people.”

56. Necessário contextualizar a transcrição acima. Para os antigos, o país era entendido como o solo ocupado pelas pessoas, a terra enquanto coisa. Frise-se que o vocábulo empregado na

tradução inglesa comporta essa aceção, sendo ela compatível com a realidade histórica da sociedade grega à época.

**Do enfoque econômico sobre a propriedade dos recursos minerais e da soberania da União.**

57. Ao enfatizar a análise de aspectos econômicos no campo das ciências jurídicas, Thiago Marrara afirma que mesmo quando a atividade jurídica se propõe a solucionar conflitos já deflagrados, qualquer estudo restrito ao exame do direito positivo, ignorando o diálogo com outras ciências, será provavelmente inútil ou, no mínimo, deficiente (Marrara, T. *Bens Públicos: Domínio Urbano, Infraestruturas*. Belo Horizonte/Fórum editora. 2007, p.195-196)

58. Segundo a Constituição, os recursos minerais são bens da União. O texto constitucional, entretanto, não declara que esses recursos são bens públicos, no sentido de bens de uso comum. Examina-se, agora, esse sentido de bem comum à luz de conceitos da teoria econômica. Isso guarda coerência com o fato de a exploração dos recursos minerais integrar o capítulo da ordem econômica da Constituição.

59. Um enfoque econômico sobre a propriedade é apresentado na obra dos professores Cooter e Ullen. A propriedade é por eles entendida como um conjunto de direitos que descreve aquilo que o possuidor pode e/ou não pode fazer com os recursos que detém: até onde pode ele possuir, usar, desenvolver, transformar, consumir, exaurir destruir, vender, doar, transferir, alugar, hipotecar emprestar ou excluir outros de sua propriedade, por exemplo. Fundamentados no teorema de Coase, esses autores descrevem a teoria econômica da propriedade baseada na ideia de busca da máxima eficiência na alocação dos recursos advindos do intercâmbio voluntário entre agentes de mercado, situação na qual o direito de propriedade maximizaria a riqueza de uma a nação (Cooter, Robert & Ullen, Thomas *Direito & Economia*. ed. 5, Porto Alegre/Bookman editora. 2010, p.89-125).

60. Estritamente do ponto de vista da teoria econômica, dois são os atributos que simultaneamente caracterizam um bem como público, no sentido de uso comum: i) **não rivalidade**: o consumo de uma unidade do bem por determinada pessoa não impede que essa mesma unidade seja consumida simultaneamente por outros indivíduos. ii) **não exclusão**: o consumo de uma unidade do bem por uma pessoa não deixa menos quantidade disponível para os demais.

61. No Direito privado, aliás, o conceito de rivalidade aparece como atributo do direito de propriedade. Para Kiyoshi Harada, a mesma coisa não pode pertencer com exclusividade e simultaneamente a duas ou mais pessoas. O doutrinador afirma que o art. 1.231 do Código Civil agasalha esse caráter exclusivo, ou rival, da propriedade dos bens privados. (Harada, Kiyoshi. *Desapropriação: Doutrina e Prática*. Direito & Economia. ed. 6, São Paulo/Atlas editora. 2006, p.2).

62. Prescindido, por ora, de qualquer conceituação jurídica, e atendo-se estritamente ao conceito econômico, observa-se que as jazidas e os recursos naturais do subsolo não se amoldam àquela aceção econômica de bens públicos. Efetivamente existem rivalidade e exclusão no uso de recursos minerais. Entende-se que não se trata de um recurso de livre acesso e de uso comum, à espera de alguém que reclame o direito de propriedade sobre eles, semelhante ao conceito de *res nullius* do Direito Romano.

63. Com acerto e compreensão da natureza econômica adstrita aos recursos minerais, o constituinte atribuiu a propriedade desses bens à União. Nota-se, então, que existe um único ente que é titular do direito de propriedade sobre as jazidas e os recursos minerais do território brasileiro. O fato de existir um único proprietário está em plena consonância com a natureza privada dos recursos minerais, vistos aqui sob a ótica estritamente econômica, repetimos.

64. Sem que houvesse a definição de um proprietário para impor limites ao livre e irrestrito acesso, os recursos minerais finitos, inclusive os do subsolo, estariam fadados à exaustão,

delineando um quadro clássico daquilo que se convencionou chamar de a tragédia dos recursos comuns, ou simplesmente tragédia dos comuns (Hardin, G. *The Tragedy of the Commons*. Science, vol. 162, nº 3859, dez. 1968. pp. 1243-1248) (Acessado em 26/9/2014. Disponível em [www.sciencemag.org](http://www.sciencemag.org))

65. A ciência econômica se valeu da tragédia dos comuns. Tendo por objetivo o alcance do bem estar, a teoria econômica do equilíbrio geral oferece uma compreensão das falhas de mercado que obstam o logro desse bem estar. As externalidades são falhas que podem ser compreendidas em termos de diferenças entre os custos e os benefícios das partes envolvidas nas trocas de mercado, sob as óticas privada e social. Preceitua a teoria econômica que haverá estímulo ao exaurimento de um recurso natural finito sempre que o custo marginal social não for internalizado pelo explorador privado desse recurso.

66. Que relação guarda essa abordagem econômica com aquelas disposições constitucionais concernentes aos recursos minerais é objeto do desenvolvimento a seguir.

67. Sendo incognoscível a plenitude das potencialidades minerais que jazem no subsolo – até mesmo em virtude de limitações tecnológicas concernentes à pesquisa e prospecção dessas riquezas – entende-se que a Constituição fez uma asserção política e de soberania, atribuindo à União a propriedade desses bens antes que a utilização privada ou comum se encarregasse de exauri-los, sobretudo em razão de não ser possível, *a priori*, e sem qualquer estudo de exploração econômica da jazida, dispor das informações minimamente necessárias para a determinação do custo marginal social da atividade, algo aliás que deve ser feito caso a caso.

68. Dessa forma, a ideia é que a União, ao realocar ou conceder o direito de usufruto dessas riquezas, o fizesse com racionalidade econômica e foco no alcance do bem-estar econômico, impondo ao concessionário o ônus de arcar com o custo marginal social da exploração.

69. Note que a concessão ou autorização são as formas previstas no art. 176, § 1º, da Constituição para a exploração dos recursos minerais. O exercício da atividade econômica da mineração, portanto, não é livre, e depende de autorização, enquadrando-se na restrição do parágrafo único do art. 170 da Carta Magna. Nem o recurso mineral é de uso comum e de livre acesso, como tampouco é livre a atividade econômica.

70. Não é por outra razão, entende-se, que à União foi conferida a propriedade dos recursos minerais. Deter essa propriedade cria as condições para evitar a exaustão dos recursos e assegura meios para que se concretize o interesse nacional expresso no art. 176, § 1º da Constituição.

71. Essa propriedade sobre os recursos minerais possui, reafirmamos, relação com a soberania. Segundo Mendes *et al*, soberania é o poder de autodeterminação plena, atributo do Estado Federal, não condicionada a nenhum outro poder, externo ou interno. Dissertando acerca das características do Estado Federal, e em especial do Estado Federal brasileiro, os referidos doutrinadores afirmam que a União possuiu bens próprios (Mendes, G. F., Coelho, I. M. & Branco, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. ed. 3, São Paulo/Saraiva editora. 2008, p.799-804).

72. A soberania dos Estados sobre os recursos naturais de seus territórios está prevista na Resolução 1803, declarada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 1962. Apenas para ilustrar o aspecto da soberania engastado no tema da propriedade dos recursos minerais, tomemos, por exemplo, o tratamento conferido por outro Estado Federal à questão.

73. Por intermédio da *Public Law 96-479*, de 21/10/1980, que trata da política nacional de materiais e minerais, o Congresso dos Estados Unidos considera que a disponibilidade dos materiais é essencial à segurança nacional, bem-estar econômico e produção industrial. Considera, também, que a inovação tecnológica, pesquisa e desenvolvimento são importantes fatores que contribuem para a disponibilidade e utilização desses recursos.

74. O domínio do Estado sobre os recursos minerais é um princípio comum na legislação dos países da América Latina e do Caribe, definindo-se, ademais, o caráter inalienável desses recursos. (Avila, E. D. *Actualización de la compilación de leyes mineras de catorce países de América Latina y el Caribe*. Serie Recursos Naturales e Infraestructura nº 43. Nações Unidas – CEPAL/División de Recursos Naturales e Infraestructura. Santiago de Chile, junho de 2002, p. 23).

75. Em síntese, os recursos minerais, inclusive os do subsolo, vistos como meio para o exercício de atividade econômica – e sob o enfoque conceitual estritamente econômico – são bens de natureza privada. A União é a única proprietária dos recursos minerais, conforme a Constituição. Via concessão ou da autorização, buscando-se atingir o fim estabelecido no caput do art. 170 da Constituição, a União realoca o direito de uso desses bens para particulares, sem contudo aliená-los.

### Os recursos minerais da União à luz do Código Civil.

76. Há pouco afirmou-se não existir dispositivo constitucional que classifique os recursos minerais da União como bens públicos. Recorrendo ao Código Civil, que é uma norma de caráter geral a disciplinar as relações de natureza privada, é possível alargar a compreensão sobre o tema da indenização de jazida para que enfim se dê cumprimento à determinação do subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário Acórdão.

77. A Lei 10.406/2002, que instituiu o Código Civil Brasileiro, estabelece no art. 41, inciso I, que a União é pessoa jurídica de direito público interno. Mais adiante, no art. 98, a referida lei define como públicos os bens de domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno. Essa é, atente-se bem, uma definição estritamente jurídica de bem público.

78. Portanto, à luz do Código Civil brasileiro, as jazidas e os recursos minerais, inclusive os do subsolo são bens públicos.

79. Neste ponto há que acautelarmo-nos para não presumir antagônicas a definição do Código Civil e a concepção de bem privado atribuído aos recursos minerais pela teoria econômica. É equivocada tal presunção. A coexistência da definição jurídica e do conceito econômico vistos aqui não representa obstáculo epistemológico algum para avançar na compreensão do assunto, conforme veremos nos parágrafos seguintes.

80. Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, diferentemente do que ocorre no Direito, o adjetivo público atribuído aos bens pela teoria econômica não tem sentido de pertencimento a um ente submetido ao regime jurídico público, mas sim ao emprego da utilidade que torna esse bem serviente a todos em geral a ninguém em particular (Marques Neto, F. A. *Bens Públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte/Fórum editora. 2009, p.45) (grifou-se).

81. Essa coexistência harmônica dos conceitos econômicos e jurídicos de bens públicos, parece mesmo ter origem remota. Dissertando sobre os bens públicos no direito romano, Thiago Marrara afirma: (Marrara, T. *Bens Públicos: Domínio Urbano, Infraestruturas*. Belo Horizonte/Fórum editora. 2007, p.32)

Dentre as “*res in commercio*”, havia ainda bens estatais, tal como hoje se concebe. Eram as “*res in pecunia populi*”, próximas ao conceito brasileiro de bens públicos dominicais ou bens patrimoniais. O Estado romano exercia sobre elas direitos idênticos aos de um particular sobre os seus bens, afastando-as do uso pelo povo.

82. De fato, o ordenamento jurídico brasileiro contém, em outros campos da atividade econômica, exemplos de recursos naturais limitados que, embora tidos como bens públicos sob o prisma jurídico, são rigorosamente privados sob enfoque econômico (rivalidade e exclusão). Frise-se que sequer é necessário que esses recursos sejam coisas, aqui entendidas como objetos dotados de materialidade. Tome-se, por exemplo, o espectro de energia, no intervalo que define as radiofrequências. É certo que o espectro eletromagnético não é coisa, mas o seu aproveitamento, na

faixa de radiofrequências constituiu um bem público. Nesse sentido se posicionou o legislador na Lei 9.472/1997, conhecida como Lei Geral das Telecomunicações.

“Art. 157. O espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência” (grifou-se).

83. A Lei de Telecomunicações, mormente à racionalidade e eficiência na utilização de recursos naturais limitados, e ainda quanto a função social da propriedade, estabelece:

Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:

II - a competição livre, ampla e justa;

(...)

VII - o uso eficiente do espectro de radiofrequências;

VIII - o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes;

84. No exemplo do espectro de radiofrequências, há um bem estritamente privado do ponto de vista econômico, pois esse bem apresenta características de rivalidade (uma determinada frequência do espectro não pode ser fruída por mais de um concessionário simultaneamente) e exclusão (a utilização de uma determinada frequência deixa menos frequências disponíveis para os demais). Sem embargo, trata-se de um bem público do ponto de vista jurídico.

85. Feita essa breve digressão para campo diverso da atividade econômica, retornemos às jazidas minerais enquanto bens públicos da União no sentido jurídico, sugerindo ao leitor que antes pondere: O que é, em sentido lato, o espectro de radiofrequências senão uma via de transporte de sinais?

86. Recorde-se que a via de transporte é o pano de fundo da questão relacionada à indenização de jazida.

87. O Código Civil, no art. 99, divide os bens públicos em três classes: bens de uso comum, bens especiais e bens dominicais. Atribuindo à essa última categoria o condão de constituir patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, o código prevê, no art. 101, a possibilidade de alienação dos bens dominicais, observadas as exigências da lei (grifou-se).

88. Ao lecionar sobre os bens dominicais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta as seguintes características que incidem sobre eles: a) comportam uma função patrimonial ou financeira, uma vez que se destinam a assegurar renda ao Estado, em oposição aos demais bens públicos; b) estão submetidos a um regime jurídico de direito privado, pois a Administração Pública age, em relação a eles, como um proprietário privado. Evidentemente, esse regime jurídico privado dos bens dominicais vem derogado pelo direito público (Di Pietro, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo/Atlas. 2004. p. 572-573) (grifou-se).

89. Ainda segundo Di Pietro, a administração dos bens dominicais, sob uma perspectiva mais ampla do que a mera financeira, atende a fins de interesse geral.

90. As jazidas e recursos minerais do subsolo são bens dominicais da União, mas não são bens alienáveis, como pode sugerir a aceção do art. 101 do Código Civil. O exame desse dispositivo, para o propósito do estudo determinado no subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2012 – Plenário, reclama reflexão aprofundada que trespasa o entendimento vulgar suscetível de conceber-se a partir da leitura do referido artigo do Código Civil.

91. Com efeito, uma interpretação açodada poderia levar o leitor a concluir que as jazidas e os recursos minerais do subsolo, por serem bens dominicais da União, podem ser alienados, observadas as exigências da lei. Entende-se que essa conclusão é equivocada à luz do que estabelece a Constituição.

92. A Lei maior não permite que União abra mão da propriedade dos recursos minerais que possuiu. No que concerne à atividade de exploração mineral, a Constituição garante ao concessionário, ou permissionário, apenas e tão somente a propriedade do produto da lavra. As jazidas, é verdade, são bem dominicais à luz do Código Civil, pois geram receitas patrimoniais para a União. Sem embargo elas são bens inalienáveis segundo a Constituição.

93. A primeira turma do STF, ao apreciar agravo regimental no RE 140.254/SP, produziu decisão que se revela de proficiência didática para compreensão da questão agora colocada.

Objeto de indenização há de ser o título de concessão de lavra, enquanto bem jurídico suscetível de apreciação econômica, e não a jazida em si mesma considerada, pois esta, enquanto tal, acha-se incorporada ao domínio patrimonial da União Federal.

A concessão de lavra, que viabiliza a exploração empresarial das potencialidades das jazidas minerais, investe o concessionário em posição jurídica favorável, eis que, além de conferir-lhe a titularidade de determinadas prerrogativas legais, acha-se essencialmente impregnada, quanto ao título que a legitima, de valor patrimonial e de conteúdo econômico. Essa situação subjetiva de vantagem atribui, ao concessionário da lavra, direito, ação e pretensão à indenização, toda vez que, por ato do Poder Público, vier o particular a ser obstado na legítima fruição de todos os benefícios resultantes do processo de extração mineral (grifou-se).

94. Sendo as jazidas objeto de direito real da União, faz-se necessário, para a compreensão do problema, perquirir acerca dos atributos da propriedade e seus elementos constitutivos. Para isso recorreremos à doutrina.

95. Amparado em referências como Clóvis Beviláqua, Lafaiete Pereira, Washington Monteiro e Arnaldo Wald, o professor Hely Lopes Meirelles afirmou que o direito de usar, gozar e dispor do bem, quando associado ao direito de reivindicá-lo de quem o detenha injustamente, configura a propriedade no seu sentido lato (Meirelles, H. L. *Direito de Construir*. 10ª ed. São Paulo/Malheiros editores. 2011.p.19).

96. Para Arnaldo Rizzardo, o direito à propriedade é o mais amplo dos direitos reais. É o direito real por excelência. O autor afirma que o conteúdo positivo do direito de propriedade está indicado nas expressões usar, gozar e dispor, tomadas do direito romano: *jus utendi, fruendi e abutendi*. O direito de usar corresponde à faculdade de se pôr o bem a serviço do proprietário, sem modificar a substância do bem. O direito de gozar consiste em fazer frutificar o bem, e auferir os produtos que dele advierem. Finalmente, o direito de dispor, que envolve o poder de consumir o bem, aliená-lo, desfrutá-lo, gravá-lo ou submetê-lo ao serviço de terceiro. Ainda segundo o autor, a faculdade de poder dispor é o mais importante dos atributos, pois quem dispõe se mostra mais dono em relação àquele que apenas usa ou frui as vantagens do bem (Rizzardo, A. *Direito das Coisas*. 2ª ed. Rio de Janeiro/Forense. 2006. p.169-242).

97. Na tarefa de administrar os seus recursos minerais, a União, sem abrir mão da soberania, apenas concede ou autoriza que o particular os explore, assegurando ao minerador o direito sobre o produto do seu trabalho. Esse direito de fazer frutificar o bem é que, segundo o STF, investe o concessionário em posição jurídica favorável, conferindo-lhe o direito de gozo, na forma de título dotado de valor patrimonial e conteúdo econômico. A União não abre mão do direito de dispor sobre as jazidas.

98. A noção de bens dominicais não está atada à coisa, mas no uso. É tácita a referência ao uso na definição dos bens dominicais do art. 99, inciso III, do Código Civil. Acerca dessa noção de uso, é importante transcendê-la, situando-a na acepção de utilidade. Mais à frente essa ideia será

retomada mediante a apresentação de entendimento doutrinário segundo o qual, para muito além da preocupação com o mero uso, a gestão moderna dos bens públicos deve mirar a utilidade que pode ser obtida a partir desses bens, ante a perspectiva real dos múltiplos usos que um bem público pode suportar.

99. O ato de concessão ou de autorização para usufruir os recursos minerais não constitui uma faculdade ao alvedrio da União. É um dever que decorre do princípio da função social da propriedade prevista na Constituição. Esse princípio está dirigido às coisas passíveis de apropriação, e não às pessoas que detêm propriedade, sejam elas de direito público ou privado. Como regra geral, não haveria sentido a União deter bens minerais dotados de valor econômico e não explorá-los, direta ou indiretamente, negando à sociedade a fruição benéficos advindos dessa exploração.

100. Com relação a esses recursos dos quais é proprietária, a União, ao conceder ou autorizar a exploração, abre mão apenas do direito de gozar e, ao fazê-lo, recebe uma compensação financeira ou uma participação no resultado da atividade econômica, conforme prevê a Constituição.

101. Note que o concessionário, ou autorizado, sequer possui a plena propriedade do título minerário, pois dele não pode dispor de acordo com a sua livre vontade, já que a Constituição exige anuência do poder concedente sempre que o detentor do título queira cedê-lo ou transferi-lo. Isso é o que está posto no art. 176, § 3º, da Constituição Federal.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

(...)

§ 3º - A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente (grifou-se).

102. Dissertando acerca da alienação dos bens dominicais da União, Di Pietro afirma que a concessão não confere o título de propriedade do bem concedido ao concessionário. Segundo a professora, a Constituição faz referência à concessão, mas como transferência de posse e não do domínio (Di Pietro, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo/Atlas. 2004. p. 582).

### **Os recursos minerais da União e os crimes contra a ordem econômica.**

103. A Lei 8.176/91 define os crimes contra a ordem econômica. Lá está estabelecido o seguinte:

Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.

Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no caput deste artigo (grifou-se).

104. Corroborando a argumentação até aqui exposta, observa-se, uma vez mais, o teor econômico atribuído aos bens minerais da União. Na qualidade de bens dominicais, esses recursos minerais geram receitas patrimoniais para a União. Assim entendeu o STF, no julgamento do recurso extraordinário 228.800-5/DF. Esse tipo de receita, segundo afirmou Celso Bastos, é gerada pela exploração do patrimônio da União, sob regras de direito privado e, conseqüentemente, sem caráter tributário (Bastos, C. R. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 5.ed. São Paulo/Saraiva. 1997.p.38)

105. Ao mencionar a ausência de autorização legal como elemento qualificador da conduta criminosa, a Lei 8.176/91 reafirma o comando contido no art. 176, § 1º da Constituição, que condiciona a pesquisa e a lavra de minerais à autorização ou concessão da União.

106. Ainda na esfera criminal, a Lei 9.613/98 veio dispor, entre outros, acerca dos crimes de lavagem ou ocultação de bens e direitos e valores. No art. 1º, § 2º, inciso I está definida como criminosa a conduta de utilizar, na atividade econômica ou financeira, bens direitos e valores provenientes de infração penal. Ao tratar das disposições processuais especiais, o art. 2º estabelece:

Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

III - são da competência da Justiça Federal:

a) quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas; (grifou-se)

107. O código penal brasileiro, tratando de bens da União, tipifica, no art. 180, §1º, a receptação qualificada, que consiste em adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

108. Ainda nesse mesmo art. 180, o §6º estabelece o seguinte:

§ 6º - Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no caput deste artigo aplica-se em dobro (grifou-se).

109. Todos esses dispositivos legais aqui citados corroboram o caráter econômico dos recursos minerais do subsolo e o domínio da União, que sobre eles possuiu direitos reais. A seguir trataremos de uma situação particular concernente ao uso dos recursos minerais da União.

### **Dos recursos minerais da União à Luz do Código de Mineração:**

110. Este é um tópico importante da instrução. Aqui reside um ponto de inflexão que deve ser compreendido pelo leitor. Essa inflexão de modo algum sugere oposição àquilo tudo que foi exposto até agora. Acima disso, a inflexão realça e completa o sentido da argumentação desenvolvida, na medida em que oferece o contraste entre o caráter de comercialidade e de extra comercialidade que podem incidir sobre os recursos minerais do subsolo.

111. Possuidora de direitos reais sobre os recursos minerais do subsolo, a União pode deles dispor, visto que em momento algum do processo de concessão ou autorização ela renuncia a esse direito de dispor.

112. Até aqui procurou-se enfatizar o aspecto de bem econômico privado dos recursos minerais. Foram apresentadas as disposições Constitucionais sobre a matéria. Esses bens da União foram expostos à luz do Código Civil e, subsidiariamente, do Código Penal e da Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica. Resta evidente, a partir da leitura das normas legais, o caráter econômico e patrimonial desses bens. Sobre eles, a União exerce a propriedade dentro de um regime jurídico privado com derrogações do direito público.

113. Entende-se não existir lacuna normativa que impeça conferir adequado tratamento ao item indenização de jazidas nas obras rodoviárias.

114. Na Lei 9.314/96, que alterou o Código de Mineração, o legislador foi explícito ao conferir a seguinte redação ao art. 3º do código

§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 transportes, obras gerais de terraplenagem e de edificações, desde que não haja comercialização das terras resultantes dos referidos trabalhos e ficando o seu aproveitamento restrito à utilização na própria obra.

115. Há, portanto, uma lei que afeta formalmente esse bem dominical da União. A referida lei é parte integrante do próprio Código de Mineração. A afetação do bem público tem importância para o tratamento jurídico a ser conferido aos recursos minerais necessários às obras de abertura de vias de transportes.

116. O instituto da afetação consagra um bem a uma utilização concernente a uma utilidade pública (Marques Neto, F. A. *Bens Públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte/Fórum editora. 2009, p.121). Há entendimentos doutrinários que sustentam que todos os bens públicos, inclusive os dominicais, estão voltados à produção de uma utilidade pública.

117. Efetivamente, o art. 3º, § 1º, do Código de Minas suprime o traço de comercialidade do recurso mineral, afastando-o do negócio jurídico privado. Sem embargo, mesmo fora do comércio, subsiste a utilidade do bem. A rigor, o disposto no art. 3º, §1º, eleva essa utilidade ao patamar de primazia, capaz de derrogar o regime jurídico essencialmente privado dos recursos minerais da União, sempre que a utilidade almejada se vincule à abertura de vias de transportes.

118. Note que o disposto no art. 3º, § 1º, do Código de Minas jamais faculta o livre acesso ao recurso mineral. Tampouco possui o condão de transmutar as características de rivalidade e exclusão que são próprias desses bens. A afetação do bem dominical ali contida não implica tê-lo à conta de bem de uso comum. Os recursos minerais necessários à abertura de vias de transportes seguem bens dominicais, pois não deixam de constituir patrimônio sob o qual a União possui direito real, segundo art. 99, inciso III, do Código Civil.

119. Há que se ter a clara distinção entre causa e consequência. No tocante à classificação dos bens públicos contida no Código Civil, a condição de inalienabilidade, ou extra comercialidade, jamais pode ser tida como causa para a classificação do bem como sendo de uso comum ou especial. Ela é consequência, à guisa de mecanismo assecuratório do livre acesso ao recurso. É nesse livre acesso ao bem que reside noção do bem de uso comum. Por outro lado, a afetação de um bem dominical para uma determinada utilidade pública não implica a sua automática inserção no rol dos bens de uso comum ou especial.

120. Sendo bem dominical sobre o qual a União possui direitos reais, dentre os quais o inalienável direito de dispor, a afetação dos recursos minerais de que trata o Código de Mineração visa garantir que a União usufrua do bem que lhe pertence, à semelhança do que ocorre com o proprietário privado. Essa prerrogativa pode ser vista como um dos aspectos da soberania já mencionada neste estudo.

121. Não resta dúvida, é verdade, quanto ao imperativo de conferir à propriedade uma função social. A esse mister está sujeita também a propriedade pública. Com respeito ao tema, Di Pietro, *apud* Marques Neto, afirma (Marques Neto, F. A. *Bens Públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte/Fórum editora. 2009, p.398):

(...) a ideia de função social, envolvendo o dever de utilização, não é incompatível com a propriedade pública. Esta já tem uma finalidade pública que lhe é inerente e que pode e deve ser

ampliada para melhor atender ao interesse público, em especial aos objetivos constitucionais voltados ao pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e à garantia do bem prestar dos seus habitantes.

122. A afetação contida no art. 3º, § 1º, do Código de Minas nos leva à necessidade de valorar a função social por intermédio de uma escala de mensuração da utilidade, contrapondo aquela obtida com a construção de vias de transportes àquela utilidade que advém da mineração de insumos para emprego imediato na construção civil.

123. Segundo o professor Floriano Marques Neto, a noção ordinária de uso, tão impregnada na concepção civilista, se mostra insuficiente nos dias atuais para, ante os múltiplos usos que um bem público comporta, delinear com acerto o regime jurídico aplicável. Ao rechaçar o entendimento de que o bem público cumpre a sua função social pelo simples fato de pertencer ao domínio de ente de direito público, o professor nos estimula à reflexão ao asseverar que:

(...) a gestão dos recursos públicos, sempre insuficientes para atender todas as obrigações de que se incumbe o Estado, leva-nos a constatar que a função social dos bens inerentes ao patrimônio público só é plenamente atendida se forem aproveitadas todas as utilidades conciliáveis que possam ser suportadas pelo bem. Isso com vistas a atender dois objetivos.

Primeiro, com a múltipla utilização do bem, tornar possível sua otimização em benefício da coletividade. Segundo, permitir a rentabilização destes bens em prol do erário, evitando que o valor subjacente a este acervo patrimonial seja amealhado exclusivamente pelos particulares”.

124. A inteligência que deve ser dada ao art. 3º, §1º, do Código de Mineração é, portanto, a de que os preceitos ali afastados são aqueles concernentes ao regime jurídico essencialmente privado dos bens dominicais, e não do Código na sua inteireza. Entenda-se por essencialmente privado o atributo da comercialidade do bem.

125. Enfatizando a utilidade em vez do uso, observa-se que o próprio Código de Minas traz disposições dirigidas à administração dos recursos minerais voltada para o interesse de seu proprietário, a União. Nessa hipótese, a exploração econômica do recurso mineral pela via da concessão ou autorização é negada pelo poder concedente sob o argumento de que a utilidade da exploração industrial intrínseca à mineração é superada por outra utilidade tácita, ou quiçá mesmo tida como prejudicial. Nesse último caso está implícita a remissão às externalidades negativas que advém da exploração mineral e a necessidade de se considerar os custos marginais próprios dessas externalidades, conforme já dissemos nesta instrução. O art. 42 do Código de Mineração estabelece:

Art. 42. A autorização será recusada, se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do Governo. Neste último caso, o pesquisador terá direito de receber do Governo a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, uma vez que haja sido aprovado o Relatório.

126. Ainda no que diz respeito à utilidade pública das vias de transportes, note que o disposto no art. 3º, § 1º, do Código de Mineração não está dirigido exclusivamente às obras realizadas por entidades públicas. Com efeito, nada há ali que mencione obra pública. Note que o legislador prescindiu a personalidade jurídica, pública ou privada, a qual se destina do comando legal, preferindo dar ênfase à utilidade tida como de interesse público.

127. Caso um concessionário necessite realizar abertura de rodovias, ferrovias, ou outra via de transporte qualquer, e desde que exista manifesto interesse público na obra, materializado na forma de decreto expedido pelo Presidente da República, segundo competência atribuída a ele no art. 84, inciso IV, da Constituição, fica caracterizada a derrogação que incide sobre o regime jurídico privado dos bens minerais pertencentes à União.

128. Como se verá adiante, no ordenamento jurídico sobejam disposições normativas a indicar a utilidade pública das vias de transportes. Foi mencionada neste estudo até mesmo a

utilidade pública das vias de transportes de sinais eletromagnéticos, mormente no espectro de radiofrequência.

129. Neste ponto da instrução faz-se necessária uma digressão para o desenvolvimento da argumentação que virá. Há muito o entendimento acerca do domínio sobre as margens dos rios navegáveis encontra-se pacificado pela Súmula 479 do Supremo Tribunal Federal:

“As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização”.

130. Acerca da referida súmula, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona (Di Pietro, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo/Atlas. 2004. p. 605-606):

(...) parte o STF do pressuposto de que, na tradição do nosso direito, os terrenos marginais sempre foram do domínio público, de modo que o único título hábil para a sua transferência para o domínio privado é a concessão pelo poder público

(...)

Há uma presunção em favor da propriedade pública, devido à própria história das terras no Brasil: Todas pertenciam à coroa. Essa presunção se desfaz nos casos concretos em que particulares demonstrem que receberam essas terras por concessão (aforamento) do Poder Público. Nesses casos, serão particulares: se a concessão foi feita antes da Lei 1507, de 1867, tais terrenos estarão livres da servidão; se a concessão foi feita posteriormente, estarão onerados com a servidão de trânsito instituída por essa lei, visando o aproveitamento industrial das águas e de energia hidráulica, bem como utilização da navegação do rio (grifou-se).

131. Não há dúvida quanto ao fato de a Súmula 479 pacificar o entendimento acerca do domínio da União sobre as margens dos rios navegáveis. Aquilo que resta menos perceptível, por não dizer apagado, é o entendimento que ela carrega no tocante a reafirmar a utilidade pública da via de transporte navegável, além de outras utilidades.

132. Ainda com relação à Súmula 479 do STF, Arnaldo Rizzardo menciona o notável estudo da lavra de Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, que formulou o seguinte argumento utilizado em favor do domínio público dos terrenos reservados (Rizzardo, A. *Servidões*. 2ª ed. Rio de Janeiro/Forense. 2014. p.259):

O rio, para existir como tal, deve compreender não só as águas como o leito e as margens, internas ou ribanceiras, e externas ou terrenos reservados. Sendo públicas as águas, públicos serão também o leito e as margens. Por conseguinte, ao se classificar como público determinado rio, implicitamente se atribui domínio público ao leito e às margens.

133. Concluída a digressão, aproveita-se argumento acima no presente estudo. Atendo-se à importância implícita que a Súmula 479 do STF confere à utilidade pública da via de transporte fluvial, há que se reconhecer o seguinte: se a água é o elemento defluente dessa via, é consequência lógica que se considere as margens e a calha do rio – impregnados de seus caracteres topográficos – como os elementos que dão suporte físico a existência dessa via, possibilitando o próprio deflúvio.

134. Na Súmula 479 do STF discutiu-se acerca da titularidade dos meios de suporte físico de vias fluvialmente navegáveis. A argumentação empregada nos precedentes da súmula, ainda assim, comporta aplicação para vias de transporte terrestre, se tomada pelo sentido da utilidade que recai sobre esses bens públicos.

135. No segmento do transporte aéreo, por exemplo, o art. 15 da Lei 7565/86 faculta à autoridade aeronáutica, no interesse público, fixar zonas e rotas de tráfego aéreo. Ora, as rotas aéreas controladas nada mais são do que vias de transportes. Nesse modal de transporte, a existência da via depende do ar; mas cuide-se que não se trata do ar enquanto sinônimo de espaço ou de lugar geométrico, mas como sinônimo de fluido, de coisa dotada de materialidade.

136. O elemento de suporte da via de transporte aérea é esse fluido, tido como bem essencialmente público do ponto de vista econômico. Também o é sob aspecto jurídico, pois até o momento não há conhecimento de decisão que tenha atribuído a particular o direito de propriedade sobre o fluido atmosférico. Sem a existência desse fluido, o ar, não existiriam as condições físicas para sustentação aerodinâmica das aeronaves. Sem condições físicas para o deslocamento dessas naus, a própria via de transporte não existiria.

137. Subjacente ao entendimento da Súmula 479 do STF está a perspectiva de enxergar o bem em seu conjunto, aplicando-se lhe a seguinte máxima: “unidade da coisa, unidade do direito”. Ensinam os doutrinadores que tal máxima é influência do direito germânico. Nos termos do §93 do Código Civil alemão, as partes de uma coisa que não possam ser separadas umas das outras sem que uma ou outra se destrua ou sofra uma modificação funcional não poderão ser objeto de direito próprio, denominando-as, por isso, ‘partes integrantes’ ” (Marrara, T. *Bens Públicos: Domínio Urbano, Infraestruturas*. Belo Horizonte/Fórum editora. 2007, p.177).

138. No contexto da execução de obras rodoviárias, a movimentação de terra e obtenção dos recursos minerais de que trata o Código de Minas tem por objetivo uma utilidade pública na forma de via de transporte. O art. 20, inciso I, da Constituição Federal afirma que são bens da União aqueles que lhes vierem a ser atribuídos. Já o art. 99, inciso I, do Código Civil, dispõe que as estradas são bens de uso comum.

139. Conjuminando esses dois dispositivos, e ante a presunção de que não se concebe a implantação de vias de federais transportes em áreas nas quais a União porventura não detenha a titularidade da terra, constata-se que as rodovias são bens da União, de uso comum, e consequentemente inalienáveis. Frise-se que a presunção mencionada neste parágrafo, não é descabida, encontrando amparo nas garantias fundamentais asseguradas pela Constituição aos indivíduos: o direito de propriedade e o direito à previa e justa indenização nos casos de desapropriação.

140. Ora, sendo a rodovia bem inalienável, também inalienável será a terra (entenda-se aqui o solo ou recurso mineral) que dá suporte físico a essa infraestrutura, pois o conceito primário de rodovia é o de um leito trafegável constituído por camadas compactadas de recursos minerais compactadas. É irrelevante, em todo caso, saber se esse recurso mineral necessário ao suporte foi obtido dentro da faixa de domínio da rodovia, ou fora dela, nas chamadas áreas ou caixas de empréstimo concentrado. Desse modo, se por algum motivo técnico, a exemplo da necessidade de remoção de solos moles, for imprescindível recorrer às caixas de empréstimo concentrado para a obtenção de solo que dê suporte à via, esse recurso mineral obtido estará, efetivamente, fora do comércio jurídico privado.

141. Essa conclusão será utilizada como contraponto aos argumentos presentes na Nota Técnica trazida aos autos pelo DNIT (peça 250).

142. De modo algum se está a afirmar que os recursos minerais são bens de usos comum. Com efeito, entende-se que afetação formal do bem dominical contida no art. 3º, § 1º do Código de Mineração faz situar os recursos minerais da União na categoria de *res extra commercium*, sempre que esse recurso for empregado para obter, na condição de parte integrante de outro bem da União, uma utilidade concernente à abertura de vias federais de transportes.

143. Os recursos minerais da União, enquanto bens vinculados à construção e manutenção de rodovias federais, estando a elas unidos dentro de uma lógica técnica, construtiva, e de natureza essencial, posto que são insubstituíveis para a finalidade de abertura de vias, só podem ser examinados, como um todo íntegro, independente de uma relação bem principal/bem acessório.

144. Portanto, para o propósito de construção e de manutenção de rodovias federais, os recursos minerais, objetos de direito real da União, são bens que estão fora do comércio jurídico

privado. Nessa hipótese, a União, em observância ao princípio da função social da propriedade, confere ao bem mineral uma utilidade pública que supera àquela resultante da exploração econômica de insumos para uso imediato em outros setores da construção civil.

145. Foi dito anteriormente que a legislação é farta ao atribuir utilidade pública às vias de transportes. Veja o caso da Lei 10.233/2001. Ao tratar das concessões para a exploração de serviços de infraestrutura de transportes, o legislador explicitou (art. 35, inciso XII), entre as cláusulas essenciais ao contrato, aquela que estabelece os procedimentos e responsabilidades relativos à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão, de bens imóveis necessários à prestação do serviço ou execução de obra pública.

146. Ainda na lei mencionada no parágrafo anterior, o interesse público intrínseco à infraestrutura viária nacional está expresso no art. 82, que define as atribuições do DNIT.

Art. 82. São atribuições do DNIT, em sua esfera de atuação:

(...)

IX – declarar a utilidade pública de bens e propriedades a serem desapropriados para implantação do Sistema Federal de Viação;

147. A Lei 9.785/99, por exemplo, estabelece se tratar de caso de utilidade pública, entre outros, a abertura, conservação e melhoramentos de vias. Essa lei alterou a redação do Decreto-Lei 3.365/1941, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública.

148. Ante todo o exposto, entende-se correto o entendimento a que chegou o Tribunal no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, tendo, para isso, o amparo do voto fundador da decisão, do qual reproduzimos o excerto seguinte (peça 20, p.2):

Está claro, pois, que o material destinado a empréstimo em obras públicas não está sujeito à concessão de título mineral, não podendo, outrossim, em nenhuma hipótese, ser comercializado. Registro, por oportuno, que consta do trabalho elaborado no âmbito da UERJ, declarações emitidas por órgão regional do DNPM do enquadramento das jazidas na exceção legal do § 1º do art. 3º do Decreto-lei nº 227/1967 (grifou-se).

149. Não há fundamento para assentir com a tese de exploração não expressamente regulada dos recursos minerais. A exploração deve ocorrer na forma de concessão e autorização, incidindo um regime jurídico privado, no caso ordinário da atividade de mineração regulada pelo Código de Minas. A segunda possibilidade de utilização implica a extra comercialidade dos recursos minerais, hipótese na qual somente serão destinados à abertura da via de transporte. Entende-se que sob hipótese alguma, além daquelas previstas no Código de Minas, haverá que se falar em exploração mineral, caso se queira evitar incorrer em crime de lavra clandestina, ou crime contra a ordem econômica, notadamente a usurpação de bens da União.

#### **Da Servidão administrativa:**

150. A questão do adequado tratamento da indenização de jazida exige o emprego dos institutos jurídicos previstos no ordenamento vigente. O instituto da servidão administrativa já foi abordado nestes autos (peça 18, p. 3). No caso da abertura de vias de transportes, a servidão administrativa tem o propósito de garantir do direito de acesso da União a um bem que lhe pertence, e que jaz abaixo da superfície privada.

151. No âmbito do DNIT, é fato que a Autarquia estabeleceu, na sua norma IPR 746, as diretrizes básicas para os procedimentos de desapropriação. Todavia, a servidão administrativa deixou de ser ali tratada, em que pese ser instituto jurídico que encontra previsão no mesmo Decreto-Lei que dispõe sobre desapropriações para fins de utilidade pública.

152. Note que o Decreto-Lei 3.365/41, o qual a própria IPR 746 atribui destaque, estabelece o seguinte:

“Art. 40. O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei”.

153. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a servidão administrativa é o direito real que sujeita um bem específico e determinado a suportar uma utilidade pública, por força da qual ficam afetados, parcialmente, os poderes do proprietário quanto ao seu uso e gozo. (Mello. C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo/Malheiros. 2006, p.855).

154. Segundo Di Pietro, a servidão administrativa é o direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública (Di Pietro, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo/Atlas. 2004. p. 145).

155. Hely Lopes Meirelles afirmou que a servidão é o ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular, a fim de assegurar a realização e manutenção de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante a indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário. (Meirelles. H. L. M. *Direito de Construir*. 10 ed. São Paulo/Malheiros. 2011, p.181).

156. Dentre as definições trazidas anteriormente, é oportuno destacar aquela apresentada por Di Pietro, para quem a servidão administrativa é direito real sobre um bem afetado a uma utilidade pública. Essa ideia corrobora a argumentação exposta no tópico anterior desta instrução, que concluiu existir uma afetação formal dos recursos minerais do subsolo no caso de abertura de vias de transportes.

157. Instituem-se servidões em muitos setores ou atividades de interesse público. Esse instituto jurídico é empregado, por exemplo, na construção de linhas de transmissão elétrica, construções de aquedutos, canais, polidutos, minerodutos, cones de aproximação em aeroportos, na atividade de mineração. Se desconhece a utilização da servidão administrativa para obras de rodovias federais, embora exista previsão legal para instituí-la.

158. Nesse particular, atente o DNIT para a sua própria lei de criação. Com efeito, ao dispor, entre outros, sobre a reestruturação do transporte terrestre, o legislador, por intermédio da Lei 10.233/2001, exigiu que a Administração se utilize do instituto jurídico da servidão administrativa. O art. 35 da referida lei trata das cláusulas essenciais nos contratos de concessão para exploração dos serviços de infraestrutura: (grifou-se)

Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a:

(...)

XII – procedimentos e responsabilidades relativos à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão, de bens imóveis necessários à prestação do serviço ou execução de obra pública;

159. Tem-se, aqui, a clara preocupação do legislador quanto à asseguarção das condições essenciais para execução da obra ou prestação do serviço por parte do concessionário privado, especialmente no que se refere à condução das questões jurídicas e judiciais ligadas ao direito de propriedade.

160. Ora, se o legislador cuidou para que essas condições fossem asseguradas ao concessionário privado, isso apenas vem corroborar a assertiva feita no início deste tópico, que reclamou do DNIT a utilização do seu poder dever de instituir a servidão administrativa. Nesse particular, trazemos o entendimento contido na já mencionada obra de Di Pietro, para quem o poder dever não é mera faculdade exercida ao alvedrio do administrador público, mas se trata de um poder irrenunciável que deve ser exercido.

161. Marcello Caetano, *apud* Arnaldo Rizzardo, expõe a finalidade da servidão administrativa e sua relação com a *res extra commercium*. (Rizzardo, A. *Servidões*. 2ª ed. Rio de Janeiro/Forense. 2014. p.245)

“(...) As servidões administrativas tendem, unicamente, a facilitar a produção da utilidade pública dos bens do domínio que, estando fora do comércio privado, não têm valor venal (...)” (grifou-se).

162. A afirmação acima sintetiza o que se defendeu até aqui. Os recursos minerais da União destinados a utilidade pública concernente à abertura de via de transportes estão fora do comércio privado, e o acesso a esse bem reclama o emprego do instituto da servidão administrativa.

163. Francisco Pontes de Miranda, *apud* Arnaldo Rizzardo, apresentou entendimento do qual nos valem, agora, para corroborar a discussão anterior que fizemos acerca das jazidas e recursos minerais da União à luz do Código Civil, mormente quanto aos atributos do direito de propriedade (Rizzardo, A. *Servidões*. 2ª ed. Rio de Janeiro/Forense. 2014. p.247).

“Em se tratando de servidões, a desapropriação, em geral, não envolve o apossamento, pelo Estado, de todos os direitos sobre o imóvel. É possível desapropriar apenas o elemento do direito de propriedade, *v.g.* o direito de usufruto, o direito de uso, elemento da servidão” (grifou-se).

164. A interpretação conjunta dessas duas transcrições há de conduzir ao corolário da conclusão já expressa anteriormente: a de que a concessão de título de exploração minerária não quita da União a propriedade dos recursos minerais. Com efeito, no campo do direito minerário afirmou-se que a União abre mão somente do direito de usufruir do seu bem, e o fazê-lo – por dever de observar o princípio da função social propriedade – recebe uma compensação financeira em troca da cessão desse direito de usufruto.

165. Pois bem, nas citações indiretas à Pontes de Miranda e à Marcello Caetano, vê-se que na servidão administrativa retira-se do proprietário, em geral, apenas o direito de usufruto do bem, de modo que, cumprindo o princípio da função social da propriedade, possa a cessação desse direito permitir a produção de uma utilidade pública, devendo o proprietário ser indenizado pelos prejuízos eventualmente suportados em virtude dessa limitação do direito de usufruto.

166. No tocante ao tema da indenização, apresenta-se o seguinte entendimento da obra de Hely Lopes Meirelles (Meirelles, H. L. *Direito de Construir*. 10ª ed. São Paulo/Malheiros editores. 2011. p.184).

A indenização da servidão administrativa abrange unicamente os efetivos prejuízos ocasionados à propriedade serviente com o serviço público nela realizado e sua manutenção. Não se indeniza o imóvel, que continua no domínio e posse do particular, mas tão somente os danos a ele causados com a implantação do serviço público a que se destinou a servidão. Se a servidão não causou prejuízo econômico à propriedade particular, o Poder Público nada terá que indenizar.

Quando devida a indenização, será objeto de avaliação judicial ou composição amigável, como se procede nas desapropriações (Decreto-Lei 3.365/1941, art. 40), levando-se em consideração o prejuízo real suportado pela propriedade serviente, inclusive a desvalorização acarretada ao imóvel em face de sua normal destinação econômica ou e suas finalidades recreativas. A quantificação dos prejuízos, portanto, só pode ser feita caso a caso, tendo-se em vista a modalidade e o ônus da servidão, bem como as peculiaridades do imóvel e as limitações impostas à sua normal utilização. Se a servidão impedir total ou substancialmente a exploração da propriedade e o direito de construir, o caso será de desapropriação, pois o ônus de uma servidão não pode chegar ao extremo de interditar a fruição do bem serviente (grifou-se).

167. O Superior Tribunal de Justiça – STJ, ao julgar o Recurso Especial 857.596 - RN, conformou, amparado em referências doutrinárias, o entendimento jurisprudencial alusivo às formas de constituição da servidão administrativa, cabendo em qualquer das formas admitidas, a indenização correspondente à justa reparação dos prejuízos e das restrições ao uso do imóvel, como ocorre com a desapropriação indireta.

168. Para Arnaldo Rizzardo, a instituição da servidão administrativa confere, em termos, direito à indenização por restrição ao direito de usufruto propriedade. O autor concorda com o entendimento de Hely Lopes Meirelles, transcrevendo o seguinte trecho de artigo desse doutrinador (Rizzardo, A. *Servidões*. 2ª ed. Rio de Janeiro/Forense. 2014. p.250).

A indenização não será da propriedade, mas sim dos danos ou prejuízos que o uso dessa propriedade pelo poder público efetivamente causar ao imóvel serviente. Se desse uso público não resultar prejuízo ou dano à propriedade, a administração nada terá que indenizar. Só o exame específico de cada caso particular poderá indicar se haverá ou não prejuízo a compor na servidão administrativa que vier a ser instituída (grifou-se).

169. Esse mesmo entendimento professa Di Pietro. Segundo ela, quando a servidão decorre de acordo ou de decisão judicial, a regra é a indenização, porque o proprietário sofre um prejuízo em benefício da coletividade. Nessas situações a indenização terá que ser calculada em cada caso concreto, para que se demonstre o prejuízo efetivo. Se esse não existiu, não há o que indenizar. (Di Pietro, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo/Atlas. 2004. p. 148) (grifou-se).

170. Ante o exposto até aqui, e particularmente neste tópico da instrução, entende-se que há elementos suficientes para concluir pela imprecisão terminológica da expressão “indenização de jazida” contida no Sicro 2. O que efetivamente ocorre nas obras rodoviárias orçadas pelo Sicro-2 é o pagamento de material por unidade de metro cúbico, algo que não se coaduna com a indenização.

171. É necessário que as coisas recebam a denominação condizente com aquilo que elas realmente são na essência. A imprecisão terminológica, malgrado pareça assunto de menor importância para o propósito deste estudo, faculta equívocos conceituais que concorrem para a inobservância de preceitos jurídicos aos quais se sujeitam os bens públicos utilizados para a abertura e manutenção das vias de transportes.

172. Nesse sentido, o termo “indenização de servidão” parece traduzir adequadamente aquilo que realmente deveria ser a “indenização de jazida” do Sicro 2. Com efeito, não perca de vista que a indenização de jazida do Sicro-2 refere-se à remuneração de material obtido em caixas de empréstimo concentrado. O que de fato está em questão é a indenização por eventuais danos à superfície, e não a aquisição de material. Necessário que se dê ao item em exame tratamento consentâneo com a natureza jurídica do instituto da indenização, cessando o entendimento vigente de tê-lo à conta de material (código M980) pago por unidade de metro cúbico.

173. A imprecisão terminologia obscurece, ainda, a compreensão de uma outra possibilidade jurídica da qual não tem se valido a Autarquia responsável pela construção e manutenção de rodovias federais. Com efeito, quanto ao termo “indenização de jazida”, não há que se falar em aboli-lo, mas de utilizá-lo em acepção estrita, dentro do contexto geral a que se submetem todos os demais bens e propriedades necessários à implantação do Sistema Nacional de Viação – SNV. Por força do disposto no art. 82, inciso IX, da Lei 10.233/2001, é possível que o DNIT tenha que lançar mão da indenização de jazida legalmente concedidas. Note que essa hipótese difere bastante daquela indenização de jazida hoje concebida pelo Sicro 2. Em um caso, trata-se de indenizar o dano a superfície. No outro, tem-se a indenização do título de lavra, bem dotado de valor econômico segundo jurisprudência do STF.

174. Havendo a necessidade de indenizar jazida com título de lavra legalmente concedidos, deve-se proceder como ordinariamente se faz para a desapropriação de qualquer bem, iniciando com a prévia declaração de utilidade pública do bem. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema considera indenizáveis somente jazidas com título de lavra concedido. Entende-se aqui oportuno mencionar os julgamentos dos Recursos Extraordinários 315.135-5-RS, 140.254-SP, 189.964-6-SP.

175. Para a hipótese de indenização de jazidas com títulos concedidos, não há óbice de natureza metodológica a impedir que, no exercício da competência que a Lei 10.233/2001 lhe

atribuí, possa o DNIT obter a avaliação desses bens para fins de desapropriação. A Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, possuiu editada norma técnica com as diretrizes para a valoração de recursos naturais. Trata-se da norma ABNT 14653-6, inclusive referenciada no Normativo IPR 746 daquela Autarquia Federal. Note que no caso concreto, o convênio TT-262/2007-00, celebrado entre o DNIT e a SEOBRAS/RJ para a construção do arco metropolitano do Rio de Janeiro, tem como fundamento legal as disposições da Lei 8666/93. Nesse diploma legal, vale lembrar, a observância às normas técnicas da ABNT está imposta.

176. A literatura técnica, farta em publicações sobre engenharia de avaliações, consagra o método da renda para avaliação de jazidas minerais, nele utilizando, via de regra, as fórmulas de *Hoskold*, de *Inwood* ou de *O'Donahue* para obtenção do valor presente da jazida. (Moreira, A.L. *Princípios de Engenharia de Avaliações*. 5ª ed. São Paulo/Pini. 2001. p.305-317) (Abunahman, S.A. *Curso Básico de Engenharia Legal de Avaliações*. 2ª ed. São Paulo/Pini. 2000. p.248-252).

177. Quanto à indenização por servidão, equivocadamente chamada indenização de jazida no Sicro 2, encontra também aquela, amparo no art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal.

178. Já foi dito anteriormente que os preceitos afastados pelo art. 3º, § 1º, do Código de Mineração são aqueles concernentes à natureza privada dos recursos minerais, notadamente o seu traço de comercialidade. Entende-se que não há razão para presumir afastado o código em sua inteireza. Assim, atente-se para aquilo que preceitua o Código de Mineração no art. 60, que trata da indenização por servidão.

Art. 60 Instituem-se as Servidões mediante indenização prévia do valor do terreno ocupado e dos prejuízos resultantes dessa ocupação”.

(...)

§ 2º O cálculo da indenização e dos danos a serem pagos pelo titular da autorização de pesquisas ou concessão de lavra, ao proprietário do solo ou ao dono das benfeitorias, obedecerá às prescrições contidas no Artigo 27 deste Código, e seguirá o rito estabelecido em Decreto do Governo Federal.

179. A remissão para o art. 27 do Código de Mineração permite concluir pela existência de duas parcelas na indenização da servidão minerária. O montante a ser pago possuiu uma componente de renda e outra indenizatória.

Art. 27. O titular de autorização de pesquisa poderá realizar os trabalhos respectivos, e também as obras e serviços auxiliares necessários, em terrenos de domínio público ou particular, abrangidos pelas áreas a pesquisar, desde que pague aos respectivos proprietários ou posseiros uma renda pela ocupação dos terrenos e uma indenização pelos danos e prejuízos que possam ser causados pelos trabalhos de pesquisa, observadas as seguintes regras:

I - A renda não poderá exceder ao montante do rendimento líquido máximo da propriedade na extensão da área a ser realmente ocupada;

II - A indenização por danos causados não poderá exceder o valor venal da propriedade na extensão da área efetivamente ocupada pelos trabalhos de pesquisa, salvo no caso previsto no inciso seguinte;

III - Quando os danos forem de molde a inutilizar para fins agrícolas e pastoris toda a propriedade em que estiver encravada a área necessária aos trabalhos de pesquisa, a indenização correspondente a tais danos poderá atingir o valor venal máximo de toda a propriedade;

180. Nesse sentido, é cabível a indenização pela ocupação e pelos danos eventualmente provocados ao proprietário ou posseiro. Não há que se falar em lacuna normativa. O fato de os recursos minerais serem empregados para a utilidade concernente à abertura de via de transportes não desobriga a Administração do dever de indenizar. À servidão aplicam-se, no que couber, as

mesmas disposições do Decreto 3.365/1941 e, quando utilizada, deve ser precedida de ato declaratório de utilidade pública.

181. O Código de Mineração explicita que o montante da parcela indenizatória não poderá exceder o valor venal da área ocupada. Nesse particular, há que se recorrer às disposições do Código Tributário Nacional – CTN, bem como às disposições da Lei 9393/1996 e do Decreto 4.382/2002.

182. Relativamente à propriedade territorial urbana, o art. 33 do CTN (Lei 5.172/1966) estabelece que o valor venal é aquele que constitui a base de cálculo do IPTU. O fato gerador desse imposto é a propriedade, o domínio ou a posse de imóvel, segundo dispõe o art. 32 do CTN.

183. O imposto territorial rural - ITR tem como fato gerador a propriedade, domínio útil ou a posse de imóvel localizado fora da zona urbana do município, segundo dispõe o art. 1º da Lei 9.393/1996 e o art. 2º do Decreto 4.382/2002.

184. Esse mesmo Decreto estabelece que a base de cálculo do ITR é o valor da terra nua.

Art. 32. O Valor da Terra Nua - VTN é o valor de mercado do imóvel, excluídos os valores de mercado relativos a (Lei nº 9.393, de 1996, art. 8º, § 2º, art. 10, § 1º, inciso I):

I - construções, instalações e benfeitorias;

II - culturas permanentes e temporárias;

III - pastagens cultivadas e melhoradas;

IV - florestas plantadas.

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

186. Interessante mencionar que o valor da terra nua, segundo dispõe o art. 8º, §2º, da Lei 9.393/1996, resulta ser uma auto avaliação do preço de mercado que o proprietário faz de seu bem. Note, ainda, que a isenção ou imunidade do tributo não significa que o imóvel não tenha valor de mercado.

187. Uma vez conhecido o valor da terra nua, a literatura preconiza, para fins de cálculo do valor da indenização por servidão, o emprego do método conhecido como “antes e depois”, que consiste em estimar a diferença de valor da propriedade considerada antes e depois das melhorias propostas pelo poder público.

188. Oportuno reproduzir as palavras do Engenheiro Alberto Lélío Moreira acerca da diferença obtida pela aplicação do método do antes e depois (Moreira, A.L. *Princípios de Engenharia de Avaliações*. 5ª ed. São Paulo/Pini. 2001. p.300)

Observe que essa diferença pode ser positiva, nula ou mesmo negativa. A diferença nula significa que o prejuízo que sofre o expropriado iguala os benefícios que vai receber, enquanto a negativa exprime que ele estará recebendo benefícios especiais além do valor da parte perdida.

No caso de benefícios especiais, a legislação não permite cobrá-los do expropriado, mas somente tornar nula a indenização a ser paga, embora, em alguns estados, já haja legislação cobrando uma “taxa de melhoria” dos imóveis beneficiados pelas obras realizadas pelo poder público em suas vizinhanças (grifou-se).

189. O método do antes e depois é coerente com o entendimento doutrinário que assevera que a indenização por servidão deve se referir aos danos efetivamente suportados. Observa-se, na

transcrição acima, a incorporação do conceito de externalidade positiva (aumento do patrimônio) gerado pela execução da via de transporte.

190. Com amparo em métodos citados na literatura técnica, encontra-se jurisprudência dos tribunais fixando a indenização em termos de percentuais sobre o valor da área efetivamente onerada pela servidão. É o caso, por exemplo, da decisão tomada pela 3ª Turma do TRF-1 que julgou, em 13/4/2013, a apelação cível nº 970, AC 2003.30.00.000970, cuja ementa está reproduzida a seguir

Administrativo. Servidão administrativa. Linha de transmissão de energia elétrica. Perícia. Indenização. Incidência sobre a faixa expropriada.

1. Não há transferência de domínio para o poder público da faixa da propriedade sujeita à servidão administrativa consistente em passagem de linha de distribuição de energia elétrica.
2. O valor da indenização deverá consistir em percentual a ser aplicado sobre o valor da faixa de terra desapropriada, e não sobre o valor de toda a propriedade, a não ser que a integralidade do imóvel sofra limitação no seu uso, o que não é o caso dos autos.
3. A indenização em 30% sobre o valor da área efetivamente expropriada atende ao critério da justa indenização.
4. Provimento do apelo da União e da remessa tida por interposta.

191. A indenização, com base na jurisprudência pesquisada, não supera trinta e três por cento do valor da área onerada. Essa assertiva se funda nas seguintes decisões: Apelação cível nº 1439, AC 2002.30.00.001439, 4ª Turma TRF-1, AC 94.01.30555-2/MG TRF-1, AC 91.01.14941-5/MG TRF-1, REO 90.01.16269-0/MG TRF-1; REO 91.01.13352-7/MG TRF-1.

192. A jurisprudência pesquisada refere-se à servidão administrativa para linhas de transmissão, que nada mais é do que uma via de transporte de corrente elétrica. Isso corrobora toda a argumentação até aqui desenvolvida. Primeiro por reafirmar a noção de utilidade do bem público (o potencial de geração de energia). Segundo por que enxerga a utilidade do bem público em todo o seu conjunto, pois não se pode fruir do potencial elétrico sem, por exemplo, a linha de transmissão. Terceiro por que própria indenização reafirma o caráter de utilidade pública da via de transporte de corrente elétrica, posto que não há de se falar em indenização sem a existência de declaração prévia de utilidade pública.

193. A jurisprudência, ademais, deixa claro que os percentuais fixados – os quais na prática têm se mostrado inferiores a trinta e três por cento – já levam em conta riscos, restrições e incômodos ao proprietário decorrentes da instalação da linha de transmissão ou via de transporte.

194. No caso da utilização de recursos minerais para de abertura de rodovias, por exemplo, torna-se imperativo levar em consideração o fato de a restrição possuir natureza temporária, cessando tão logo a rodovia esteja concluída. Ademais, via de regra a conclusão da obra acarreta o aumento do preço das propriedades adjacentes.

195. Os riscos e incômodos mencionados na jurisprudência se referem, entre outros, aos efeitos indução, restrição para construir ou desenvolver atividades pastoris sob a linha, riscos de falha no isolamento ou aterramento das torres de transmissão e probabilidade de descargas atmosféricas de construção. No caso de abertura de rodovias, observe que os gravames sofridos pelo proprietário do imóvel serviente são consideravelmente menores em sua extensão temporal.

196. No caso concreto da obra do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, somente para que quede assente a ordem de grandeza que deveria estar envolvida na indenização de jazida, apresenta-se, a seguir, o anexo à Resolução 73, de 3/8/2009, da Secretaria de Estado de Agricultura, Pecuária, Pesca e Abastecimento do estado do Rio de Janeiro. A resolução, publicada no Diário Oficial do estado do Rio de Janeiro, em 7/8/2009, apresenta o valor da terra nua – VTN nos municípios fluminenses.

Tabela 1: Valor da terra nua no em municípios do estado do Rio de Janeiro

**PREÇO DE TERRA NUA, REFERENTE AO ANO DE 2008, NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
- Posição em Janeiro de 2009 -**

Municípios	R\$/hectare	Municípios	R\$/hectare
Angra dos Reis	1.000,00	Nilópolis	1.500,00
Aperibé	1.100,00	Nova Friburgo	1.800,00
Araruama	1.500,00	<b>Nova Iguaçu</b>	<b>1.500,00</b>
Areal	1.000,00	Paracambi	1.500,00
Armação dos Búzios	1.500,00	Paraíba do Sul	1.000,00
Arraial do Cabo	1.500,00	Parati	1.000,00
Barra do Pirai	1.200,00	Paty do Alferes	1.000,00
Barra Mansa	1.200,00	Petrópolis	1.500,00
Belford Roxo	1.500,00	Pinheiral	1.200,00
Bom Jardim	1.800,00	Pirai	1.200,00
Bom Jesus do Itabapoana	1.300,00	Porciúncula	1.100,00
Cabo Frio	1.500,00	Porto Real	1.200,00
Cachoeiras de Macacu	1.800,00	Quatis	1.000,00
Cambuci	1.300,00	Queimados	1.500,00
Campos dos Goytacazes	2.000,00	Quissamã	2.000,00
Cantagalo	1.300,00	Resende	1.200,00
Carapebus	2.000,00	Rio Bonito	1.800,00
Cardoso Moreira	1.300,00	Rio Claro	1.200,00
Carmo	1.200,00	Rio das Flores	1.200,00
Casimiro de Abreu	1.800,00	Rio das Ostras	1.500,00
Comendador Levy Gasparian	800,00	Rio de Janeiro (CPG)	1.800,00
Conceição de Macabu	1.800,00	Santa Maria Madalena	1.200,00
Cordeiro	1.300,00	Santo Antonio de Pádua	1.000,00
Duas Barras	1.500,00	São Fidélis	1.500,00
<b>Duque de Caxias</b>	<b>1.500,00</b>	São Francisco do Itabapoana	1.800,00
Engenheiro Paulo de Frontin	800,00	São Gonçalo	1.800,00
Guapimirim	1.800,00	São João da Barra	2.000,00
Iguaba Grande	1.500,00	São João de Meriti	1.500,00
Itaboraí	1.800,00	São José de Ubá	1.300,00
<b>Itaguaí</b>	<b>1.500,00</b>	São José do Vale do Rio Preto	1.400,00
Italva	1.300,00	São Pedro d'Aldeia	1.500,00
Itaocara	1.100,00	São Sebastião do Alto	1.200,00
Itaperuna	1.300,00	Sapucaia	1.000,00
Itatiaia	800,00	Saquarema	1.500,00
<b>Japeri</b>	<b>1.500,00</b>	<b>Seropédica</b>	<b>1.500,00</b>
Laje do Muriaé	1.000,00	Silva Jardim	1.800,00
Macaé	2.000,00	Sumidouro	1.200,00
Macuco	1.300,00	Tanguá	1.800,00
Magé	1.800,00	Teresópolis	1.500,00
Mangaratiba	1.500,00	Trajano de Moraes	800,00
Maricá	1.500,00	Três Rios	1.000,00

Mendes	800,00	Valença	1.200,00
Mesquita	1.500,00	Varre Sai	1.000,00
Miguel Pereira	1.000,00	Vassouras	1.200,00
Miracema	1.000,00	Volta Redonda	1.300,00
Natividade	1.100,00		

Anexo à portaria SEAPPA nº73. D.O. do estado do Rio de Janeiro. Ano XXXV – Nº142 – Parte I. 7/8/2009

197. Baseado nessa tabela, e usando a concepção utilizada pelo DNIT para tratar a indenização de jazida, é possível se ter uma noção da ordem de grandeza e da disparidade dos valores de indenização pretendidos na obra do Arco Metropolitano. Assumindo, conservadoramente, que em uma caixa de empréstimo concentrado de 1 (um) hectare se proceda um corte de 2 (dois) metros de profundidade, teríamos um volume geométrico de 20.000 m<sup>3</sup> (vinte mil metros cúbicos) de solo extraído dessa caixa. O estudo apresentado pela UERJ sugere a produção de volumes por hectare ainda maiores (peça 88, p.34). O valor da terra nua nos municípios atravessados pelo Arco Metropolitano do Rio, em 2008, era de R\$ 1500,00/ha. (mil e quinhentos reais por hectare). Daí resulta um preço da ordem de R\$ 0,075/m<sup>3</sup> (sete vírgula cinco centavos de real por metro cúbico de material). Se considerados maiores volumes extraídos das jazidas, o preço seria ainda menor.

198. No que se refere à parcela de renda de que trata o art. 27 do Código de Mineração, entende-se cabível que o seu valor seja apurado segundo o art. 17 do Decreto 59.566/66, que regulamentou a Lei 4.504/64 e o capítulo III da Lei 4.947/66. *In verbis*:

Art 17. Para cálculo dos preços de arrendamento em cada imóvel rural, observar-se-ão, com base no inciso XII do art. 95 do Estatuto da Terra os critérios fixados nos parágrafos seguintes:

§ 1º Nos casos de arrendamento da área total do imóvel rural, a um ou mais arrendatários, a soma dos preços de arrendamento não pode ser superior a 15% (quinze por cento) do valor da terra nua, fornecido na Declaração de Propriedade de imóvel rural e aceito para o Cadastro de Imóveis Rurais do IBRA, constante do recibo de pagamento do imposto territorial rural (ITR)

§ 2º Nos casos de arrendamento parcial a um ou mais arrendatários, a soma dos preços de aluguel não poderá exceder a 30% (trinta por cento) do valor das áreas arrendadas, avaliado esse com base no valor do hectare declarado e aceito, para o Cadastro de imóveis rurais do IBRA.

199. Por fim, cabe mencionar o conteúdo de súmulas que tratam do cabimento de juros compensatórios na indenização por servidão administrativa:

“Na desapropriação para instituir servidão administrativa são devidos os juros compensatórios pela limitação de uso da propriedade”. (Súmula 56, de 29/9/1992. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ);

“No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão na ordenada pelo juiz, por motivo de urgência de 12% ao ano” (Súmula 164 do STF);

“Os juros compensatórios, na desapropriação, são calculados a taxa de 12% (doze por cento) ao ano”. (Súmula 110, de 27/4/1982. Tribunal Federal de Recursos - TFR).

200. Entende-se, enfim, que este estudo contém as diretrizes que devem ser observadas para conferir correto tratamento ao item “indenização de jazida (M-980)”, atualmente presente no Sicro 2.

### **Tópicos Complementares: A rigidez locacional e o princípio de prioridade:**

201. O termo rigidez locacional é empregado para expressar um determinismo que condiciona a atividade de mineração. Esse determinismo impõe que o empreendimento minerário seja instalado no local onde a natureza situou a ocorrência do mineral.

202. Particularmente quanto aos recursos minerais utilizados para a abertura de vias de transportes – agregados, saibros argilas e demais materiais de uso imediato na construção civil – forçoso reconhecer que não considerados *commodities*. Com relação a esses materiais, vem se juntar à rigidez locacional um fator de ordem econômica, traduzido pela constatação de que, em virtude do baixo valor unitário (preço por tonelada) desses bens minerais, a sua exploração, em termos econômicos, tem a sua viabilidade condicionada pela distância do mercado consumidor em relação à jazida.

203. O custo de transporte desses materiais torna-se primordial na formação do preço do produto no mercado. Uma distância de transporte de 50 km mais do que duplica o preço final do agregado (Anuário 2011 da Associação Nacional das Entidades de Produtores de Agregados para a Construção Civil – ANEPAC. Disponível em <http://anepac.org.br/wp/publicacoes/>. Capturado em 29/9/2014).

204. Segundo constou no relatório técnico da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI, o custo de transportes desses recursos minerais inviabiliza o comércio a grandes distâncias. Considera-se que, para a maior parte das regiões, as jazidas localizadas fora de um raio de 150 km do mercado consumidor têm a sua viabilidade econômica comprometida (Relatório Técnico 1. *Análise da Cadeia Produtiva de Agregados Minerais para Obras de Construção Civil e de Infraestrutura*. Revisor Técnico. Dr. Hildebrando Herrmann. Brasília/Inventta Consultoria, 2012. p.12) (<http://anepac.org.br/wp/wp-content/uploads/2011/05/ABDI-AGREGADOS-MINERAIS-RELATORIO-01.pdf>)

205. Portanto, além da condição que impõe ao empreendedor ter que instalar-se no local onde a natureza proporcionou a ocorrência mineral, temos a condição adicional que reclama a existência de mercado consumidor do bem mineral nas imediações da jazida.

206. Com relação ao princípio da prioridade, afirma Bruno Feigelson que tal princípio estabelece que as outorgas do direito de pesquisa, e posteriormente da lavra, devem respeitar uma ordem de chegada dos requerimentos feitos pelos interessados junto ao poder concedente, sendo o respeito a essa ordem de requisições o elemento gerador do direito de prioridade. (Feigelson, B. *Curso de Direito Minerário*. São Paulo/Saraiva. 2012. p. 95).

207. Ainda segundo esse último autor, o princípio da prioridade, que está positivado no art. 11 do Código de Mineração, se mostra o melhor meio para assegurar a isonomia na concessão de direitos de exploração aos particulares, sobrepujando-se àquela isonomia buscada pela via do procedimento licitatório.

208. Dissentimos do entendimento anterior apresentado por Feigelson. A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao conceituar os sistemas jurídicos concernentes à exploração e aproveitamento de jazidas, afirma que no sistema de ocupação o direito de exploração cabe àquele que descobrir a jazida, ou seja, o primeiro ocupante.

209. O princípio de prioridade guarda semelhança com a lógica do sistema de ocupação. Entretanto, segundo a Constituição de 1988, o aproveitamento econômico dos recursos minerais pertencentes à União deve ocorrer em sistema de concessão.

210. O princípio da prioridade reflete a regra da primeira posse, já utilizada para definir direitos de propriedade, por exemplo, no *commom law*. Referindo-se ao princípio da prioridade como regra da descoberta, Trindade *apud* Schüller *et al.*, afirma que a aplicação dessa regra remonta ao período colonial (Schüller, L. C.; Lima, P.C. R. & Pontes, R. C. M. *Um novo marco legal para o setor mineral*. Estudo Técnico. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Brasília, 2011. p. 26).

211. Para Schüller *et al*, o direito de prioridade é incompatível com o princípio constitucional da isonomia (Schüller, L. C.; Lima, P.C. R. & Pontes, R. C. M. *Um novo marco legal para o setor mineral*. Estudo Técnico. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Brasília, 2011. p. 26).

212. A regra da primeira posse aplica a seguinte máxima jurídica “o primeiro no tempo é o primeiro no direito” (Cooter, R. & Ulen, T. *Direito & Economia*. 5ª ed., Porto Alegre/Bookman editora. 2010, p.160).

213. Na obra mencionada no parágrafo anterior, os seus autores afirmam que a vantagem da regra da primeira posse reside meramente na simplicidade e baixo custo para os tribunais definirem o direito de propriedade ante uma disputa judicial.

214. Sem embargo, prosseguem os mesmos autores, do ponto de vista econômico a regra da primeira posse apresenta desvantagem econômica, pois contrariando a eficiência social, a regra cria estímulo para que pessoas dispostas a especular façam investimentos para a obtenção apenas do direito de exploração, comercializando o título em detrimento da produção da riqueza que jaz na propriedade. Quando o Estado concede direitos baseado no princípio da prioridade, cria-se incentivo para realização de investimentos que tão somente visam a obtenção do título. A eficiência econômica, contudo, diz respeito à produção da riqueza, e não à sua transferência. (Cooter, R. & Ulen, T. *Direito & Economia*. 5ª ed., Porto Alegre/Bookman editora. 2010, p.161).

215. Já foi afirmado neste estudo que o princípio da função social da propriedade deve ser observado também pela União com relação aos seus bens. Entende-se que a aplicação do princípio da prioridade, notadamente no que tange às obras para abertura de vias de transportes, dá ensejo à situação na qual o princípio da função social da propriedade deixa de ser atendido, favorecendo àquele particular que primeiro detiver informação acerca do traçado da via de transporte e dos resultados de sondagens e prospecção de jazidas levados a cabo na fase de estudos que antecedem a realização da obra.

216. Junte agora essas duas características da atividade de mineração: O princípio da prioridade e a rigidez locacional, que no caso de insumos destinados ao emprego na construção civil vem jungido do baixo valor unitário dos minerais, e consequentemente da necessidade de existência de mercado consumidor próximo à jazida. A assimetria de informação com relação à vindoura obra de abertura de vias de transporte enseja à busca precoce de títulos minerários. Essa busca pelo título ocorre em virtude das seguintes possibilidades: 1) Da perspectiva de indenização futura pela desapropriação do título minerário pelo poder público. 2) Ante a perspectiva de comercializar com o poder público, ou o concessionário encarregado da abertura da via de transporte, na hipótese de não de se levar a cabo a declaração de utilidade pública da jazida, para fins de desapropriação.

217. Diante disso, não há que olvidar-se da mencionada obra de Floriano Marques Neto. Para o professor, a função social dos bens inerentes ao patrimônio público só é plenamente atendida se forem aproveitadas todas as utilidades conciliáveis que possam ser suportadas pelo bem. Tal multiplicidade de aproveitamentos deve visar, entre outros, evitar que o valor subjacente ao acervo patrimonial da União seja amealhado exclusivamente pelos particulares.

218. Com efeito, também não se olvide que em caso de abertura de via de transportes mediante realização de obra pública, o estudo que indicou a viabilidade de uma jazida foi, em algum momento, custeado com recursos públicos desembolsados a título de contratação de projeto de engenharia ou de anteprojeto. É necessário que o ente público responsável pela contratação desses projetos atue para mitigar o risco de ocorrer a apropriação privada de informações custeadas com recurso público, levando o particular a se antecipar e onerar a jazida antes da realização da obra. Trata-se de aprimoramento da governança de informações.

219. Sobre os recursos minerais, a União possuiu direitos reais que devem ser exercidos em estrita observância ao princípio da função social da propriedade. Já foi citado anteriormente

entendimento de Hely Lopes Meirelles, que vê na propriedade o direito de usar, gozar e dela dispor, associado ao poder de reivindicá-la de quem a detenha injustamente.

220. Mormente quanto à detenção injusta, veja-se o seguinte aspecto doutrinário de relevo: Segundo Javier Hervada, injusto é a lesão, ou tudo aquilo contrário ao direito. Para o eminente jurista, todavia, é preciso existir a ação volitiva do homem orientada para dano ao direito. (Hervada, J. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. ed. 1, São Paulo/Martins Fortes editora. 2008. p. 177-180).

221. Ante a hipótese de assimetria de informações acerca da existência de mercado consumidor de materiais para uso imediato na construção civil, é cabível que se cogite, em outra instância, uma discussão acerca da injustiça eventualmente contida nos atos de concessão de direito de exploração de jazidas.

222. A figura 1, adaptada a partir do estudo intitulado *Panorama Mineral do Estado do Rio de Janeiro 2012*, produzido pelo Departamento de Recursos Minerais do estado do Rio de Janeiro, indica uma concentração de requerimentos de lavra junto a DNPM visando a exploração de saibro, argila, gnaïsse e areia em áreas situadas às margens do eixo da rodovia Arco Metropolitano do Rio.

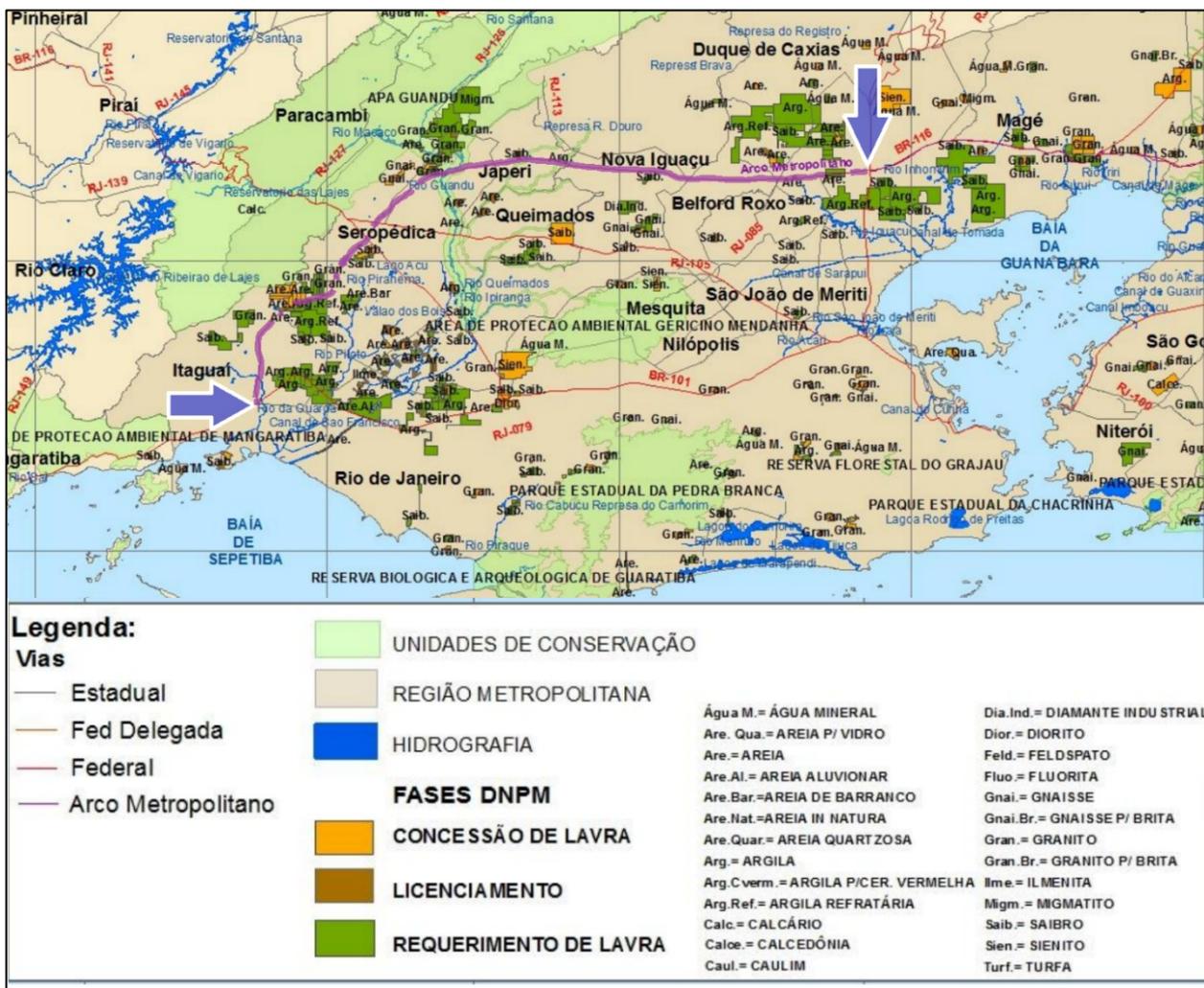
223. A figura 2, extraída do mesmo estudo, indica uma concentração de áreas oneradas para mineração de saibro nas regiões de Seropédica e Nova Iguaçu; concentração coincidente com o traçado do eixo do Arco Metropolitano. Acerca do emprego de saibro, o estudo afirma (*Panorama Mineral do Estado do Rio de Janeiro 2012*, p. 104/105. Disponível em <http://www.drm.rj.gov.br/>):

O saibro, devido às suas propriedades de plasticidade e relativa abundância, tem sido largamente empregado como reforços e sub-bases, ou ainda, em rodovias de baixo volume de tráfego como material de base (...). Apesar de apresentarem em geral ISC (índice de Suporte Califórnia) elevados, ou seja, baixo potencial de ruptura do subleito; podem mostrar elevada deformabilidade, devido à natureza mineralógica, devendo ser empregados com os devidos cuidados nesse caso (Rêgo,2008). **É utilizado também como material de empréstimo, isto é, para execução de aterros** (...) (grifou-se)

224. A figura 3 mostra uma poligonal onerada com requerimento de pesquisa de saibro. A área está situada a cerca de 50 metros da faixa de domínio da rodovia em construção.

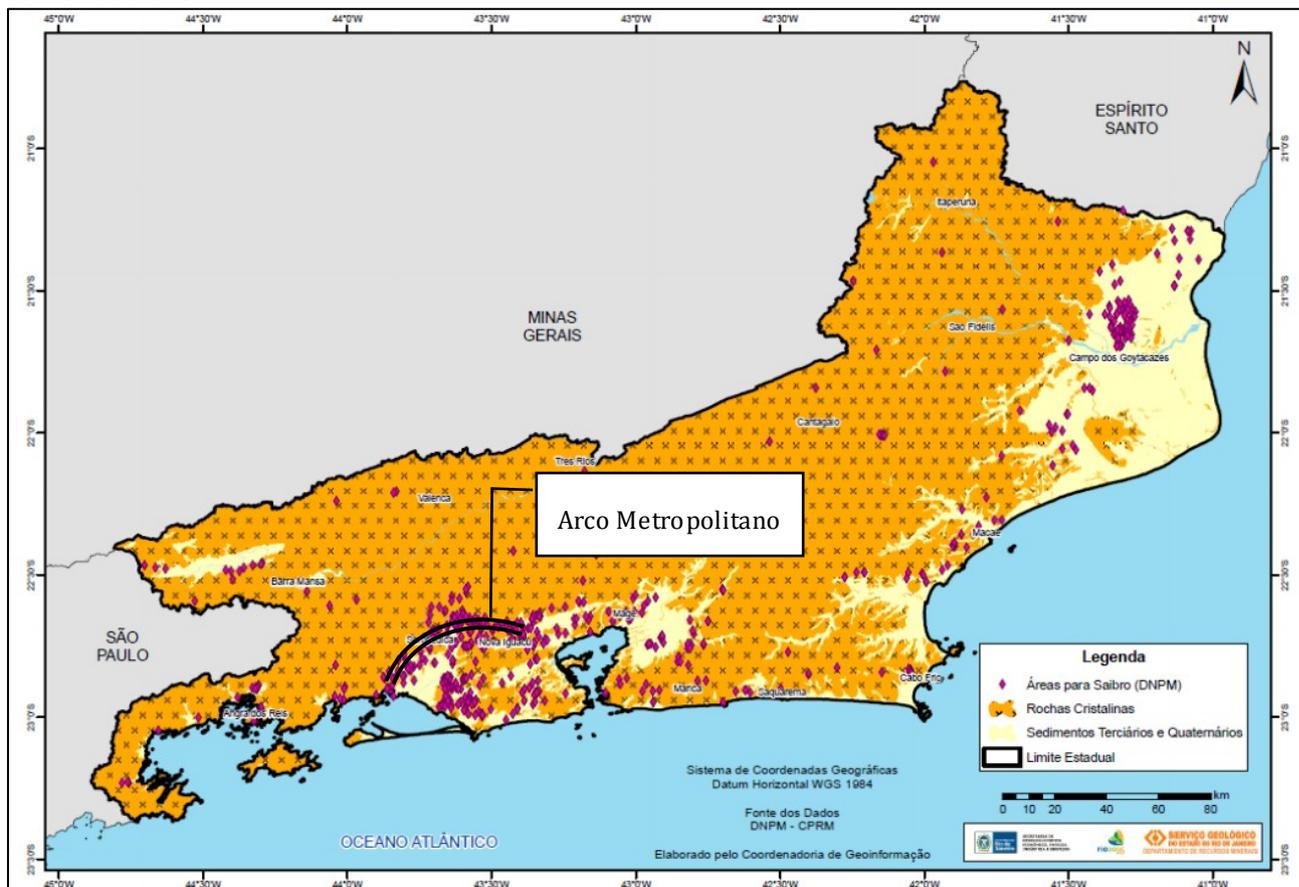
225.

Figura 1: Distribuição das poligonais do DNPM nas fases de concessão, licenciamento e requerimento de lavra ao longo do eixo do Arco Rodoviário Metropolitano do Rio de Janeiro.



Adaptado do relatório Panorama Mineral do Estado do Rio de Janeiro 2012, p 114. Fontes declaradas de dados: INEA, IBGE, DNPM, CEPERJ (disponível em <http://www.drm.rj.gov.br/>).

Figura 2: Mapa das áreas oneradas para a mineração de saibro em relação às ocorrências de rochas cristalinas no estado do Rio de Janeiro



Fonte: Adaptado a partir do estudo *Panorama Mineral do Estado do Rio de Janeiro 2012*, p 111. Fontes declaradas de dados: DNPM e CPRM (disponível em <http://www.drm.rj.gov.br/>).

Figura 3. Mineração de Saibro adjacente à obra do Arco Metropolitano .



Imagem: Google Earth. Base de dados: Sigmine.

226. A figura 3 mostra uma poligonal onerada com requerimento de pesquisa de saibro. A área está situada a cerca de 50 metros da faixa de domínio da rodovia em construção.

**Da nota técnica do DNIT sobre indenização de jazida:**

227. O DNIT apresentou Nota Técnica sobre as questões relacionadas à utilização de jazidas nas obras rodoviárias (peça 250). No documento foi afirmado existir lacuna normativa e, ao mesmo tempo, que o tema carecia de discussão aprofundada naquela Autarquia (peça 250, p.5).

228. Declarou-se que o assunto estava diretamente relacionado à interpretação do código de mineração, e que o cerne da discussão trazida na nota técnica envolvia o sentido atribuído aos art. 2º, parágrafo único e ao art. 3º, § 1º, desse diploma legal (peça 250, p. 6).

229. Valendo-se da transcrição de trechos do parecer PROGE 426/2009-FMM-LBTL-MP-SDM, afirma que os procuradores federais - autores do parecer - teriam defendido que a aplicação do art. 3º §1º, do Código de Mineração somente poderia ocorrer no próprio local da obra, ou seja, no interior da faixa de domínio da rodovia (peça 250, p. 8).

230. Destaca, ainda, que o parecer dissocia a hipótese contemplada no art. 3º, § 1º, da finalidade de atendimento ao interesse público, como a redução dos custos das obras (peça 250, p.9).

231. A nota técnica prossegue, trazendo, agora, comentários acerca do art. 4º, §1º, da Portaria 441/2009 – DNPM. Segundo o DNIT, a movimentação de terras e o desmonte de materiais *in natura* pode ser realizada excepcionalmente fora da faixa de domínio, mas essa excepcionalidade estaria limitada a fatores físicos intrínsecos à execução da obra, argumentando que em certos casos, poderia ser necessário dispor das áreas situadas além da faixa de domínio para se estabilizar taludes. (grifou-se).

232. Afirma que o TCU comete um equívoco ao embasar-se no art. 3º, §1º, do Código de Mineração para tratar dos custos envolvidos na indenização de jazidas.

233. Discorre, em seguida, acerca do art. 2º parágrafo único do Código de Minas. Novamente baseia-se em fragmentos extraídos do parecer PROGE 426/2009-FMM-LBTL-MP-SDM para concluir que, se o art. 3, § 1º trata dos casos de movimentação de terras no interior da faixa de domínio, é por meio do art. 2º que a exploração de jazidas fora da faixa de domínio da rodovia deve ser regida. Afirma que não há por que existirem dois dispositivos tratando da mesma hipótese de forma distinta. Declara ser de conveniência o emprego do art. 2º, parágrafo único, do Código de Mineração para normatizar o chamado regime de extração na exploração de jazidas para utilização em obras viárias, destacando que esse artigo assegura a manutenção dos direitos minerários já existentes.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos órgãos da administração direta e autárquica da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo-lhes permitida a extração de substâncias minerais de emprego imediato na construção civil, definidas em Portaria do Ministério de Minas e Energia, para uso exclusivo em obras públicas por eles executadas diretamente, respeitados os direitos minerários em vigor nas áreas onde devam ser executadas as obras e vedada a comercialização. (Redação dada pela Lei nº 9.827, de 1999)

234. Apesar de destacar a conveniência da utilização do art. 2º, parágrafo único - defendendo ser esse o fundamento legal para a indenização de jazidas em obras rodoviárias – afirma, contraditoriamente, ser necessário editar medida provisória para alterar esse mesmo fundamento, de modo a permitir que a exploração de jazidas situadas fora da faixa de domínio da rodovia possa ser realizada por empresas particulares contratadas pelo DNIT. Em outras palavras, o DNIT afirma que o fundamento legal a ser utilizado deve apurar-se no art. 2º, parágrafo único, desde que o dispositivo sofra alteração.

235. Propõe, ainda, que a futura medida provisória preveja a aplicação do art. 27 do Código de Mineração quando se processe a **fase de exploração** da jazida com base no art. 2º, parágrafo único. O art. 27 do Código de Mineração trata da indenização pelos danos causados na **fase de**

**pesquisa** da jazida. Afirma que o próprio Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM está propondo o emprego do art. 27 para custear a indenização de proprietários de terras na fase de exploração da jazida (peça 250, p. 13).

236. Afirma que a Administração, ao se deparar com situações nas quais já exista alvará de pesquisa expedido em nome de particulares, poderá lançar mão do pedido de bloqueio das jazidas de interesse para a realização da obra, valendo-se da disposição contida no art. 42 do Código de Mineração (peça 250 p. 14). A prerrogativa para solicitar o bloqueio, contudo, é da Administração, e não do particular contratado para realizar a obra.

237. Assevera-se, na nota técnica, que o proprietário da terra onde se situa a jazida deve ser ressarcido no limite estipulado no art. 27 do Código de Minas.

238. Empregando um raciocínio fundado em petição de princípio, o DNIT afirma que o próprio Tribunal teria reconhecido a inadequação do preço de indenização de jazida previsto no Sicro-2, de R\$1,04/m<sup>3</sup>, quando esta Corte, por ocasião da prolação do Acórdão 2.919/2011, determinou àquela Autarquia que, em conjunto com o DNPM, promovessem estudos com vistas a estabelecer critérios e limites para a indenização (peça 250, p.15).

239. Na sequência, o item V da nota técnica delinea os aspectos que seriam considerados no levantamento, a cargo do DNIT e DNPM, do custo de indenização de jazidas. Novamente, defende-se a utilização do material com base no art. 2º, parágrafo único. Alega o DNIT que esse fundamento traria como benefício a inexistência de cobrança da compensação financeira pela exploração de recursos minerais – CFEM.

240. Afirma estar subentendido que o art. 27 do Código de Mineração dá respaldo jurídico ao cálculo e pagamento dos danos eventualmente causados também na fase de lavra da jazida. Declara, ainda, que os limites estabelecidos no art. 27 do Código de Mineração estariam a permitir a elaboração de uma proposta normativa do DNIT com vistas ao levantamento dos custos de indenização de jazida (peça 250, p. 16).

241. Elenca as ações que entende necessárias para obter o valor da indenização ao proprietário de terra onde se encontra a jazida - ações a serem empreendidas quando da elaboração do projeto. Menciona, entre essas ações, a caracterização da área da jazida, do agregado a ser utilizado na obra, da atividade econômica exercida pelo superficiário (peça 250, p 16-17).

242. Propõe que o valor da indenização não seja por unidade de metro cúbico, como é atualmente definido no Sicro 2 (peça 250, p. 18).

243. Declara que a escolha das jazidas de materiais usados em de obras públicas está diretamente ligada à anuência do superficiário. Afirma que o projetista deve buscar outras fontes caso o proprietário do solo não permita que as jazidas localizadas em suas terras sejam exploradas (peça 250, p. 18).

244. Conclui afirmando que o tema afeta diversos empreendimentos do DNIT, inclusive aqueles que integram o Programa de Aceleração do Crescimento. Entende ser necessária uma fase de transição para que a Autarquia se ajuste aos novos entendimentos sobre o tema, os quais adviriam da publicação de medida provisória. Propõe que os contratos vigentes prossigam como estão, de modo a não gerar insegurança jurídica e prejuízos aos empreendimentos (peça 250, p. 19).

245. Afirma que o TCU, recentemente, adotou uma regra de transição em relação aos limites de acréscimos contratuais estabelecidos no art. 65 da lei 8666/93.

#### **Análise da Nota técnica do DNIT.**

246. Ante os fundamentos técnicos, normas legais, jurisprudência e doutrina expostos nos tópicos anteriores deste estudo, entende-se que a nota técnica do DNIT acerca da indenização de

jazida já se encontra analisada, não merecendo, agora, nada mais do que a ênfase às contradições lógicas lá contidas.

247. Efetivamente, a auditoria realizada em 2010 foi de regularidade. Na nota técnica a Autarquia sustenta que o critério para a indenização de jazida em obras de abertura de vias de transporte deve respaldar-se naquilo que estabelece o art. 2º, parágrafo único do Código de Minas. No entanto, apesar de sustentar que esse deve ser o critério, o DNIT afirma ser necessário uma alteração da lei, de sorte a permitir que esse mesmo artigo tido como critério sofra alteração de redação visando permitir que o DNIT o utilize em suas obras, mormente fora da faixa de domínio da rodovia.

248. A referida argumentação não se coaduna com a natureza do trabalho de conformidade, onde a existência do critério no ordenamento jurídico é condição necessária para a existência do achado. Quanto ao mero fato de existir no ordenamento jurídico, é inquestionável a validade do art. 3º, § 1º do código de Mineração. Por outro lado, o critério defendido pelo DNIT reclama alteração na lei para que possa ser considerado válido para o propósito de abertura de vias de transportes.

249. A nota técnica de indenização de jazida afirma que o legislador, ao redigir o art. 3, §1º do Código de Mineração teria como interesse permitir a movimentação e desmonte de material unicamente no interior da faixa de domínio. Entende-se que esse argumento é um sofisma. No painel de referência realizado em 2013, que contou com a participação do signatário da Nota Técnica do DNIT, representante da procuradoria federal junto ao DNPM reafirmou que o bloqueio de aéreas de interesse para a execução de obras pode ocorrer tanto dentro quanto fora da faixa de domínio, englobando qualquer área necessária à obtenção de materiais para a abertura da via de transporte.

#### **Do monitoramento do subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário:**

##### **Das informações obtidas junto ao DNIT**

250. Essa Autarquia encaminhou ao TCU o Ofício 497/2014/AUDINT-DNIT (peça 317). Com relação à determinação exarada no subitem 9.4 do Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário, o DNIT informou acerca da criação de sucessivos grupos de trabalho para tratar do tema de indenização de jazida em obras públicas. O último grupo, criado pela Portaria 100/2013, não avançou nos trabalhos.

251. No referido ofício, o DNIT informou ter sido realizada uma única reunião técnica com o servidor designado pelo Departamento Nacional de Produção Mineral para tratar do estudo determinado no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário. A participação do servidor do DNPM, segundo o DNIT, resultou em nenhum encaminhamento que pudesse contribuir com os trabalhos do grupo (peça 317, p. 3).

252. Com o advento do Regime Diferenciado de Contratações – RDC, sustenta o DNIT, a importância da indenização de jazidas nos orçamentos referenciais estaria reduzida. O argumento empregado para diminuir a importância da indenização se baseia na ideia de que nas contratações integradas, os orçamentos referenciais não necessitam de planilhas ou composições de preços unitários que discriminem os serviços e insumos (grifou-se).

253. Acerca desse argumento, prossegue o DNIT (peça 317, p. 4):

Conforme previsto em lei, pode-se parametrizar orçamentos referenciais que, de toda forma já incluirão os custos para quaisquer indenizações necessárias para a execução do empreendimento. Isso sem levar em consideração o percentual de contingência adotado pelo DNIT por meio da Matriz de Risco definida em Edital. Com isso, percebe-se que os orçamentos referenciais não necessitam mais definir valores específicos do item indenização de jazidas num determinado procedimento licitatório. O DNIT, atualmente, defini (*sic*) um referencial que, caso obtenha sucesso na contratação na contratação, não precisará mais adentrar no mérito de ter que

definir os custos das indenizações de jazidas necessárias para executar os empreendimentos. Deixa-se, portanto, que as próprias empresas executoras e projetistas, pela característica da contratação integrada, definam a solução de projeto e os demais custos inerentes à realização das obras.

254. Conclui afirmando que somente em situações específicas deverá o DNIT definir algum tipo de custo de indenização de jazida visando lograr o êxito da licitação. Nessa hipótese, os preceitos a serem observados na indenização de jazida são aqueles descritos na Nota Técnica já analisada no item precedente desta instrução.

#### **Análise:**

255. Ao confrontar a argumentação do DNIT com as implicações que dela decorrem, conclui-se que não pode prosperar o entendimento de que a contratação integrada soluciona o problema da indenização de jazida para a abertura de vias de transportes.

256. Na resposta encaminhada está evidente o tratamento equivocado conferido pelo DNIT à indenização de jazida. Insiste a Autarquia em tratá-la como um insumo ou material (M-980). *In verbis*:

“...nas contratações integradas, os orçamentos referenciais não necessitam de planilhas ou composições de preços unitários que discriminem os serviços e insumos”.

257. A indenização de jazida de que trata o Sicro 2 e a necessidade de insumos minerais são conceitos distintos e não devem ser confundidos. Ao insistir em ver a indenização de jazida como insumo, remunerando-o em matriz de risco ou reserva de contingência, o DNIT confere viés comercial a um bem da União que, vinculado à utilidade de abertura de via de transporte, está fora do comércio jurídico. Por esse motivo, não há que se falar em valores de indenização de jazida incorporados à matriz de risco. Não há porque a Administração atribuir risco de jazida ao particular e remunerá-lo por isso.

258. O regime de contratação integrada não faculta à União prerrogativa para abrir mão do direito real que ela possui sobre os recursos minerais do subsolo. Outros usos podem conferir utilidade pública superior àquela decorrente da obtenção de receita.

259. A indenização de jazida, a qual deve ser entendida como indenização por servidão, há de ser avaliada caso a caso, como ordinariamente se procede nas avaliações destinadas às desapropriações de bens imóveis, e até mesmo na desapropriação de títulos minerários, se necessário.

260. Os custos e procedimentos relativos à desapropriação, incluído aqui as indenizações por servidão, são da administração pública, obedecendo um princípio de que o custo e o risco devem ser assumidos por aquele que tenha maiores condições de assumi-lo e geri-lo.

#### **Das informações obtidas junto ao DNPM**

261. O Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM encaminhou ao TCU os Ofícios 73/2014 – DIRE/DNPM/SEDE e 79/2014 – DIRE/DNPM/SEDE (peças 316 e 318 a 321).

262. Dentre as informações encaminhadas importa-nos aquela relativa às receitas patrimoniais obtidas pela exploração de recursos minerais de uso imediato na construção civil.

#### **Análise:**

263. Como evidenciamos em passagem anterior, existe uma concentração de requerimentos, junto ao DNPM, para a lavra de saibro em áreas situadas ao longo do eixo do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, notadamente nos municípios de Duque de Caxias, Japeri, Queimados, Seropédica, Itaguaí e Nova Iguaçu. A Tabela 2, abaixo, obtida a partir das informações enviadas

pelo DNPM, apresenta os valores de CEFEM recolhidos entre 2006 e 2013 nos municípios atravessados pelo Arco metropolitano do Rio.

Tabela 2. Receita patrimonial (CFEM) obtida com a exploração de recursos da União

Ano	Município	Substância	Valores de recolhimento da CEFEM (R\$)	Volumes totais declarados (m³)
2007	Itaguaí	Saibro	1.281,98	16.947,0
	Seropédica		2.380,34	32.224,0
2008	Duque de Caxias	Saibro	63,84	2.747,2
	Itaguaí		1.393,94	17.048,0
	Seropédica		6.772,59	7.966.325,9
2009	Duque de Caxias	Saibro	75,99	3.470,0
	Seropédica		3.123,09	461.182,1
2010	Duque de Caxias	Saibro	94,99	917,1
	Seropédica		1.877,71	75.197,8
2011	Nova Iguaçu	Saibro	793,46	39,8
	Seropédica		4.710,00	348.746,5
2012	Seropédica	Saibro	26.985,10	1.409.065,8
2013	Seropédica	Saibro	26.617,88	402.297,8

\*Não houve receita informada para o ano de 2006.

264. Como se vê, o total de receita patrimonial obtida pela União em virtude do uso de seu recurso mineral, entre os anos e 2006 e 2013, foi de R\$ 76.170,91 (setenta e seis mil cento e setenta reais). Vale lembrar que a ordem de serviço para o início das obras do arco Metropolitano do Rio foi emitida em 20/6/2008 (peça 3, p. 19).

265. Do montante de receita patrimonial auferido, apenas 12% são da União, detentora de direitos reais sobre os recursos minerais. O restante é dividido entre o município (65%) e o estado (23%) onde se realiza a exploração.

266. Ao não observar o disposto no art. 3º, § 1º do Código de Mineração, o DNIT propicia que os recursos minerais da União fiquem disponíveis para que o DNPM os coloque dentro do comércio regulado pelo mencionado código. Essa alternativa, no caso concreto da obra do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, foi a responsável pela geração de receita patrimonial pouco superior a R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil reais).

267. Considerando a alíquota de CFEM de 2% (dois por cento) que incide sobre o faturamento líquido da atividade de extração de mineral não metálico, é possível, mediante cálculo expedito, estimar o montante financeiro transacionado pelo mercado, nos municípios onde se realizam as obras do arco Metropolitano do Rio. Entre os anos de 2008 e 2013, que englobam a execução do empreendimento, o montante transacionado gira em torno de R\$ 3.625.429,50 (três milhões seiscentos e vinte e cinco mil quatrocentos e vinte e nove reais e cinquenta centavos).

268. Atente-se para o fato de esse montante advir de um cenário de exploração comercial dos recursos minerais da União. Esse montante é baseado no faturamento líquido. Admitindo-se, conservadoramente, incidência de carga tributária de 40%, e tomando por base os volumes declarados nas operações que deram origem à CEFEM obtida pela União, segundo informou o

próprio DNPM (peça 316), o valor praticado pelo mercado local para o material de empréstimo é de R\$ 0,47/m<sup>3</sup> (quarenta e sete centavos por metro cúbico).

269. Os recursos minerais da União quando empregados para a abertura de vias de transporte, segundo o art. 3º, § 1º do Código de Mineração, são bens que estão fora do comércio. O DNIT, contudo, se opõe a esse critério utilizado na auditoria. Ignora a extra comercialidade do bem para o propósito específico de abertura de vias de transportes, e ademais sustenta a tese de que o preço de R\$ 1,04/m<sup>3</sup> do Sicro 2 estava defasado. Para o mercado regulado pelo Código de Mineração, entretanto, o valor do bem é inferior a R\$ 0,50/m<sup>3</sup>.

270. A despeito de existir a previsão normativa do art. 3º, §1º do Código de Mineração, o Tribunal já deliberou nestes autos pela utilização do valor referencial de R\$ 1,04/m<sup>3</sup> do Sicro 2, acrescido do BDI. A conduta do DNIT em remunerar a indenização de jazida com recursos do orçamento da União ao preço de R\$ 11,11/m<sup>3</sup>, valor posteriormente reduzido para R\$5,84/m<sup>3</sup>, implica uma externalidade negativa para a sociedade, que se traduz em dano estimado na ordem de R\$ 53 milhões de reais, segundo apurou o relatório de auditoria. Com efeito, tome-se o quantitativo de indenização de jazida previsto no projeto, segundo o relato da equipe de auditoria. O valor de R\$ 11,11/m<sup>3</sup> indica que o DNIT aceita transacionar o montante de R\$ 58,8 milhões de reais por um bem da União cujo mercado, dentro da realidade da exploração regulada pelo Código e Minas, se mostrou inferior, tendo efetivamente transacionado, no mesmo período das obras, valores abaixo de R\$ 4 milhões, calculados a partir de informações do DNPM.

271. Raciocínio semelhante há que ser empregado com relação ao valor provisório de R\$ 5,84/m<sup>3</sup>, deliberado no Acórdão 3451/2012 – TCU – Plenário.

272. Necessário esclarecer que o valor exato do sobrepreço somente poderá ser apurado após a análise do jogo de planilha. Conforme foi dito na introdução, esta instrução versa sobre os critérios que devem ser observados para a definição de preço da indenização de jazida. A definição desse preço é necessária para o deslinde de outros achados destes autos.

273. Com relação ao valor de R\$ 5,84/m<sup>3</sup> deliberado provisoriamente, é necessário ponderar acerca de outros fatores, além do traço de comercialidade do bem da União ali presente. Com efeito, no campo de conhecimento da mecânica dos solos, a teoria consagra o modelo trifásico do solo. Segundo esse modelo, o material é composto por uma fase sólida, outra fase aquosa e finalmente uma gasosa.

274. É fato que o material oriundo de caixas de empréstimo concentrado – impropriamente chamado de indenização de jazida – e remunerado no âmbito do Convênio TT-262/2007-00 a R\$ 5,84/m<sup>3</sup>, destina-se a execução de aterros.

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

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

277. Outro ponto que merece comentário no preço provisório de R\$ 5,84/m<sup>3</sup> diz respeito à adoção dos valores medianos dos preços apresentados na pesquisa da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. A despeito do tratamento equivocado que o Sicro 2 confere à ideia de indenização, o que temos de fato no sistema de custos é um material (código M 980 do Sicro). Necessário é guardar coerência em relação metodologia do Sicro. Assim, observe que o volume I do

Manual de Custos Rodoviários, que estabelece a metodologia e os conceitos do Sicro, estabelece que o preço considerado para os materiais baseia-se no menor valor informado, e não no valor mediano.

278. Em virtude do traço comercial atribuído ao material, da consideração do fator de empolamento que implica a remuneração do volume de vazios (ar) contido no solo, e da não utilização do menor preço pesquisado, como preconiza o Manual de Custos Rodoviários do DNIT, o preço provisório de R\$ 5,84/m<sup>3</sup> não deve ser utilizado, no caso concreto, para remunerar a indenização de jazida nas obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro. Necessário lembrar o contexto relacionado à deliberação do Plenário que fixou o valor provisório de R\$ 5,84/m<sup>3</sup>. Nesse sentido, vale mencionar trecho do voto condutor do Acórdão 3541/2012 – TCU – Plenário.

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

279. Conhecido o valor da terra nua no ano de 2008, em municípios atravessados pelo Arco Metropolitano, apenas para se ter uma noção da ordem de grandeza envolvida na indenização por servidão, pode-se fazer uma estimativa conservadora, baseada na baixa extração de material por hectare (relação área volume de 0,35 ou 35.000 m<sup>3</sup>/ha – escavação de 3 metros de profundidade). Essa estimativa resulta em valor do mineral de R\$ 0,043/m<sup>3</sup> (quatro vírgula três centavos de real por metro cúbico). Isso não significa, é preciso registrar, a negação daquilo que foi defendido neste estudo: O material está fora do comércio e a indenização não pode ser entendida como aquisição de material. O valor aqui referido, obtido a partir da aplicação do próprio Código Minerário e do Código Tributário Nacional serve, entretanto, como referencial para nortear a decisão do caso concreto.

280. Quanto à renda devida pela ocupação da fração terra, a aplicação do disposto no art. 17 do Decreto 59566/66 indica que o valor não excederia, por hectare, 30% de R\$ 1.500,00 para três anos de arrendamento, representando R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) por três anos, ou R\$ 0,004/m<sup>3</sup>. A soma da parcela de renda e terra nua do Código de Mineração não excede, neste exemplo R\$ 0,05/m<sup>3</sup>. Quanto à indenização de pastagens e recomposição de cerca, deve ser aplicada a norma técnica da ABNT. Cumpre ressaltar que o valor de R\$ 1,04/m<sup>3</sup> que embasou o Acórdão 2919/2011-TCU – Plenário, é suficiente, no caso concreto, para remunerar renda e indenização conforme preconiza o Código de Mineração. Ademais, os dados da tabela 2, obtidos junto ao DNPM permitem corroborar essa suficiência.

281. Diante da jurisprudência dos tribunais acerca da indenização por servidão, diante dos aspectos doutrinários e normativos mencionados no curso deste estudo, diante dos elementos apresentados pelo DNPM acerca da extração de material nos municípios atravessados pelo segmento “C” do Arco do Rio de Janeiro, é possível afirmar, para o caso concreto, que o valor deliberado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário remunera a indenização de jazida no Convênio - TT-262/2007-00, lá concebida como mera aquisição de material.

## **CONCLUSÕES GERAIS DO ESTUDO**

282. Este estudo visou atender ao disposto no subitem 9.2 do Acórdão 3.451/2012 TCU – Plenário. O trabalho teve início com a realização, em abril de 2013, do painel de referência sobre indenização de jazidas em obras públicas. Também levou em consideração o monitoramento do subitem 9.4 do Acórdão 2919/2011 – TCU – Plenário.

283. São estas as conclusões do estudo, obtidas em face de aspectos normativos, jurisprudenciais e doutrinários sobre os recursos minerais da união e o seu emprego em obras de vias de transportes:

- A emenda constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, veda a adoção de medida provisória para regulamentar questões relativas à pesquisa e à lavra de recursos minerais, matéria essencialmente ligada à indenização de jazida nos moldes concebido pelo Sicro;
- Tramita no Congresso Nacional projeto de lei que trata do Marco Regulatório da Mineração. O texto do projeto remete ao poder concedente a atribuição para regulamentar o uso dos recursos minerais da União em obras públicas, nada sendo ali mencionado que diga respeito ao emprego desses bens para a abertura de vias de transportes;
- A União é a única proprietária dos recursos minerais que jazem no território brasileiro. Sobre esses bens a União possui direitos reais que devem ser exercidos de acordo com os princípios elencados no art. 170 da Constituição Federal;
- À luz da teoria econômica, os recursos minerais são bens que possuem características de rivalidade e exclusão. Visando evitar a escassez desses recursos naturais, a teoria econômica consagra-os como bens de natureza privada, no sentido de que lhes é vedado o livre acesso. Segundo a teoria econômica, os bens privados comportam unicamente um proprietário. No caso dos recursos minerais e do subsolo, esse proprietário é a União;
- À luz do Código Civil, os recursos minerais são bens dominicais, comportando uma função patrimonial para a União. Contudo, o fato de esses bens serem dominicais não significa que eles possam ser alienados. A própria Constituição veda a alienação desses recursos ao afirmar que as jazidas, em lavra ou não, pertencem à União;
- A União, ao conceder títulos de exploração mineral, abre mão apenas de um dos atributos do direito de propriedade. A concessão de título faculta ao explorador apenas o direito de gozar, ou auferir os produtos que advierem da exploração do bem. A jazida encontra-se incorporada ao patrimônio da União;
- A jurisprudência dos Tribunais Superiores estabelece que os títulos minerários regularmente expedidos, enquanto bens dotado de valor econômico, são passíveis de desapropriação mediante indenização;
- É atribuição do DNIT, segundo a Lei 10.233/2001, declarar a utilidade pública de bens e propriedades a serem desapropriados para a implantação do Sistema Federal de Viação.
- A lavra ou a comercialização de substância mineral sem o devido título ou registro expedido pelo Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, constitui crime contra a ordem econômica, capitulado no artigo 2º da Lei 8.176/91. Incorre no mesmo crime aquele que, sem autorização, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria prima pertencente à União;
- A utilização, em atividade econômica ou financeira, de bens, direitos e valores provenientes de infração penal configura crime de ocultação e lavagem conforme dispõe o art. 1º da Lei 9.613/98;
- Os recursos minerais da União são bens insubstituíveis para a construção de vias de transporte;
- Não existe lacuna normativa no tocante à indenização de jazida em obras de abertura de vias de transporte. Na Lei 9.314/96 o legislador foi explícito ao afastar do comércio jurídico os recursos minerais destinados à abertura de vias de transportes. Trata-se de uma afetação formal de um bem dominical, que suprime o traço da comercialidade, sem contudo ensejar o

livre acesso e o uso comum desse bem. A afetação de bens dominicais para uma determinada utilidade pública não implica a sua automática inserção no rol de bens de uso comum ou especial. Pública é utilidade que o mineral propicia ao permitir a construção de um bem de uso comum (via de transporte), mas não o bem mineral enquanto coisa, já que este é objeto de direito real da União;

- A inteligência que deve ser dada ao art. 3º, §1º, do Código de Mineração é a de que os preceitos ali afastados são aqueles concernentes ao regime jurídico essencialmente privado dos bens dominicais, e não do Código na sua inteireza. Entende-se por essencialmente privado o atributo da comercialidade do bem;
- Por dedução lógica dos precedentes utilizados na publicação da Súmula 479 do STF, pode-se afirmar que os recursos minerais necessários a dar suporte físico às rodovias federais são bens que estão fora do comércio jurídico;
- A afetação contida na Lei 9.314/96 (art. 3º, § 1º, do Código de Minas) nos leva à necessidade de valorar a função social da propriedade por intermédio de uma escala de mensuração da utilidade, contrapondo a obtida com a construção de vias de transportes àquela utilidade que advém da mineração de insumos para emprego imediato na construção civil;
- A indenização de jazida nos moldes atualmente considerados no Sicro2 não dá respaldo jurídico para o pagamento de material (M-980 do Sicro 2) por unidade de metro cúbico. Necessário que se dê ao item tratamento consentâneo com a natureza jurídica do instituto da indenização, cessando o entendimento vigente de tê-lo à conta de material;
- A indenização por servidão traduz exatamente aquilo que deveria ser a indenização de jazida no Sicro 2. Os bens minerais da União, quando destinados a dar suporte físico das vias de transportes, estão fora do comércio jurídico, não havendo amparo legal para que o DNIT remunere a aquisição do material. A unidade de medida utilizada para remunerar a indenização de jazida indica que o DNIT paga por um bem que está fora da possibilidade do comércio;
- O DNIT, apesar de possuir normativo interno para tratar da desapropriação por utilidade pública, não utiliza o instituto jurídico da servidão administrativa para garantir o acesso aos recursos minerais necessários para a abertura de vias de transportes. O instituto jurídico da servidão jurídica tem previsão no mesmo Decreto-Lei utilizado por aquela Autarquia para a desapropriação de imóveis para fins de implantação de rodovias;
- O instituto jurídico da servidão deve ser obrigatoriamente previsto nos contratos de concessão de rodovias, segundo a Lei 10.233/2001. Essa, por sinal, é a mesma lei de criação do DNIT e, pela via de interpretação sistemática, não há razão para presumir que a Autarquia esteja impedida de utilizar o instituto jurídico da servidão;
- À servidão administrativa aplica-se, no que couber, as mesmas disposições do Decreto-Lei 3365/41, devendo ser precedida de ato de declaração de utilidade pública para fins de servidão;
- A indenização por servidão administrativa deve ser calculada caso a caso. Se a servidão impedir totalmente a exploração da propriedade, será o caso de desapropriá-la, pois o ônus da servidão não pode chegar ao extremo de interditar a fruição do bem serviente;
- Não há obstáculo de ordem metodológica que impeça o cálculo do valor da indenização nos casos de servidão. A literatura consagra, para fins de cálculo do valor da indenização por servidão, o emprego do método conhecido como “antes e depois”, que consiste em estimar a diferença de valor da propriedade antes e depois das melhorias propostas pelo poder público.

Nesse método, o resultado diferença entre o valor do imóvel antes e depois da obra pode ser positiva, nula ou mesmo negativa. A diferença nula significa que o prejuízo que sofre o bem serviente iguala os benefícios que irá receber, enquanto a negativa exprime que ele receberá benefícios superam o valor do dano suportado (externalidade positiva);

- Na jurisprudência pesquisada, a indenização por servidão não superou 33% (trinta e três por cento) do valor da área onerada;
- Não há obstáculo de ordem metodológica que impeça o cálculo do valor da indenização nos casos de desapropriação de títulos de mineração. A literatura consagra o método da renda para a avaliação de jazidas minerais com título regularmente expedidos. Nesse método, o valor presente da jazida pode ser obtido por expressões consagradas como a de *Hoskold*, de *Inwood* ou de *O'Danahaue*. É necessário o conhecimento do preço dos minerais para a avaliação das jazidas;
- A atividade de mineração é caracterizada pela rigidez locacional. No caso de minerais de uso imediato na construção civil, vem se juntar à rigidez locacional um fator de ordem econômica, que é o baixo valor unitário (preço por tonelada) desses bens minerais. Em virtude do baixo valor unitário, a exploração desses recursos, em termos econômicos, só é viável se existir mercado consumidor nas proximidades da jazida, pois o custo de transporte do material é preponderante, representando até dois terços do preço final;
- O aproveitamento econômico dos recursos minerais pertencentes à União ocorre, segundo a Constituição, no regime de concessão ou autorização. O princípio da prioridade guarda semelhança com a lógica do sistema de ocupação, e não se coaduna com o princípio constitucional da isonomia;

### CONCLUSÕES ESPECÍFICAS DO ESTUDO APLICADA AO CASO CONCRETO

- A inteligência que deve ser dada ao art. 3º, §1º, do Código de Mineração é a de que os preceitos ali afastados são aqueles concernentes ao regime jurídico essencialmente privado dos bens dominicais, e não do Código na sua inteireza. Entende-se por essencialmente privado o atributo da comercialidade do bem mineral;
- No tocante à indenização por servidão, o art. 27 do Código de Mineração prevê duas parcelas a serem consideradas no cômputo indenizatório. A primeira parcela corresponde à renda. A segunda corresponde à indenização por danos. Esta última não pode exceder o valor venal da propriedade;
- Relativamente à propriedade territorial urbana, o art. 33 do Código Tributário Nacional – CTN (Lei 5.172/1966) estabelece que o valor venal é aquele que constitui a base de cálculo do imposto predial territorial urbano – IPTU;
- Relativamente à propriedade rural, a base de cálculo do imposto territorial rural – ITR, é o valor da terra nua – VTN, segundo dispõe o art. 32 do Decreto 4.382/2002.
- O valor da terra nua, em 2008, nos municípios do estado do Rio de Janeiro atravessados pela obra do arco Metropolitano, segundo a Resolução 73, de 3/8/2009, da Secretaria de Estado de Agricultura, Pecuária, Pesca e Abastecimento do estado do Rio de Janeiro (Tabela 1), foi de R\$ 1.500,00/ha. (mil e quinhentos reais por hectare);
- O valor da terra nua exclui as benfeitorias, instalações, culturas e pastagens. Não há obstáculo de ordem metodológica que impeça o DNIT efetuar a avaliação desses itens. Para esse desiderato, a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT dispõe das Normas NBR 14653-3 e 14653-6. Ao Convênio TT-262/2007-00 aplicam-se as disposições da Lei 8.666/93. Segundo essa mesma lei, projeto executivo é aquele elaborado com base nas normas técnicas da ABNT;

- No que se refere à parcela de renda de que trata o Código de Mineração, a apuração do valor deve considerar o disposto no art. 17 do Decreto 59.566/66. A aplicação desse dispositivo indica que o valor não excederia, por hectare, 30% de R\$ 1.500,00 para três anos de arrendamento, representando R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) por três anos;
- A receita patrimonial obtida pela União a título de *royalties* pela exploração do recurso mineral que usualmente também é empregado como material de empréstimo em rodovia, foi da ordem de R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil reais), segundo dados fornecidos pelo DNPM. Essa receita foi arrecadada pela atividade de mineração nos municípios atravessados pela obra do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, e representa o montante acumulado entre os anos de 2006 até 2013, período que abrange a execução da obra;
- As informações fornecidas pelo DNPM acerca do mercado regulado, mostram que o preço do material é inferior a R\$ 0,50/m<sup>3</sup>;
- O valor de R\$ 11,11/m<sup>3</sup> para o item indenização de jazida indica que o DNIT aceita transacionar o montante de R\$ 58,8 milhões de reais por um bem da União cujo mercado, dentro da realidade da exploração regulada pelo Código e Minas, se mostrou inferior, tendo efetivamente transacionado, no mesmo período das obras, valores abaixo de R\$ 4 milhões, calculados a partir de informações do DNPM.
- Diante da jurisprudência dos tribunais acerca da indenização por servidão, diante dos aspectos doutrinários e normativos mencionados no curso deste estudo, diante dos elementos apresentados pelo DNPM acerca da extração de material nos municípios atravessados pelo segmento “C” do Arco do Rio de Janeiro, é possível afirmar, para o caso concreto, que o valor deliberado no Acórdão 2.919/2011 – TCU – Plenário remunera a indenização de jazida no Convênio - TT-262/2007-00, lá concebida como mera aquisição de material.

## INFORMAÇÕES ADICIONAIS

284. O empreendimento tratado nestes autos. Segmento “C” do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, foi fiscalizado em quatro diferentes ocasiões: Fiscobras 2008, 2009, 2010 e 2011. Logo, o empreendimento figura como objeto de quatro diferentes processos. Dado interdependência entre eles, é oportuno, e necessário, expor breve resumo de cada um deles.

285. O TC 007.287/2008-0 refere-se à fiscalização realizada no curso do Fiscobras 2008. A principal irregularidade é o sobrepreço da areia. O valor desse insumo estava 50% acima do referencial do Sicro 2 (peça 7, p. 30-34 do TC-007.287/2008-0). Esse processo encontra-se em fase de recurso, pendente de análise de mérito quanto ao preço da areia (peça 420 do TC-007.287/2008-0).

286. O TC 007.513/2009-1 cuida da fiscalização realizada no Fiscobras 2009. Nesse processo comprovou-se a alteração da concepção original do projeto básico da licitação, desfigurando-o por completo, com fundamento na “necessidade de rearranjo na geometria”. Essa alteração teria como principal resultado um novo projeto de terraplenagem, o que seria motivo suficiente, dada a amplitude das alterações, para descaracterizar o projeto básico contratado. Os principais achados registrados foram: início das obras sem Projeto Executivo, com liberação para execução de obras e serviços não definidos no projeto inicial; ausência de planilha orçamentária do Projeto Executivo; diferença entre o Projeto Básico, que foi utilizado para licitação dos lotes da obra, e o Projeto Executivo em elaboração (peça 1, p. 71-88 do TC 007.513/2009-1). Esse processo encontra-se arquivado.

287. A fiscalização realizada no Fiscobras 2010 é objeto destes autos (TC 014.919/2010-9). A situação deste processo já foi historiada no início desta instrução. Em síntese, as sucessivas deliberações do Tribunal nestes autos visaram evitar a materialização do jogo de planilha em decorrência do aumento dos quantitativos dos serviços com sobrepreço (“indenização de jazidas”, “reaterro mecanizado com areia, inclusive fornecimento de material”, “colchão drenante de areia para fundação de aterros” e geogrelha de poliéster com protetor de PVC, 400 KN/m”).

288. O TC 008.788/2011-1 trata da fiscalização levada a cabo no Fiscobras 2011. O principal achado de auditoria desse processo diz respeito às graves deficiências no projeto executivo da obra, que resultou em quantitativos superestimados de terraplenagem (peça 33 do TC 008.788/2011-1). Além disso, foram detectadas, nas amostras analisadas, evidências de superfaturamento nas medições dos serviços de corpo de aterro e escavação, ou seja, pagamento por serviços não executados (peça 33 do TC 008.788/2011-1). Cumpre mencionar que os quantitativos de terraplenagem estão sujeitos à incidência do valor de indenização de jazida, objeto deste estudo realizado no âmbito do TC-014.919/2010-9, impactando esse valor diretamente no cálculo de eventual ocorrência de dano ao erário, caso venha se confirmar o jogo de planilha.

289. Como se vê, o mérito deste processo depende da análise do jogo de planilha, que por sua vez depende da definição quanto aos preços de referência dos serviços e também das quantidades contratadas e medidas, essas tratadas no TC 008.788/2011-1.

290. Em consequência do estudo empreendido, há elementos suficientes para a proposição de determinações ao DNIT e DNPM visando a observância das normas legais, da jurisprudência e da doutrina relacionada ao uso dos recursos minerais da União, mormente quando esses recursos, na condição de bens insubstituíveis, são empregados para a abertura de vias de transporte.

291. Todavia, observe que o estudo aqui realizado tem por finalidade subsidiar uma decisão em sede de recurso. Processualmente, a lide que deve aqui ser resolvida mediante decisão do Tribunal diz respeito ao valor do item indenização de jazida.

292. Por outro lado, as conclusões de caráter geral do estudo impactam a atuação do DNIT e do DNPM. É necessário apartar as questões de repercussão geral daquela específica que cerca o pedido de reexame interposto. Sobre as questões de caráter geral, entende-se necessário realizar, em processo apartado, as oitivas do DNIT e DNPM, para que então o Tribunal delibere a respeito.

293. Em virtude da comunicação lida pelo Exmo. Ministro Aroldo Cedraz na Sessão Plenária de 24/7/2013, e em atenção ao Memorando-Circular nº 29/2013-Segecex, registre-se que consta como advogado constituído nos autos o Sr. Diego Ricardo Marques OAB/DF 30782, relacionado pelo Exmo. Ministro Aroldo Cedraz no Anexo I ao Ofício nº5/2013 – GAB.MIN-AC dentre aqueles que dão causa a seu impedimento, nos termos do art. 151, parágrafo único, do regimento Interno/TCU.

294. Dessa forma, diante do que estabelece o art. 152 do Regimento Interno do Tribunal, encaminhe-se os autos ao Gabinete do Relator do pedido de reexame, Exmo. Ministro Benjamim Zymler, via Secretaria das Sessões (Seses) - para ciência e registro -, com o alerta de que a votação que apreciará o presente processo não deve contemplar a participação do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz, caso se configure a situação prevista no art.28, inciso IX do RITCU.

## **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

Ante o exposto, e em virtude do que ficou deliberado no subitem 9.3 do Acórdão 3451/2012 – TCU – Plenário, submetem-se os autos à consideração superior propondo:

- i) Manter, com fundamento no art. 48 da lei 8443/1992, os exatos termos do Acórdão 2919/2011 – Plenário;

- ii.) Constituir, com base no art. 43 da Resolução –TCU 259/2014, processo apartado para tratar da repercussão do estudo, autorizando a realização de oitiva do DNIT e do DNPM;
- iii.) Dar ciência da deliberação que vier a ser proferida à SEOBRAS/RJ e ao DNIT;
- iv.) Encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida às autoridades legitimadas que figuram como interessadas nos processos apensados a estes autos;
- v.) Encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida aos participantes do Painel de Referência sobre Indenização de Jazidas em obras públicas, realizado pela SecobRodovia;
- vi.) Restituir estes autos à SeinfraRodovia, para a análise do mérito do processo, devendo a unidade atentar quanto a inter-relação existente entre os processos de fiscalização do Arco Metropolitano do Rio.

SeinfraRodovia, 16 de janeiro de 2015.

*(Assinado eletronicamente)*

Felipe Gustavo de Souza Peñaloza  
AUFC – matrícula 7653-8