

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

The background of the cover is a photograph of the National Congress of Brazil (Câmara dos Deputados) building in Brasília. The building is characterized by its modern architecture, featuring two tall, narrow towers and a large, curved, white structure. The image is overlaid with a semi-transparent, light-colored circular graphic element. The text is in a bold, white, sans-serif font, and the ISSN number is also in white, positioned in the bottom right corner.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 04 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/JUN 2018

ISSN 2595-5667

**Rio de Janeiro,
2018.**

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho

Avaliadores:

- | | |
|---|---|
| Prof. Alexandre Santos de Aragão, UERJ. | Prof. Dr. José Vicente S. Mendonça, UERJ. |
| Sr. Bruno Teixeira Marcelos, UFF. | Sr. Márcio Lacombe, UFF. |
| Sra. Debora Sotto, PUC-SP. | Sr. Paulo Henrique Maceira, USP |
| Prof. Dr. Eduardo Manuel Val, UFF. | Prof. Ms. Paulo Macera, USP. |
| Sra. Isabela Ferrari, UERJ. | Profa. Maria de Los Angeles, U. Barcelona |
| Prof. Dr. Emerson Moura, UFRRJ. | Prof. Phillip Gil França, PUC-RS. |
| Prof. Dr. Jamir Ribeiro, UFJF. | Prof. Dr. Sandro Alex Simões, CESUPA-PR. |
| Prof. Dr. Jamir Ribeiro, UFJF. | Sr. Silvio Costa Filho, UFMG. |

Diagramação e Layout:

- Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

SUMÁRIO

<i>APRESENTAÇÃO</i>	005
Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>RECURSO EXTRAORDINÁRIO: EFEITOS DA DECISÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA</i>	006
Ana Lucia Pretto Pereira	
<i>DIREITOS E MECANISMOS GRACIOSOS DO CIDADÃO NO PROCEDIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO SOB A PERSPETIVA DA LEI PORTUGUESA</i>	015
Isa Filipa António	
<i>REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DE INSTITUTOS PENAIIS AOS ATOS ÍMPROBOS</i>	035
Camila Paula de Barros Gomes	
<i>O REGIME ADUANEIRO ESPECIAL DE DRAWBACK COMO POLÍTICA ECONÔMICA DE INCENTIVO ÀS OPERAÇÕES DE COMÉRCIO EXTERIOR NO MODAL MARÍTIMO</i>	058
Érico Hack e Paula Tatyane Cardozo Stemberg	
<i>ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SEU POTENCIAL PARA REVIGORAR A RELAÇÃO DO ESTADO COM A SOCIEDADE. LEI Nº 9.037/96</i>	075
Andréia Gomes	
<i>OS CONSELHOS DE CONSUMIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL</i>	109
Alex Cavalcante Alves e Joseanne Carla de Aguiar Santos	
<i>A (IM)POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE AUXÍLIO-TRANSPORTE A SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS QUE UTILIZAM VEÍCULO PRÓPRIO: UMA REFLEXÃO JURÍDICA</i>	128
William Silva Coutinho	
<i>ENTRE A CORRUPÇÃO E A INEFICIÊNCIA: A IMPLEMENTAÇÃO DO ESTADO GERENCIAL BRASILEIRO COMO UM DOS MITOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO</i>	153
Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>A GESTÃO ESTRATÉGICA DE RECURSOS APLICADA À ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO</i>	167
Cláudio Alberto Gabriel Guimarães e Cristiane Caldas Carvalho	

**A (IM)POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE AUXÍLIO-TRANSPORTE A
SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS QUE UTILIZAM VEÍCULO PRÓPRIO: UMA
REFLEXÃO JURÍDICA**

**THE (IM)POSSIBILITY OF GRANTING A TRANSPORTATION
ALLOWANCE TO FEDERAL PUBLIC SERVANTS WHO USE THEIR OWN
VEHICLES: A LEGAL ANALYSIS**

Data de submissão: 10/01/2018
Data de aprovação: 03/06/2018

WILLIAN SILVA COUTINHO

*Mestrando em Administração Pública pela
Universidade Federal de Viçosa. Coordenador Adjunto
de Gestão de Pessoas no Instituto Federal de Educação,
Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais*

RESUMO: O auxílio-transporte é um benefício destinado aos empregados e servidores públicos federais para o custeio parcial de suas despesas com transporte coletivo no deslocamento residência/trabalho/residência. Acerca desse benefício, este artigo examina as questões atinentes à possibilidade de sua concessão aos servidores que utilizam veículo próprio, em vez de meio de transporte dito coletivo. Apesar das restrições regulamentares, há entendimento jurisprudencial pela possibilidade da concessão do benefício em casos tais, tendo em vista uma análise fático-jurídica à luz dos princípios da igualdade e razoabilidade. Mediante o confronto entre a jurisprudência firmada e as restrições à concessão do benefício, e em face do crescente número de demandas judiciais, constata-se a necessidade de reapreciação da matéria pelos Poderes competentes, com vistas a uma resolução salutar.

PALAVRAS-CHAVE: Auxílio-transporte; Servidor Público; Direito Administrativo; Direito; Administração Pública.

ABSTRACT: The transportation allowance is a benefit available to federal public servants and federal public employees to cover part of the cost of their commute to and from work on public transport. This article examines the possibility of granting such an allowance to public servants who use their own vehicles, rather than public transport, to travel to their workplace. In spite of regulatory restrictions, there is authority in case law for the possibility of granting the allowance in such cases, in the light of a factual and legal analysis founded on the principles of equality and reasonableness. As legal disputes on the matter continue to grow, a comparison of established case law with the regulatory restrictions currently imposed on the granting of the allowance illustrates a need for a review of the matter by the competent powers with a view to a salutary resolution.

KEYWORDS: Transportation allowance; Public Servant; Administrative Law; Law; Public Management.

I. INTRODUÇÃO

O Estado, como mantenedor e executor de serviços públicos, institui e regulamenta situações fático-jurídicas com vistas à positivação de direitos sociais e na defesa dos valores sociais do trabalho, pressupostos vazados nos art. 1º e 6º da Constituição Federal de 1988. Dentre os direitos instituídos com tal fundamento, figura o auxílio-transporte, benefício destinado aos servidores e empregados públicos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e que, possuindo natureza jurídica indenizatória, tem por finalidade o custeio parcial das despesas realizadas por seus beneficiários com transporte coletivo nos deslocamentos de suas residências para os locais de trabalho e vice-versa. Ênfase, quando de sua instituição e regulamentação, recai na restrição ao uso de transporte coletivo como condição para sua efetiva concessão, delimitação legal da qual restou excluída a possibilidade da concessão ao servidor que se valha de meios de transporte alternativos, a exemplo de veículo próprio, cujas despesas com combustíveis e manutenção correm às suas expensas.

Com tal restrição, eclodiram, especialmente a partir de meados de 2011, ano da publicação da Orientação Normativa nº 4/2011, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), demandas judiciais impetradas diretamente por servidores públicos ou pelas respectivas entidades sindicais objetivando fosse estendida a concessão do benefício também àqueles que utilizam veículo próprio. Por conseguinte, Tribunais Regionais Federais, fundamentados na conjugação entre o princípio da razoabilidade e uma interpretação finalística e isonômica do benefício, em detrimento da interpretação literal de sua regra de concessão, prolataram sentenças favoráveis à concessão do auxílio-transporte aos litigantes, a despeito das restrições legais e regulamentares.

Nesse contexto, intenta esse estudo realizar uma reflexão, à luz de princípios e regramentos das Ciências Jurídicas, permeada pelo questionamento: quais os fundamentos jurídicos que delineiam a restrição da concessão do benefício por parte da Administração Pública e quais aqueles que concorrem para a ampliação de sua concessão aos servidores que utilizam veículos próprios? Com vistas a proporcionar um *overview* acerca dos aspectos que circundam a questão, tal reflexão parte das determinações legais que regem a concessão do auxílio-transporte e referenciais bibliográficos que subsidiem a discussão e, após seleção não probabilística de julgados recentes, contrapõe a jurisprudência que se firma em favor dos servidores públicos, sobretudo a partir do ano de 2013, com a competência da Administração Pública para regulamentar benefícios a seus servidores fixando parâmetros e restrições que entender conveniente.

A relevância do tema surge vez que este passa a ser reiteradamente enfrentado pela jurisprudência pátria; e, não havendo resolução definitiva com abrangência para todos os servidores federais, a extensão da concessão do auxílio-transporte àqueles que utilizam veículo próprio permanece ocorrendo via ação judicial, com eficácia *inter partes*, restrita aos litigantes. Tal situação tende a criar tratamento não isonômico a indivíduos que se encontram em situações fático-jurídicas semelhantes.

Após essa breve introdução, o artigo se divide em três seções. Na primeira seção, são recordados os parâmetros normativos vigentes inerentes à concessão do auxílio-transporte destinado aos servidores públicos *latu sensu*, não abarcado no escopo deste trabalho aquele destinado aos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho ou outros vínculos contratuais; a segunda seção contrapõe as atuações administrativas e jurisdicionais ante a concessão do benefício, especificamente com relação à utilização de veículo próprio; a quarta, pontua aspectos axiológicos inerentes à discussão do tema. Por fim, são tecidas algumas considerações finais.

II. INSTITUIÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DO AUXÍLIO-TRANSPORTE

O auxílio-transporte, no âmbito do Poder Executivo Federal, foi instituído pela Medida Provisória nº 2.165-36/2001, de 23 de agosto de 2001. Entretanto, antes da análise do objeto que visa regulamentar, faz-se oportuno destacar, de forma sintética, traços característicos dessa espécie normativa primária.

Dispõe o artigo 62 da Constituição Federal de 1988 que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei” (Emenda Constitucional nº. 32/2001). Assim, a medida provisória configura instrumento normativo que inverte a ordem do processo legislativo, pois, em regra, o projeto de lei ordinária passa primeiro pelo crivo do Poder Legislativo para, em seguida, ser apreciado pelo chefe do Executivo. Apesar disso, quando de sua apreciação pelo Congresso Nacional, *a posteriori*, a medida provisória, se rejeitada, perderá eficácia desde sua edição, hipótese em que o Congresso, mediante Decreto Legislativo, deverá disciplinar as relações jurídicas decorrentes (TÁCITO, 1989). Tal característica *sui generis* faz da medida provisória ato precário e instável (AMORIM, 1997).

Apesar de sua natureza precária, todavia, dispôs a Emenda Constitucional nº. 32/2001, em seu art. 2º, que as medidas provisórias editadas em data anterior à sua publicação

continuariam em vigor até que medida provisória ulterior as explicitamente revogasse ou, então, até deliberação definitiva do Congresso Nacional. Assim, sob a égide desta Emenda Constitucional, publicada em 12 de setembro de 2001, fato é que se possibilitou a existência de atos normativos precários que de provisórios restaram permanentes. Dessa forma, a Medida Provisória nº 2.165-36/2001, após 36 reedições, restou abrangida pela cláusula da vigência indeterminada insculpida no art. 2º da EC 32/2001, desobrigando o Poder Executivo de revisita-la. Ademais, no decurso de quase duas décadas, nem ainda o Poder Legislativo deliberou a seu respeito. Isto posto, avançando-se para análise do benefício que instituiu, estabelece seu art. 1º:

Art. 1º Fica instituído o Auxílio-Transporte em pecúnia, pago pela União, de natureza jurídica indenizatória, destinado ao custeio parcial das despesas realizadas com *transporte coletivo* municipal, intermunicipal ou interestadual pelos militares, servidores e empregados públicos da Administração Federal direta, autárquica e fundacional da União, nos deslocamentos de suas residências para os locais de trabalho e vice-versa, excetuadas aquelas realizadas nos deslocamentos em intervalos para repouso ou alimentação, durante a jornada de trabalho, e aquelas efetuadas com transportes seletivos ou especiais (**BRASIL, 2001, on-line, grifo nosso**).

Em primeira análise, constata-se a delimitação legal a que os meios de transporte utilizados sejam aqueles enquadrados no conceito de transporte coletivo público, urbano ou intermunicipal e/ou interestadual. Tal delimitação dos meios de transporte para o custeio parcial dos quais o servidor público federal faz jus exclui outros que não os expressamente arrolados, com específicas exceções.

A princípio, o auxílio-transporte, no âmbito do Poder Executivo Federal, fora regulamentado pelo Decreto nº 2.880/1998, à época da primeira medida provisória editada – a Medida Provisória nº 1.783/1998 –, antes de suas 36 reedições. Tal ato regulamentar, todavia, não proporcionou qualquer controvérsia passível de discussão no escopo deste trabalho. Posteriormente, a Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no exercício de sua competência normativa em matéria de pessoal civil prevista pelo art. 17 da Lei nº 7.923/1989 e art. 35, I, do Decreto nº 7.063/2010, editou a Orientação Normativa nº 4/2011, de 11 de abril de 2011, instrumento normativo que trouxe orientações explícitas dignas de reprodução neste trabalho:

Art. 1º O pagamento do auxílio-transporte, pago pela União, em pecúnia, possui natureza jurídica indenizatória, destinado ao custeio

parcial das despesas realizadas com transporte coletivo municipal, intermunicipal ou interestadual [...]. Art. 2º Para fins desta Orientação Normativa, *entende-se por transporte coletivo o ônibus tipo urbano, o trem, o metrô*, os transportes marítimos, fluviais e lacustres, dentre outros, desde que revestidos das características de transporte coletivo de passageiros e devidamente regulamentados pelas autoridades competentes. Parágrafo único. *É vedado o pagamento de auxílio-transporte quando utilizado veículo próprio* ou qualquer outro meio de transporte que não se enquadre na disposição contida no caput (BRASIL, 2011, *on-line*, grifo nosso).

Dois são os delineamentos explícitos vazados no art. 1º do Instrumento: primeiro, estabeleceu a conceituação de transporte coletivo, valendo-se, para tanto, de lista exemplificativa com o fito de dirimir eventuais dúvidas subjacentes; segundo, trouxe a vedação expressa à concessão do auxílio-transporte quando da utilização de veículo próprio por parte do servidor. Essa vedação, constante do parágrafo único do art. 1º, se justifica, à ótica do Poder Executivo, em razão de princípios arrolados no art. 11º da Lei nº 10.233/2001 que visam “compatibilizar os transportes com a preservação do meio ambiente, reduzindo os níveis de poluição sonora e de contaminação atmosférica, do solo e dos recursos hídricos” (BRASIL, 2001, *on-line*) preponderando, para esta finalidade, a priorização dos meios de transporte coletivos em superposição ao transporte particular. Em contraste, a mesma lei que prioriza o transporte coletivo em superposição ao individual assegura aos usuários, no inciso VIII do mesmo artigo, a “liberdade de escolha da forma de locomoção e dos meios de transporte mais adequados às suas necessidades” (BRASIL, Lei 10.233/2001).

Nesse ínterim, a Secretaria de Recursos Humanos, órgão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, posteriormente denominada Secretaria de Gestão Pública e, atualmente, Secretaria de Gestão de Pessoas, que detêm a competência normativa em assuntos relacionados ao pessoal civil do Poder Executivo no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, conforme dispõe o art. 17 da Lei nº 7.923, de 12/12/1989⁸⁰, e art. 24, inc. III do Decreto nº 9.035, de 20/04/2017⁸¹, em vista da

⁸⁰ Art. 17. Os assuntos relativos ao pessoal civil do poder Executivo, na Administração Direta, nas autarquias, incluídas as em regime especial, e nas fundações públicas, são da competência privativa dos Órgãos integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal – Sipec, observada a orientação normativa do Órgão Central do Sistema, revogadas quaisquer disposições em contrário, inclusive as de leis especiais. Parágrafo único. A orientação geral firmada pelo Órgão Central do Sipec tem caráter normativo, respeitada a competência da Consultoria-Geral da República e da Consultoria Jurídica da Seplan.

⁸¹ Art. 24. À Secretaria de Gestão de Pessoas compete: [...] III – exercer a competência normativa e orientadora em matéria de pessoal civil no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional; [...] XVII – sistematizar e divulgar aos órgãos e às entidades integrantes do Sipec as orientações e os pronunciamentos referentes à legislação aplicada à gestão de pessoas, no âmbito das competências da Secretaria;

controvérsia, exarou a Nota Técnica Consolidada nº 01/2013/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, de 27/05/2013, na qual orienta:

19.1. É obrigatória a apresentação dos bilhetes de passagens, por parte dos servidores que utilizam transportes seletivos, nos deslocamentos residência/trabalho/residência para concessão do auxílio-transporte? Resposta: Sim. Entende-se pela obrigatoriedade da apresentação dos bilhetes de passagens, por parte dos servidores que utilizam transportes seletivos ou especiais. [...] 31.1. É possível a concessão de auxílio-transporte a servidores que tenham condução própria, tais como automóveis, bicicletas, motos, etc., e os utilizem ou não nos deslocamentos para o trabalho e do trabalho para a residência, em razão do desgaste sofrido pelo veículo, ainda que a legislação só permita o pagamento na utilização de transporte coletivo? Resposta: Não. Entende-se que não é possível a concessão de auxílio-transporte a servidor que utilize condução própria nos deslocamentos para o trabalho e do trabalho para a residência (BRASIL, 2013, p. 14, grifo do autor).

Até este ponto, a Orientação Normativa nº 4/2011 tão somente reiterou o regramento estabelecido, implícita ou explicitamente, desde a publicação da Medida Provisória originária, em 1998, afinal, o veículo próprio já escapara ao conceito de meio de transporte coletivo. Entretanto, insta destacar o que restou regulamentado por meio de seu art. 5º:

*Art. 5º É vedado o pagamento de auxílio-transporte nos deslocamentos residência/trabalho/residência, quando utilizado serviço de *transporte regular rodoviário seletivo ou especial*. §1º Entende-se como transporte regular rodoviário seletivo ou especial, para fins desta Orientação Normativa, os *veículos que transportam passageiros exclusivamente sentados, para percursos de médias e longas distâncias*, conforme normas editadas pelas autoridades de transporte competentes. §2º As disposições do caput *não se aplicam nos casos em que a localidade de residência do servidor não seja atendida por meios convencionais de transporte* ou quando o transporte seletivo for comprovadamente menos oneroso para a Administração. §3º O pagamento do auxílio-transporte nas situações previstas no caput fica *condicionado à apresentação dos “bilhetes” de transportes utilizados pelos servidores* (BRASIL, 2011, p. 1, grifos nossos).*

Nessa toada, a Orientação Normativa nº 4/2011 trouxe novidade normativa, ao delinear uma ressalva à vedação constante do art. 1º da Medida Provisória nº 2.165-36/2001, possibilitando a concessão quando da utilização de transportes seletivos ou especiais. Tal ressalva, porém, restou condicionada a dois pressupostos fundamentais: primeiro, a que a concessão só seria possível nos casos em que o local de residência do servidor não fosse atendimento por meios convencionais de transporte, exemplificados no art. 2º; segundo, que o

servidor deverá apresentar à Administração, os *bilhetes* de passagens comprovando o uso do transporte seletivo ou especial. Como exemplo, tem-se a Nota Informativa nº 739/2012, através do qual a Coordenação-Geral de Elaboração, Orientação e Consolidação das Normas firmou entendimento pela possibilidade da concessão do auxílio-transporte ao servidor que utilize o veículo denominado VAN, caso em que deverá apresentar à Administração nota fiscal emitida pela empresa de transporte fornecedora do serviço, bem como a comprovação de que o veículo possui autorização para a prestação do serviço.

De tais considerações, pontua-se que, atualmente, a concessão do auxílio-transporte é regulamentada pela Medida Provisória nº 2.165-36/2001 com critérios definidos pela Orientação Normativa nº 4/2011, de modo que a possibilidade de concessão do benefício pode ser classificada em três hipóteses distintas: (a) concessão plena, relativa ao uso de meio de transporte coletivo; (b) concessão condicionada, referente ao uso de transporte seletivo ou especial, com a obrigatória apresentação dos bilhetes ou nota fiscal que comprove sua utilização; e (c) concessão vedada, atinente ao uso de veículo próprio. Os referidos instrumentos normativos, entretanto, não excluem outros atos emanados pelos órgãos competentes com vistas a orientar a aplicação da norma e dirimir eventuais dúvidas, a exemplo das mencionadas Nota Informativa nº 739/2012 e Nota Técnica Consolidada nº 01/2013.

III. A CONCESSÃO DO AUXÍLIO-TRANSPORTE AOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS: ATUAÇÕES ADMINISTRATIVA E JURISDICIONAL

III.I. NEGATIVA ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A Administração Pública, em toda sua conduta ou ação, está vinculada, mediante disposições constitucionais expressas, em legislação infraconstitucional, bem como através de construções da doutrina administrativista, à observância do princípio da legalidade. Nesse contexto, o enunciado do inciso II do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 veicula a ideia mais abrangente, genérica e abstrata do princípio da legalidade. De acordo com o mencionado dispositivo, “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

No que tange à dicotomia de sua aplicabilidade às relações jurídicas atinentes aos particulares e à Administração Pública, certo é que aqueles, pelo princípio da autonomia da

vontade, podem fazer tudo o que a lei não proíba, ao passo que esta só pode fazer o que a lei autoriza, isto é, a atuação administrativa, à luz do princípio da legalidade, “significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador” (SILVA, 2000, p. 421). Nesse sentido, a interpretação que surge acerca do princípio da legalidade em sede de Direito Administrativo é a noção de que só é cabível à Administração, portanto, fazer o que a lei permite (DI PIETRO, 2011).

Além de sua acepção mais genérica, prevista no inciso II do art. 5º, outro fundamento do princípio da legalidade, e este o mais incisivo para a atuação da Administração, encontra-se expresso no artigo 37, *caput*, que enuncia os princípios aplicáveis à Administração Pública. Nesse diapasão, os diversos órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta necessitam observar, obrigatoriamente, as disposições legais e regulamentares sem delas se afastar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilização disciplinar, civil, e criminal (MEIRELLES, 1993). De igual modo, a legislação infraconstitucional também trata do princípio da legalidade, especialmente por intermédio do artigo 2º, parágrafo único da Lei nº 9.784/1999, a lei do Processo Administrativo Federal, quando regula a conduta e a ação do agente público na esfera administrativa. Nesta orla, é a imposição legal do referido Diploma:

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; [...] VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; [...]; VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; [...] XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação (BRASIL, 1999, *on-line*).

Como resultado dos preceitos que norteiam sua conduta, o agente público, diante de requerimento lhe apresentado, deverá emitir decisão administrativa fundamentada, com indicação dos pressupostos de fato e de direito, pelo deferimento ou indeferimento do pleito, após pesquisa à legislação pertinente e análise da situação fático-jurídica relatada e comprovada pelo requerente. Com efeito, em face do regramento instituído pela Medida Provisória nº 2.165-36/2001 e pela Orientação Normativa nº 4/2011 atinente à restrição da concessão do benefício ao custeio parcial quando do uso de meio de transporte

eminentemente coletivo – frise-se, meio de transporte coletivo –, a decisão administrativa acerca da concessão do benefício ao servidor que utilize veículo próprio não é outra senão pelo indeferimento. Nesse sentido, é o acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Goiás que, no exercício de sua função administrativa, denegou, em sede de recurso administrativo, requerimento de servidor pela concessão quando da utilização de veículo próprio:

RECURSO ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-TRANSPORTE A SERVIDORES. UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO PRÓPRIO. VEDAÇÃO RESOLUÇÃO TSE Nº 22.697/2008. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. O auxílio-transporte foi instituído no âmbito da Administração Pública Federal pela Medida Provisória nº 2.165-36, de 23 de agosto de 2001, sendo regulamentada no âmbito da Justiça Eleitoral pela Resolução TSE nº 22.697/2008, alterada pela Resolução nº 23.055/2009. 2. *Para fazer jus a percepção do auxílio-transporte o servidor deve utilizar transporte coletivo, e apenas excepcionalmente, transporte regular rodoviário seletivo ou especial.* 3. *Servidor que utiliza veículo próprio para deslocamento casa - trabalho não tem direito ao recebimento de auxílio - transporte.* 4. Recurso conhecido e desprovido (GOIÁS, 2012, *on-line*, grifo nosso).

Curiosamente, a despeito da restrição normativa e convergindo com a nova jurisprudência – como se evidenciará na seção seguinte –, despontou em março de 2015 uma iniciativa do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo (IFSP) ao regulamentar a concessão do auxílio-transporte a seus servidores, independentemente do meio de transporte utilizado, por intermédio, a princípio, do COMUNICADO Nº 04/2015 – REITORIA e, em seguida, pela Instrução Normativa nº 001, de 18 de março de 2015, cujo art. 3º dispõe:

Art. 3º Nos casos em que o Auxílio-transporte seja referente à utilização de veículo próprio nos deslocamentos diários (residência/trabalho/residência), o valor a ser utilizado como parâmetro para o pagamento será o mesmo praticado pelo transporte coletivo, levando-se em consideração o trecho residência/trabalho/residência (INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO, 2015, p. 1).

Tal concessão, todavia, aparenta carecer de legalidade, pois inova o ordenamento jurídico, regulamentando direito para além dos limites da lei, ainda que restrito ao âmbito daquele ente. Além disso, promove autorização de despesas públicas contrariamente às

orientações de órgão competente para regulamentar, orientar e dirimir dúvidas quanto à aplicação de normas em matéria de pessoal.

III.II. CONSOLIDAÇÃO JURISPRUDENCIAL E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E RAZOABILIDADE

Quando se traz à luz a consideração acerca do princípio da legalidade no âmbito de atuação da Administração Pública, isso se faz no intuito de nortear a discussão no que concerne ao indeferimento da concessão do auxílio-transporte ao servidor que se submete a situações específicas como quando dispõe de veículo próprio para o deslocamento no trajeto residência/trabalho/residência. Se, por um lado, a lei estabelece que a concessão do auxílio-transporte ocorre com a finalidade do custeio parcial das despesas realizadas com transporte *coletivo*, por outro, ato normativo infralegal permite sua concessão nos deslocamentos realizados com transportes seletivos ou especiais mediante critérios por ele estabelecidos. Dessa possibilidade, não há óbice e o servidor público dela se beneficia regularmente.

Em última análise, o transporte seletivo ou especial não se caracteriza, exclusiva e eminentemente, como meio *particular*, visto transportar uma pluralidade de indivíduos, a exemplo do ônibus rodoviário intermunicipal. É o que se depreende da conceituação trazida pelo §1º do art. 5º da Orientação Normativa nº 04/2011:

§1º Entende-se como transporte regular rodoviário seletivo ou especial, para fins desta Orientação Normativa, os veículos que transportam passageiros exclusivamente sentados, para percursos de médias e longas distâncias, conforme normas editadas pelas autoridades de transporte competentes (BRASIL, 2011, *on-line*).

Contudo, aos servidores que utilizam de condução própria, tais como automóveis, motos, bicicletas etc., o Poder Executivo regulamentador entende não ser possível a concessão do vale-transporte, embora possível, sob critérios bem definidos, o enquadramento do *automóvel* no conceito de transporte regular rodoviário seletivo ou especial. Em face da negativa administrativa, e considerando condições peculiares, tais como limitações de horário de ônibus, bem como o dispendioso gasto com combustíveis⁸², e, ainda, tendo em apreço o

⁸² À época da redação deste artigo, o preço mediano por litro de gasolina no município de Muriaé – MG acusava R\$ 4,37. Supondo-se um veículo com autonomia de 14 km/L e trajeto diário de 140 km, em um mês, com 22 dias úteis, o gasto total seria, aproximadamente, R\$ 960,00, apenas com combustível (simulação realizada através do sítio <http://www.precodoscombustiveis.com.br/#/muriáé>, em 09 de janeiro de 2018).

princípio da inafastabilidade da jurisdição vazada no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, servidores públicos federais de diferentes entidades ajuizaram ações judiciais, diretamente ou substituídos pelas respectivas entidades sindicais, no intuito de demonstrar a insubsistência da restrição legal e fazer jus ao auxílio-transporte independentemente do meio utilizado, bem como de arguir a reparação ao dano material de acordo com o prazo prescricional.

Nesse contexto, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região determinou na Apelação Cível Nº 0006545-80.2012.4.03.6100/SP, ajuizada pelo Sindicato Nacional dos Servidores Federais da Educação Básica e Profissional – SINASEFE Seção Sindical de São Paulo, que o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo (IFSP) concedesse o auxílio aos substituídos pela entidade Sindical. A decisão fundamentou-se em jurisprudência que se firmara em julgados anteriores, mormente nos anos 2013 e 2014, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, referenciados na Apelação Cível mencionada:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO - TRANSPORTE. DESLOCAMENTO COM VEÍCULO PRÓPRIO DO SERVIDOR. POSSIBILIDADE. 1. Segundo a jurisprudência do STJ, o auxílio-transporte tem por fim o custeio de despesas realizadas pelos servidores públicos com transporte, através de veículo próprio ou coletivo municipal, intermunicipal ou interestadual, relativas aos deslocamentos entre a residência e o local de trabalho e vice-versa. Precedentes do STJ. [...] (AgRg no REsp 1418492/RS, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 23/10/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/11/2014).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. SERVIDOR PÚBLICO. AUXÍLIO - TRANSPORTE. INDENIZAÇÃO. DESLOCAMENTO AO SERVIÇO. VEÍCULO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. 1. Esta Corte perfilha entendimento no sentido de que o servidor público que se utiliza de veículo próprio para deslocar-se ao serviço faz jus ao recebimento de auxílio-transporte, nos termos interpretados do art. 1º da MP n. 2.165-36/2001. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 238740/RS, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 05/02/2013).

Na sentença, o Excelentíssimo Senhor Nino Toldo, Desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e relator da Apelação, além de reiterar o posicionamento favorável aos servidores públicos, arguiu, em seu voto, acerca da própria legalidade da Orientação Normativa nº 4/2011:

Assim, constata-se que mesmo aqueles servidores públicos que se utilizam de outras formas de transporte, que não o coletivo, também têm direito à percepção do auxílio-transporte. *Entendimento contrário, na visão do Superior Tribunal de Justiça, seria discriminar injustificadamente, com base na mera natureza do transporte utilizado, aqueles servidores que, precisando deslocar-se até o local de trabalho, optam por fazê-lo mediante transporte próprio, ou mesmo não têm alternativa de locomoção.* Necessário, pois, que a Administração Pública custeie parte de seus gastos com o transporte da residência ao trabalho e vice-versa. *São manifestamente ilegais, por outro lado, a Orientação Normativa nº 4/2011, [...] que exigem dos substituídos do Sindicato autor a apresentação dos bilhetes de transporte utilizados, a título de comprovação de despesas. É que a Medida Provisória nº 2.165-36/2001 dispõe que para a concessão do benefício será necessária mera declaração do servidor, na qual ateste a realização de despesas com transporte. [...] Ademais, é reconhecido o direito à percepção do auxílio-transporte mesmo em relação àqueles servidores que se utilizam de veículo próprio, os quais não têm como comprovar despesas com transporte público. Portanto, as normas administrativas acima referidas desbordam de sua função precípua, [...] criando obrigação não contida na lei, em ofensa ao Princípio da Legalidade (CF, art. 37, caput). [...] (SÃO PAULO, 2015, on-line, grifo nosso).*

Na eminência da questão aventada, relativa à legalidade da regulamentação imposta pela Orientação Normativa nº 4/2011, Guerra (2003) expõe que:

O princípio da legalidade insere-se na discussão das grandes questões envolvendo a concepção jurídico-política de Estado, o constitucionalismo, o positivismo jurídico e os direitos fundamentais da pessoa humana, com destaque para os referenciais da liberdade e da individualidade (GUERRA, 2003, p. 01).

Insta ponderar, sob esse aspecto, que a Orientação Normativa nº 4/2011, objetivando orientar a aplicação das disposições contidas na Medida Provisória, trouxe expressa uma restrição já constante desta. Além disso, efetivamente operacionalizou verdadeiro abrandamento da restrição legal em favor do servidor público, ampliando, certo modo, seu grau de liberdade ao possibilitar que este possa valer-se de meio de transporte seletivo ou especial. A despeito de tal arguição de ilegalidade, entende também pela concessão do auxílio-transporte na hipótese em voga a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MP Nº 2165-36/2001.

AUXÍLIO-TRANSPORTE. USO DE MEIO PRÓPRIO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. 1 - O auxílio-transporte é devido também ao servidor que utiliza meio próprio para locomoção ao local de trabalho. Precedentes. [...] (AgRg no REsp 1103137/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 23/03/2012).

Primordialmente, o STJ, mesmo antes da edição da Orientação Normativa nº 4/2011, já firmara entendimento favorável ao servidor que utiliza meio próprio de locomoção em julgado datado de 18/11/2010:

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MP Nº 2165-36/2001. AUXÍLIO-TRANSPORTE. USO DE MEIO PRÓPRIO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. É devido o auxílio-transporte mesmo ao servidor que utiliza meio próprio para locomoção ao local de trabalho. [...] (AgRg no REsp 980.692/RS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 06/12/2010).

Na mesma toada, é a sentença prolatada pela Excelentíssima Senhora Ingrid Schroder Sliwka, Juíza Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Ação Civil Pública Nº 5091222-64.2014.4.04.7100/RS, ajuizada pelo Sindicato dos Professores das Instituições Federais de Ensino Superior de Porto Alegre – ADUFRGS SINDICAL, na qual traz à baila o princípio da razoabilidade como elemento norteador da decisão, ao analisar a finalidade profícua do benefício e argumentar afronta ao princípio da isonomia:

Ainda que, no art. 1º, seja feita alusão à expressão transporte coletivo, entendo que o fato de o servidor público utilizar-se de meio próprio para ir ao local de trabalho não impede o pagamento do referido auxílio. Como o auxílio-transporte é verba indenizatória, destinada ao custeio parcial das despesas realizadas pelo servidor em seus deslocamentos da residência para o local trabalho e vice-versa, *o único critério norteador razoável é a efetiva despesa com transporte. Aliás, atentaria contra o princípio da isonomia discriminar os servidores apenas em função do meio de locomoção eleito*, de modo que basta demonstrar a necessidade de utilização de transporte, para que exsurja o direito à prestação em comento (RIO GRANDE DO SUL, 2015, *online*, grifo nosso).

O princípio da razoabilidade é novamente suscitado na sentença proferida no Processo Nº 6247-21.2013.4.01.3801 pela Juíza Substituta da Subseção Judiciária de Juiz de Fora - MG, a Excelentíssima Senhora Marina de Matos Salles:

O reconhecimento do direito vindicado não trará qualquer ônus à União, não sendo *razoável* que a administração pública imponha ao servidor o recebimento da verba indenizatória à utilização do transporte coletivo intermunicipal, situação em que fica adstrito aos horários estabelecidos pela empresa concessionária do serviço de transporte rodoviário intermunicipal, que nem sempre são compatíveis com o horário de trabalho do servidor (MINAS GERAIS, 2015, *on-line*, grifo nosso).

Apesar de não expresso no texto constitucional, o princípio da razoabilidade insere-se no campo dos princípios gerais do Direito, aplicáveis a praticamente todos os ramos desta Ciência. Tal se verifica na concepção de Couto (2011, p. 46) para quem “os princípios gerais do Direito são proposições enunciativas gerais hipotéticas extraídas das regras postas no ordenamento jurídico”. E complementa o referido autor ao afirmar que essa conceituação “é baseada na concepção positivista do Direito e utiliza tais proposições como instrumento de aplicação, compreensão e integração das regras jurídicas postas” (COUTO, 2011, p. 46). Nesse campo, o princípio da razoabilidade, quando de sua apreciação pelo Poder Judiciário, visa evitar restrições inadequadas ou abusivas aos administrados. No mesmo sentido, Di Pietro (2011, p. 80) afirma que tal princípio reveste-se como “mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário”. Certo é que não apenas o ato administrativo, mas também atos normativos primários, com *status* de lei ordinária, tal qual a Medida Provisória nº 2.165-36/2001, têm sido apreciados pelo Poder Judiciário.

Deste trato, salienta-se a necessidade de a Administração Pública observar princípios não expressos no texto constitucional, haja vista o disposto no artigo 2º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.784/1999 ao asseverar que “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito” (BRASIL, 1999, *on-line*). Assim, a atuação conforme o Direito aduz a que a Administração, no exercício de sua função regulamentadora, deva atentar-se não somente ao texto legal, mas também aos princípios implícitos tradicionalmente apontados pela doutrina administrativista. Do contrário, oportuniza-se uma atuação mais incisiva pelo Poder Judiciário.

Não é exclusiva, todavia, jurisprudência favorável ao servidor público. De fato, existem precedentes, embora mais antigos, em casos análogos, pela impossibilidade de

modificação dos parâmetros de concessão do auxílio-alimentação pelo Poder Judiciário, a exemplo do acórdão da Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de Goiás:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL FEDERAL. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Em se tratando de regras para a fixação e majoração das parcelas pagas a título de auxílio-alimentação a servidor público federal do Poder Executivo a competência é desse Poder, consoante previsão do art. 22 da Lei nº 8.460/92, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os parâmetros em detrimento da conveniência da Administração Pública. 2. Recurso conhecido e improvido. (PEDILEF 200435007206943 RECURSO CÍVEL. Relator Juiz JOSÉ GODINHO FILHO. Turma Nacional de Uniformização. Data da Decisão: 19/10/2004).

Embora adstrito a outro benefício – o auxílio-alimentação –, tal julgado faz alusão ao princípio da separação dos Poderes, sobretudo reiterando a função regulamentar do Poder Executivo no estabelecimento de parâmetros para a concessão de benefícios a seus servidores. Em última análise, os instrumentos normativos decorrem do poder regulamentar, através do qual se expressa a função normativa do Poder Executivo, complementando as leis para sua fiel execução (DI PIETRO, 2011).

No mesmo sentido, é o julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que referencia o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), firmada através da Súmula 339, de que “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Súmulas). Assim, é o julgado:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - INTEGRANTES DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA - PERCEPÇÃO DE AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO EM VALORES IDÊNTICOS AOS SERVIDORES DA CÂMARA DOS DEPUTADOS - IMPOSSIBILIDADE - LEI N. 8.460/92 - DECRETO N. 3.887/2001 - SENTENÇA MANTIDA. 1. Por força do disposto no art. 22 da Lei n. 8.460/92 c/c art. 3º do Decreto n. 3.887/2001, a competência para regulamentar o valor mensal do Auxílio Alimentação a servidores da Agência Brasileira de Inteligência - ABIN é do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sendo impróprio ao Poder Judiciário, a título de isonomia, modificar os parâmetros da Administração. 2. Não há falar em existência de direito à majoração da verba de Auxílio Alimentação mencionada, nos moldes recebidos pelos servidores da Câmara dos Deputados, a teor da Súmula n. 339 do Supremo Tribunal Federal, que veda ao Poder Judiciário conceder vantagens a servidores públicos, sob fundamento de isonomia. 3. Precedente: AC 2003.34.00.044635-6/DF, Rel. Desembargador

Federal CARLOS MOREIRA ALVES, 2ª Turma, DJ de 07/12/2006, p.54. 4. Apelação desprovida. (Processo AC 200534000373680 AC - APELAÇÃO CIVEL 200534000373680 Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO Sigla Do Órgão TRF1 Órgão Julgador PRIMEIRA TURMA Fonte Edjf1 DATA: 04/03/2008 PÁGINA: 128. Data Da Decisão 20/02/2008. Data Da Publicação 04/03/2008).

A referida súmula, no entanto, data de 1963 e, dessa forma, representa pensamento dominante à época, já tendo sido superada por dois ordenamentos jurídicos distintos – aqueles regrados sob a égide das Constituições de 1967 e 1988, esta última vigente. Sob essa ótica, constata-se que a jurisprudência ultrapassada, embora pacífica no passado, não mais reflete o pensamento atualmente dominante acerca de determinado assunto (COUTO, 2011).

Ademais, recentes decisões judiciais prolatadas em sede de Mandado de Segurança com pedido de medida liminar trazem o argumento de que a exigência de uso de transporte coletivo constitui intervenção ilegal do Estado no âmbito privado do servidor, a quem cabe escolher o meio de transporte que julgar mais adequado. É o que explicita o Excelentíssimo Senhor Renato Grizotti Júnior, Juiz Federal da Subseção Judiciária de Muriaé-MG, através do Mandado de Segurança Nº 1000015-71.2017.4.01.3821:

O benefício concedido na forma de pecúnia, em razão do gênero, oferece opção ao beneficiário de utilizar-se do meio de transporte que melhor lhe aprouver. A exigência de uso do transporte coletivo, para o recebimento da parcela indenizatória, constitui intervenção ilegal do Estado no âmbito privado do servidor, pois cabe a ele escolher o meio de transporte que entenda adequado para o seu deslocamento: coletivo ou próprio. Permitir que a Administração faça a diferenciação, pagando a parcela indenizatória apenas àqueles que utilizam o transporte coletivo, viola frontalmente o princípio constitucional da isonomia. (Mandado de Segurança 1000015-71.2017.4.01.3821 Juiz Federal Renato Grizotti Júnior. TRF1. Subseção Judiciária de Muriaé-MG. Data da Decisão: 11/05/2017. Data da Publicação: 12/05/2017).

Consustanciam, ainda, decisões favoráveis aos servidores impetrantes, os Mandados de Segurança 1000013-04.2017.4.01.3821, 1000009-64.2017.4.01.3821, 1000012-19.2017.4.01.3821, 1000015-71.2017.4.01.3821, 1000018-26.2017.4.01.3821 e 1000007-94.2017.4.01.3821, todos de origem da Subseção Judiciária de Muriaé-MG, no ano de 2017, contra indeferimentos realizados em sede administrativa pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais, fato que demonstra a tendência à judicialização da matéria.

Ademais, em face da nova jurisprudência, restou a necessidade de definição do parâmetro a ser adotado para a quantificação da verba indenizatória nos casos de utilização de veículo próprio, vez que, a esse respeito, inexistente previsão legal ou regulamentar. Apesar da inexistência normativa desta hipótese, há jurisprudência firmada no âmbito do STJ, posicionamento que se extrai do inteiro teor do acórdão proferido no AgRg. no Agravo em Recurso Especial nº 436.999 – PR:

Cumpra ainda anotar que necessário se faz fixar um parâmetro para definir o valor da referida indenização. Nesse aspecto, o critério que melhor atende ao objetivo da norma é o ressarcimento com base nas despesas que existiriam caso fosse utilizado o transporte coletivo existente para a localidade. (AgRg no AGRavo EM RECURSO ESPECIAL Nº 436.999 – PR. Rel. Ministro Herman Benjamin. Julgado: 20/03/2014. DJe 27/03/2014).

Tendo por fundamento o precedente do Tribunal Superior, foi pelo mesmo critério a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região na Apelação Cível Nº 0006545-80.2012.4.03.6100/SP:

Posto isso, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO à apelação para julgar procedente o pedido, condenando o réu a pagar o auxílio-transporte em benefício dos servidores substituídos pelo autor, *em valor equivalente à despesa que seria realizada no mesmo itinerário, se utilizado o transporte coletivo, bem como a pagar os valores atrasados relativos a esta mesma verba*, observada a prescrição quinquenal. (SÃO PAULO, 2012, *on-line*, grifo nosso)

A partir de tais julgados, constata-se que o parâmetro escolhido pela jurisprudência para a quantificação da verba indenizatória não é outra senão a despesa que existiria caso fosse utilizado o transporte coletivo no trajeto realizado pelo servidor.

IV. BREVE ANÁLISE AXIOLÓGICA DA CONCESSÃO DO AUXÍLIO-TRANSPORTE

Argui-se a partir dos referidos precedentes se o Poder Judiciário não estaria, dessa forma, assumindo função de legislador positivo ao, além de reconhecer direito não preestabelecido em lei, criar critérios ou parâmetros para o cálculo do benefício, ainda que

pela técnica da analogia⁸³. Tal arguição aflora tendo em vista que o órgão competente para editar uma norma jurídica opta, dentre diversos possíveis comportamentos e fatos da realidade social, por aquele que lhe pareça mais conveniente para a consecução de seus objetivos (SCHWARTZ, 2009, p. 131). Com relação à vedação da concessão do auxílio-transporte aos servidores que utilizam veículo próprio, tal opção partiu da necessidade de incentivar condutas e princípios atinentes à preservação do meio ambiente – possivelmente, uma opção política.

Embora as normas jurídicas não contemplem exhaustivamente todos os fatos ou comportamentos humanos para fins de regulação normativa, em matéria atinente a Direito Administrativo, sobretudo, impera, como já discorrido neste trabalho, o princípio da legalidade do qual se aduz que à Administração Pública só se dá realizar o que está previsto em lei. No mesmo contexto, o Poder Judiciário, quando da interpretação da norma e sua aplicação ao caso concreto, deve atentar-se, na qualidade de Poder constituído, para sua função precípua jurisdicional, haja vista a Constituição de 1988 não lhe ter outorgado a função tipicamente legiferante. Obviamente, haverá o Poder Judiciário de interpretar a norma; todavia, conforme reitera Couto (2011, p. 18), “o processo de aplicação/interpretação não deve deturpar o que foi posto como baliza pelo legislador”.

Confrontando os julgados apresentados, infere-se que, embora houvesse, inicialmente, prevalência de entendimento pela não intervenção do Poder Judiciário nos atos do Poder Executivo que regulamentam benefícios a seus servidores, fato é que o entendimento jurisprudencial mais recente passa a proclamar que não haveria justiça para o servidor que dispõe de veículo próprio se esse não fosse também acobertado com a concessão do auxílio-transporte. Nesse aspecto, bem disserta Schwartz (2009), em análise axiológica, ao tecer que:

[...] o conceito de justiça, por exemplo (tanto quanto o conceito de bondade, de maldade etc.), é dotado de manifesta carga de subjetividade, podendo-se certamente afirmar que cada indivíduo está habilitado a formar seus próprios critérios para identificá-la. Nesse sentido, *a experiência demonstra que não há lei que possa por todos, concomitante e indistintamente, ser qualificada como justa ou injusta* (SCHWARTZ, 2009, p. 178, grifo nosso).

Nessa toada, sem prejuízo de uma análise à luz do princípio da isonomia, a nova jurisprudência assenta-se, sobretudo, sobre o princípio da razoabilidade, segundo o qual não

⁸³ De acordo com Schwartz (2009, p. 145), “Para fins jurídicos, o recurso à analogia quer significar: dada uma situação não prevista direta e especificamente por uma norma, aplicar-se-á outra que regule uma situação distinta, mas que guarde semelhança com a hipótese não regrada”.

seria lógico, tampouco razoável, que o servidor que disponha de meio próprio de locomoção deixe de utilizá-lo para, por imposição da Administração Pública, utilizar o transporte coletivo, ou mesmo aquele classificado como seletivo ou especial, apresentando os bilhetes que comprovem o deslocamento por estes meios. O raciocínio parece simples: uma vez que a finalidade do benefício é o custeio parcial das despesas do servidor público com transporte, com vistas a não prejudicar severamente sua remuneração com tais dispêndios, não seria razoável discriminá-lo tão somente em função do meio de locomoção utilizado, haja vista a existência real de despesas qualquer que seja este meio.

Destarte, cumpre recapitular que a razão da existência do auxílio-transporte não é outra senão a de impedir que a remuneração do servidor seja severamente afetada em função de suas despesas com o deslocamento no trajeto residência/trabalho/residência. Prevalendo esse fundamento, não seria razoável, de fato, a discriminação do servidor, para fins da concessão do benefício, tão somente em virtude do meio que se vale para o seu deslocamento rotineiro, a despeito da competência normativa da Administração Pública para regulamentar a matéria conforme critérios de conveniência próprios. Nesse sentido, convergem as decisões judiciais que asseveram afronta ao princípio constitucional da isonomia e à própria finalidade profícua do instituto.

Nesse campo, exsurge a ideia de *conflitos de interesses* tuteláveis, hipótese que conduz o Direito à fixação de critérios de valoração hierárquica para diferenciar um interesse de outro e, com frequência, preponderar um sobre o outro. A opção pela adoção de um ou outro critério hierárquico consubstancia-se como resultado de decisões políticas ou, nas palavras de Hans Kelsen, *conveniências metajurídicas*. Tais decisões, por conseguinte, advêm de exame da realidade de uma comunidade social, em determinada época. Nesse sentido, Schwartz (2009) argumenta que:

Em vista da dinamicidade dos fatos sociais, verificada pela mutação dos interesses em conflito ou potencialmente conflitáveis, procura o Direito compatibilizar-se com tais fatos, de forma a que não se distancie da tarefa de equacionamento que lhe compete. Daí porque se afirma que *o Direito não é estático*. Como regulador da conduta do homem em sociedade, amolda-se *pari passu* aos interesses predominantes, aspectos que a experiência universal tem demonstrado através da edição, mais ou menos frequente, de novas regras de conduta que vão sendo impostas em substituição a outras cujos efeitos não mais são desejados (SCHWARTZ, 2009, p. 27, grifo nosso).

Considerando, portanto, o aspecto dinâmico do Direito, bem como sua tarefa de equacionamento dos interesses em conflito, verifica-se que as demandas da sociedade influenciam a modelagem periódica da lei, *latu sensu*, com vistas a seu amoldamento à realidade social. Na prática, esse amoldamento ocorre através das alterações legislativas periódicas que acompanham os interesses e valores postos.

Ademais, a concessão judicial do auxílio-transporte aos litigantes ocasiona uma situação anormal, de desigualdade e insegurança jurídica, ao possibilitar, por exemplo, que em uma mesma entidade da Administração coexista grupo de servidores para o qual resta vigente e impositiva a norma que proíbe a concessão do benefício na utilização de veículo próprio ou, ainda, que exija a apresentação dos bilhetes ou da nota fiscal a comprovar o gasto com o meio seletivo ou especial, e aquele grupo de servidores, este mais restrito, para o qual não vigora mais tais exigências, sendo-lhe concedido o auxílio-transporte, independentemente do meio de transporte utilizado. Tal situação faz imperar um tratamento não isonômico entre servidores que se encontram em situações fático-jurídicas semelhantes, com sua mera classificação entre aqueles que litigaram judicialmente e aqueles que optaram por não fazê-lo.

Em síntese, porém, constata-se que as decisões judiciais sinalizam pelo primado do princípio da igualdade, de envergadura constitucional, de modo a desfazer o tratamento diferenciado a servidores apenas pelo meio de descolamento escolhido no trajeto residência/trabalho/residência. Todavia, se num extremo busca-se, com as concessões judiciais, a redução da desigualdade gerada pelo cerceamento de direito para com os servidores que almejam a liberdade de escolha do meio de transporte que lhe melhor convém, noutro extremo amplia-se, em igual medida, outra desigualdade, qual seja, a coexistência de servidores para os quais subsistem regimentos distintos: para uns, a concessão do auxílio-transporte independente do meio de transporte utilizado; para outros, a vedação normativa à utilização de veículo próprio. Remonte-se que a Lei nº 10.233/2001, ao visar a compatibilização dos transportes com a preservação do meio ambiente, priorizando os meios de transporte coletivos em superposição aos particulares, previu no inc. VIII do art. 11, “assegurar aos usuários liberdade de escolha da forma de locomoção e dos meios de transporte mais adequados às suas necessidades” (BRASIL, Lei 10.233/2001), demonstrando um conflito normativo pendente de resolução definitiva.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a Orientação Normativa nº 4/2011 ter abrandado o escopo delineado pela Medida Provisória nº 2.165-36/2001, possibilitando que, em situação excepcional, o servidor possa usufruir do auxílio-transporte quando realize o deslocamento residência/trabalho/residência por meio de transporte seletivo ou especial, fato é que permanece inalterada a impossibilidade de concessão quando o servidor utiliza de veículo próprio no trajeto supra. Nesse sentido, não aparenta haver ilegalidade na Orientação Normativa nº 4/2011, que, com o intuito de orientar a aplicação do instrumento primário objetivando clareza na regulamentação do auxílio-transporte, tomou para si o encargo de explicitar uma restrição já presente neste e, além disso, operacionalizou um abrandamento da restrição legal, isto é, a norma regulamentar acabou por agir em favor do servidor público.

Em face da Emenda Constitucional nº. 32/2001, o Poder Executivo se viu desobrigado de revisitar a matéria. A referida Emenda, como exposto, tornou com vigência indeterminada as medidas provisórias em vigor na data de sua publicação, de modo que não mais necessária foi a reedição da Medida Provisória nº 2.165-36/2001 para que sua eficácia normativa permanecesse em vigor no ordenamento jurídico. De igual modo, nem ainda o Poder Legislativo veio deliberar a seu respeito, restando ao Poder Judiciário, diante de demandas concretas, a interpretação da norma à luz de princípios e fundamentos constitucionais. Assim, a reflexão passou a ser abordada pelo Judiciário em seu aspecto principiológico. A partir de uma análise da finalidade profícua do benefício, qual seja o de auxiliar o servidor no custeio parcial de suas despesas com locomoção, norteadas pelos princípios da igualdade e razoabilidade, firmou-se nova jurisprudência arguindo o entendimento de que os servidores e empregados públicos federais possuem o direito à percepção do auxílio-transporte independente do meio de locomoção utilizado.

Em razão do cenário atual, no qual a expressiva maioria dos órgãos públicos fundamentam as decisões administrativas em consonância à regulamentação infralegal, se, por um lado, a denegação faz imperar afronta ao princípio da isonomia, conforme argumentam decisões judiciais mais recentes, noutro extremo, essas decisões favoráveis à concessão do auxílio-transporte aos servidores que utilizam veículo próprio faz emergir a existência de tratamento não isonômico entre servidores que se encontram em situações fático-jurídicas semelhantes. Diante da situação em voga, exsurge, portanto, a necessidade de o legislador reapreciar a matéria, e, caso firme-se pela possibilidade da extensão do benefício àqueles que

se valham de meios próprios de locomoção, estabeleça critérios objetivos para sua concessão, sob o risco de possibilitar ao Judiciário uma atuação, a certo modo, como legislador positivo. Nesse meio, o agente público que se vê cometido da responsabilidade de proferir decisão administrativa em face de requerimento lhe apresentado, permanece adstrito, quando da análise dos fatos a ele trazidos, às imposições normativas restritivas de modo a indeferir, portanto, a concessão do auxílio-transporte nos casos em que o servidor opte pela utilização de veículo próprio.

Por fim, destaca-se que o presente artigo apresenta duas limitações principais. A primeira remonta à fonte de dados, selecionados pelo critério de amostragem não probabilística, primando-se pela maior acessibilidade. Nesse sentido, para complementar a discussão, sugere-se coleta de dados mais ampla, com levantamento de todas as decisões judiciais relativas à concessão do auxílio-transporte no caso de utilização de veículo próprio. Outra limitação refere-se ao espectro de análise do tema, visto que esse trabalho não pretendeu uma análise jurídica demasiadamente profunda, mas sim a exposição de um *overview*, de modo que análises aprofundadas contribuiriam para a construção do conhecimento e proposição de soluções, como demanda a questão.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Leomar Barros. *Medidas provisórias: a experiência brasileira*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/21845>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

BRASIL. *Emenda constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001*. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm>. Acesso em: 24 jul. 2015.

_____. *Lei n. 9.784/1999, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 06 dez. 2015.

_____. *Lei n. 10.233/2001, de 5 de junho de 2001*. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 06 dez. 2015.

_____. *Medida provisória n. 2.165-36, de 23 de agosto de 2001*. Institui o Auxílio-Transporte, dispõe sobre o pagamento dos militares e dos servidores do Poder Executivo Federal, inclusive de suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2165-36.htm>. Acesso em: 06 dez. 2015.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Nota técnica consolidada n. 01/2013, de 27 de maio de 2013*. Disponível em: <<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/legislacao/atoNormativoDetalhesPub.htm?id=9389>>. Acesso em: 19 maio 2017.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Nota informativa n. 739/2012, de 22 de agosto de 2012*. Disponível em: <<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/legislacao/atoNormativoDetalhesPub.htm?id=9121>>. Acesso em: 22 maio 2017.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Orientação normativa n. 4/2011, de 11 de abril de 2011*. Disponível em: <<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/legislacao/atoNormativoDetalhesPub.htm?id=8440>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no agravo em recurso especial n. 436.999 – PR (2013/0388480-1)*. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgado: 20/03/2014. DJe 27/03/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 980.692/RS*. Relator Ministro Haroldo Rodrigues. Sexta Turma. Julgado em: 18/11/2010. DJe 06/12/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1103137/RS*. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Quinta Turma. Julgado em: 06/03/2012. DJe 23/03/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 339*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 06 dez. 2015.

COUTO, Reginaldo. *Curso de direito administrativo: segunda a jurisprudência do STJ e do STF*. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DISTRITO FEDERAL. *Apelação cível 200534000373680*. Relator Desembargador José Amilcar Machado. Brasília, 04/03/2008.

GOIÁS. Tribunal Regional Eleitoral. *Processo administrativo n. 199-47.2012.6.09.0000*. Desembargador Relator João Waldeck Felix de Sousa. Goiânia, 20/07/2012. Disponível em: <<https://tre-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22020390/processo-administrativo-procad-19947-go-tre-go?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 mai. 2017.

_____. Turma Nacional de Uniformização. *PEDILEF 200435007206943 - recurso cível*. Relator Juiz José Godinho Filho. Goiânia, 19/10/2004.

GUERRA, Glauco Martins. *Princípio da legalidade e poder normativo: dilemas da autonomia regulamentar*. BDJur, 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/18767>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO. *Comunicado n. 04/2015 – Reitoria*. Disponível em: <<http://www.ifsp.edu.br/index.php/arquivos/category/514-2015.html?download=13201%3Acomunicado-no-42015>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

_____. *Instrução normativa n. 001, de 18 de março de 2015*. Dispõe acerca do ressarcimento do Auxílio-Transporte no âmbito do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo – IFSP e torna sem efeito a Instrução Normativa nº 01 de 8/10/2013, e outros documentos sobre o tema. Disponível em: <<http://www.ifsp.edu.br/index.php/arquivos/category/43-recursos-humanos.html?download=13452%3Ainstrucao-normativa-no-1-de-18-de-marco-de-2015>>. Acesso em: 19 mai. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal. *Processo n. 6247-21.2013.4.01.3801*. Juiz Relator Leonardo Augusto de Almeida Aguiar. Juiz de Fora, 12/02/2015.

_____. Tribunal Regional Federal. *Mandado de segurança n. 1000015-71.2017.4.01.3821*. Juiz Renato Grizotti Júnior. Muriaé, 12/05/2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal. *Ação civil pública n. 5091222-64.2014.4.04.7100/RS*. Desembargador Relator Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 10/07/2015.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal. *Apelação cível N. 0006545-80.2012.4.03.6100/SP*. Desembargador Relator Nino Toldo. São Paulo, 01/07/2015.

SCHWARTZ, Norberto. *Noções de direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. *As medidas provisórias na constituição de 1988*. Artigo Científico. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 176: 1-28 abr./jun.1989. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46083/44241>>. Acesso em: 06 dez. 2015.