



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000006925

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007540-05.2019.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante/apelado UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO - UNESP, sendo apelado/apelante LUIZ CARLOS MATTOS DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento aos recursos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente) E JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 9 de janeiro de 2025.

PAOLA LORENA
Relatora
Assinatura Eletrônica

Apelação/Remessa Necessária nº 1007540-05.2019.8.26.0071

Recorrente: Juízo *Ex Officio*

Apelante/Apelada: Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – Unesp

Apelado/Apelante: Luiz Carlos Mattos dos Santos

Comarca: **Bauru**

Voto nº 13558

Apelação, recurso adesivo e remessa necessária. Servidor autárquico estadual. Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP. Autor nomeado para o cargo de Desenhista. Alegação de que exerce a atividade de Engenheiro. Pretensão de condenação da ré: (i) ao pagamento das diferenças remuneratórias, vencidas e vincendas, decorrentes do desvio de função, com os respectivos reflexos; (ii) à incorporação da décima parte dos vencimentos do cargo/função de Engenheiro, nos termos do art. 133 da Constituição do Estado de São Paulo; (iii) ao pagamento de adicional de insalubridade, em grau médio ou máximo; (iv) ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$20.000,00 (vinte mil reais). Parcial procedência na origem.

I. Desvio de função. Acervo probatório que demonstra que o autor exercia habitualmente as atribuições do cargo de Engenheiro, possuindo, inclusive, a habilitação exigida para o exercício das funções – graduação em Engenharia Civil e registro no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA).

II. Incorporação de décimos. Inadmissibilidade.

III. Adicional de insalubridade. Laudo pericial que atesta a insalubridade em grau médio (20%).

IV. Indenização por danos morais. Assédio moral não demonstrado.

V. Sentença mantida. Recursos não providos.

Cuida-se de reexame necessário e de apelo voluntário

interposto pela **Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – Unesp** contra sentença (fls. 849/856) lançada em demanda condenatória ajuizada por **Luiz Carlos Mattos dos Santos**, pela qual foi julgado parcialmente procedente o pedido, conforme disposto a seguir:

ANTE O EXPOSTO, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido de condenação em pecúnia, proposto por Luiz Carlos Mattos dos Santos em face da UNESP, e **CONDENO** a ré ao pagamento da quantia referente à diferença salarial entre a remuneração recebida e a inerente ao cargo de Engenheiro até a data de 19 de setembro de 2019, calculada mensalmente, incluindo-se férias, terço constitucional, gratificação natalina e demais verbas reflexas, respeitada a prescrição quinquenal. **CONDENO** a ré, ainda, a pagar ao autor o adicional de insalubridade no grau médio, correspondente ao percentual de 20%, também até a data de 19 de setembro de 2019, com reflexos em todas as verbas de natureza salarial, respeitada a prescrição quinquenal.

Correção monetária pela Tabela da Resolução 303/2019 do CNJ (Tema 810) a partir da data em que cada parcela seria devida e juros moratórios nos termos do artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, à luz do entendimento firmado no julgamento dos temas nº 810 do STF e nº 905 do STJ, até dezembro de 2021. E, a partir de janeiro de 2022, estes valores serão atualizados e corrigidos nos termos da EC nº 113/2021. Extingo o feito com fulcro no Artigo 487, inciso I, do CPC.

Sucumbência recíproca, diante do que cada parte arcará com metade das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, a serem oportunamente fixados, nos termos do Artigo 85, §4º, inciso II, do CPC.

Inconformada com o *decisum* de primeiro grau, postula a Unesp sua reforma (fls. 881/885), aduzindo, em síntese, o que segue: **(I)** ao se inscrever no certame, a parte autora tinha conhecimento da remuneração e das atribuições do cargo de desenhista; **(II)** necessidade de observância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório; **(III)** não verificada violação ao princípio da boa-fé objetiva por parte do Poder Público,

inadmissível sua condenação por desvio funcional; **(IV)** a pretensão autoral colide frontalmente com os princípios do direito administrativo, especialmente o da supremacia do interesse público sobre o privado; **(V)** a Constituição Federal veda veementemente a equiparação salarial no serviço público; **(VI)** caso mantido o entendimento de que ocorrido desvio funcional, imperioso reconhecer que a inércia da parte autora, diante da situação, demonstra suposta pretensão de enriquecimento ilícito, em desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva; **(VII)** a condenação ao pagamento do adicional de insalubridade não deve prosperar, na medida em que, para além de a parte autora não se submeter a qualquer agente insalubre, tanto a atividade originária quanto a paradigma são incompatíveis com referido adicional, independentemente do que o laudo pericial tenha concluído.

Igualmente irrequieto, apela o autor adesivamente (fls. 901/909), postulando a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais. Conforme relata, sempre exerceu função correspondente ao cargo de *Engenheiro*, acreditando em promessa de promoção. Afirma, contudo, que esta jamais se concretizou, causando constrangimento e humilhação, além de reflexos em sua saúde física e mental.

Contrarrazões às fls. 888/900 e 939/945.

Em seguida, subiram os autos em reexame, nos termos do art. 496, inciso I do CPC.

É o relatório.

Luiz Carlos Mattos dos Santos foi contratado pela Fundação Educacional de Bauru (FEB), para o cargo de *Desenhista* (ensino médio) – atualmente denominado *Assistente de Suporte Acadêmico I* (ASA I), passando a integrar o quadro de servidores da Unesp quando da encampação da Fundação pela Universidade. Alega, contudo, desempenhar, desde o início do exercício, a função

de Engenheiro (nível superior). Consigna sua atuação profissional, em síntese, nos seguintes termos:

Iniciou no Escritório Técnico de Engenharia em 1988, como desenhista projetista, participando de levantamentos topográficos, projetos elétricos, hidrosanitários, estruturais de concreto armado, metálicos e arquitetônicos. Em 1990, transferiu-se para o Departamento de Engenharia de Produção, onde colaborou em dissertações e teses dos docentes do Departamento de Administração, Economia e Estatística da UNESP/Bauru, assessorando no levantamento de dados e elementos, execução de diagramação, gráficos e desenhos por meio de editoração eletrônica.

Após a Conclusão do Curso de Engenharia Civil em 1995, reassumiu funções na Área de Projetos – APLO/GOE da Reitoria da Universidade em 1996, onde concebeu e elaborou projetos estruturais de concreto armado e metálico de prédios dos vários Campi da Universidade, por todo o estado de São Paulo. De 2011 a meados de 2013, orientou e coordenou 4 alunos do Curso de Engenharia Civil do Campus de Bauru, através da mensuração e digitalização de todas as edificações do Campus para aprovação das mesmas junto à Prefeitura Municipal de Bauru.

No segundo semestre de 2013, retornou à Área de Projetos – APLO/GOE da Reitoria para ser responsável pelo Setor de Topografia, onde vem realizando vários levantamentos planialtimétricos, processando os dados e digitalização em software apropriado. Projetos de movimento de terra (corte/aterro), além da concepção e elaboração de projetos de vias, bem como o acompanhamento em campo. E, até o momento, exerce o cargo/função de Engenheiro, como corrobora a tela do site da própria UNESP juntada aos autos com fotografias e cargo da equipe em que trabalha.

Aduz, ainda, ter laborado em ambientes insalubres, sem qualquer tipo de equipamento de proteção individual (EPI), uma vez que jamais fornecidos. Por fim, aponta para a configuração de assédio moral, alegando ter adoecido devido às cobranças excessivas de seu superior hierárquico.

Nesse contexto, pleiteia a condenação da ré **(i)** ao pagamento das diferenças remuneratórias, vencidas e vincendas, decorrentes do desvio de função, com os respectivos reflexos – respeitada a prescrição quinquenal; **(ii)** à incorporação da décima parte dos vencimentos do cargo/função de *Engenheiro*, nos termos do art. 133 da Constituição do Estado de São Paulo; **(iii)** ao pagamento de adicional de insalubridade, em grau médio ou máximo; **(iv)** ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$20.000,00 (vinte mil reais).

Pela sentença de fls. 632/634, foi julgado parcialmente procedente o pedido, para condenar a ré ao pagamento dos valores mensais referentes ao adicional de insalubridade de 20%, e todos seus reflexos legais na remuneração do autor, retroagindo à data da citação e até a cessação pela ausência de insalubridade. Irresignado, o autor interpôs apelação (fls. 639/658), aduzindo, dentre outros argumentos, a ocorrência de cerceamento de defesa, na medida em que indeferida produção de prova indispensável à comprovação dos fatos alegados. Esta E. Câmara houve por bem acolher a preliminar suscitada, anulando a r. sentença (fls. 743/757). Determinou-se, nessa linha, o retorno dos autos à origem, para a produção das provas requeridas – *notadamente, a ouvida de testemunhas requerida pelo autor.*

Produzida a prova testemunhal, concedeu-se prazo para apresentação das alegações finais (fls. 793/794), sendo, logo após, lançada a r. sentença vergastada (fls. 849/856) – pela qual julgado parcialmente procedente o pedido, para condenar a ré ao pagamento da quantia referente **(i)** à diferença salarial entre a remuneração recebida e a inerente ao cargo de *Engenheiro* até a data de 19 de setembro de 2019, calculada mensalmente, incluindo-se férias, terço constitucional, gratificação natalina e demais verbas reflexas, respeitada a prescrição quinquenal; **(ii)** ao adicional de insalubridade no grau médio, correspondente ao percentual de 20%, também até a data de 19 de setembro de 2019, com reflexos em todas as verbas de natureza salarial, respeitada a prescrição

quinquenal.

Fixadas essas premissas, passa-se à análise recursal.

A r. sentença não comporta qualquer reparo.

Como se sabe, o Colendo Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento segundo o qual o servidor que desempenha função diversa daquela inerente ao cargo no qual foi investido, embora não faça jus ao reenquadramento, tem direito a receber as diferenças remuneratórias referentes ao período no qual perdurar o desvio de função, sob pena de enriquecimento sem causa por parte do Estado¹. A propósito:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. DIREITO ÀS DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES DE DESVIO DE FUNÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 375/STJ.

1. A jurisprudência do STJ há muito se consolidou no sentido de que o servidor que desempenha função diversa daquela inerente ao cargo para o qual foi investido, embora não faça jus ao reenquadramento, tem direito de perceber as diferenças remuneratórias relativas ao período, sob pena de se gerar locupletamento indevido em favor da Administração.

2. Entendimento cristalizado na Súmula 378/STJ: "Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes." 3. Recurso Especial não provido.

(REsp 1689938/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 10/10/2017)

Cumprе analisar, nesse contexto, se o autor se desincumbiu do seu ônus de provar que exercia as atividades correspondentes ao cargo de *Engenheiro* (CPC, art. 373, inciso I).

Observa-se que as atribuições inerentes aos cargos constam às fls. 666 e 667, *in verbis*:

¹ Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes. (Súmula n. 378, Terceira Seção, julgado em 22/4/2009, DJe de 24/5/2013, DJe de 05/05/2009.)

Assistente de Suporte Acadêmico I

Requisitos:

a) Ensino Médio completo.

DESCRIÇÃO DA FUNÇÃO

Executar atividades de suporte ao ensino, pesquisa e extensão, relacionadas as áreas biológicas, exatas e humanas, realizadas em laboratórios, clínicas, campo, biotérios, bibliotecas demais locais relacionados ao trabalho acadêmico. Manuseio de materiais, produtos e resíduos em geral. Outras atividades conforme rotina de trabalho estabelecida na área de atuação, bem como o manuseio e a manutenção preventiva dos equipamentos necessários ao desempenho dessas rotinas. Atuar em conformidade com as normas e procedimentos técnicos e de biossegurança. Desempenhar outras atividades correlatas e afins.

Engenheiro

Requisitos:

a) Diploma de Graduação de Nível Superior em Engenharia.

b) Registro no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA.

DESCRIÇÃO DA FUNÇÃO

Planejar, elaborar, executar, dirigir e fiscalizar a execução de projetos e obras de engenharia, bem como coordenar a operação e manutenção dos mesmos. Controlar a qualidade dos suprimentos e serviços comprados e executados Prestar assessoria, orientação e supervisão a outros profissionais sobre assuntos de sua especialização. Planejar, desenvolver e acompanhar treinamentos, palestras e eventos sobre a sua especialização. Emitir laudos e/ou pareceres técnicos. Desempenhar outras atividades correlatas e afins.

In casu, o conjunto probatório demonstra que o autor exercia habitualmente as atribuições do cargo de *Engenheiro*, possuindo, inclusive, a habilitação exigida para o exercício das funções – graduação em Engenharia Civil e registro no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA).

No que se refere à prova documental, como bem

observado pelo MM. Juiz *a quo*, os documentos juntados pelo autor indicam que, após a sua formação como Engenheiro Civil até cerca de 2009, o autor foi responsável não somente pelo desenho estrutural, mas pela elaboração dos projetos de diversas obras da UNESP (fls. 443 e ss.). Posteriormente, no período de 2012 a 2019, o autor foi o Engenheiro Civil responsável pela Equipe de Topografia da UNESP em Bauru (fls. 161, 816 e ss.).

Mas não é só. A prova testemunhal corrobora os fatos alegados pelo autor, tornando inequívoca a ocorrência do desvio de função. Os depoimentos são uníssonos quanto ao desempenho, recorrente e habitual, de atribuições exclusivas do cargo de Engenheiro. Consignam, em linhas gerais, a atuação do autor como engenheiro estrutural e agrimensor, sua participação em reuniões periódicas com a chefia direta, assim como a realização de levantamentos e projetos, assinando como responsável técnico.

Inafastável, portanto, a conclusão de que as funções regularmente executadas pelo autor não se limitavam àquelas previstas para o cargo de *Desenhista/Assistente de Suporte Acadêmico I* – consistindo, em verdade, no exercício de funções próprias da carreira de Engenheiro.

Demonstrado o desvio de função, o servidor, embora não tenha direito ao reenquadramento, faz jus ao recebimento das diferenças remuneratórias correspondentes aos cargos, sob pena de locupletamento ilícito por parte do Poder Público.

Assim sendo, o autor tem direito à diferença remuneratória entre os cargos de *Desenhista/Assistente de Suporte Acadêmico I* e de Engenheiro, até 19.09.2019 – data em que teve ciência da determinação de retorno às funções relacionadas ao seu cargo de origem (fl. 396) –, respeitada a prescrição quinquenal.

Impende consignar, quanto ao ponto, que o

reconhecimento do desvio de função e, conseqüentemente, do direito às diferenças remuneratórias daí decorrentes, não autoriza a incorporação de décimos pretendida.

O extinto art. 133 da Constituição do Estado de São Paulo (revogado pela EC nº 49/2020)² assegurava aos servidores com mais de cinco anos de efetivo exercício, designados para exercer cargo ou função com remuneração superior à de seu cargo de origem, a incorporação de um décimo dessa diferença por ano, até o limite de dez décimos.

Em outras palavras, trata-se de dispositivo aplicável a servidores regularmente nomeados para cargo ou função distinto do originalmente ocupado, e não àqueles desviados para função diversa – pois, como se sabe, da ilegalidade não nasce direito.

No que concerne ao adicional de insalubridade, importa observar a existência de legislação específica dispondo sobre a matéria (Lei Complementar Estadual nº 432/1985), segundo a qual:

Artigo 1º - Aos funcionários públicos e servidores civis da Administração Centralizada e das Autarquias do Estado, será concedido um adicional de insalubridade pelo exercício, em caráter permanente, em unidades ou atividades consideradas insalubres.

Artigo 2º - Para efeito de concessão do adicional de insalubridade de que trata esta lei complementar, serão avaliadas e identificadas as unidades e as atividades insalubres.

Parágrafo único - Na forma a ser estabelecida em regulamento, as unidades e as atividades insalubres serão classificadas em graus máximo, médio e mínimo de insalubridade.

Sobre o tema, consigna-se que não há

² **Artigo 133** - O servidor, com mais de cinco anos de efetivo exercício, que tenha exercido ou venha a exercer, a qualquer título, cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior à do cargo de que seja titular, ou função para a qual foi admitido, incorporará um décimo dessa diferença, por ano, até o limite de dez décimos.

incompatibilidade entre a lei que estabelece a concessão do benefício postulado e o disposto no art. 39, §3º, da Constituição Federal.

Explica-se: nada obstante o fato de a EC nº 19 ter excluído o benefício do adicional de insalubridade do rol de direitos garantidos ao servidor público, esta exclusão não proíbe a sua concessão pelos entes federativos. Nessa linha, a lei que dispõe sobre o adicional de insalubridade não se tornou inconstitucional por força da emenda que excluiu a sua obrigatoriedade.

In casu, deferida a realização de perícia para verificar a existência, ou não, de condições de insalubridade nas atividades exercidas pelo requerente, asseverou o *expert*, em laudo conclusivo (fls. 566/592), que *as atividades do requerente se caracterizam como insalubres em grau médio 20%*.

Destarte, o autor tem direito ao recebimento do adicional de insalubridade em grau médio (20%), desde o início do desempenho das funções consideradas insalubres, até 19.09.2019 – data em que teve ciência da determinação de retorno às funções relacionadas ao seu cargo de origem (fl. 396) –, respeitada a prescrição quinquenal.

Não há de se cogitar, d'outro vértice, em indenização por danos morais.

Como se sabe, o dano moral indenizável é somente aquele que atinja profundamente a esfera individual mais íntima da pessoa humana. É o dano grave, o dano que prejudica psicológica e moralmente a pessoa, atingindo seus bens imateriais mais caros.

No presente caso, contudo, inexistente qualquer dano moral indenizável. Não há uma única prova nos autos que aponte para a configuração de assédio moral, tampouco para a ocorrência

de qualquer dano grave que atingisse profundamente a esfera individual mais íntima da pessoa humana, como acima exposto. Verifica-se, pelo contrário, a relevância das atividades desempenhadas pelo autor, tanto que irregularmente desviado para o exercício de funções próprias da carreira de *Engenheiro*.

Nessa toada, a manutenção da r. sentença é de rigor.

Face à rejeição dos apelos, devida a majoração da verba honorária de sucumbência de cada um dos recorrentes³, nos termos do art. 85, §11, do CPC, em 0,2% sobre o percentual que será definido oportunamente em liquidação de sentença, desde que não ultrapasse o limite previsto em lei.

Pelo exposto, **nego provimento** aos recursos.

PAOLA LORENA
Relatora

³ Observada a gratuidade concedida ao autor (fls. 743/757).