



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000284575

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1022729-49.2023.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes MUNICÍPIO DE CAMPINAS e REDE MUNICIPAL DR. MARIO GATTI DE URGÊNCIA, EMERGÊNCIA E HOSPITALAR, é apelado EDNA DE LOURDES FERREIRA GUIMARÃES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao reexame necessário, considerado interposto e negaram provimento aos recursos voluntários. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) E PAULO GALIZIA.

São Paulo, 25 de março de 2025.

ANTONIO CARLOS VILLEN

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 319/25

10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO Nº: 1022729-49.2023.8.26.0114

COMARCA: CAMPINAS – 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

APELANTES: REDE MUNICIPAL DR. MARIO GATTI DE URGÊNCIA,
EMERGÊNCIA E HOSPITALAR E MUNICÍPIO DE CAMPINAS

APELADA: EDNA DE LOURDES FERREIRA GUIMARÃES

JUIZ: FRANCISCO JOSE BLANCO MAGDALENA

SERVIDOR PÚBLICO. Município de Campinas. Auxiliar de enfermagem. Desvio de função. Exercício das atribuições do cargo de Técnico de Enfermagem. Pretensão ao pagamento das diferenças de vencimentos entre os cargos. Elementos dos autos que comprovam o desvio de função. Diferenças devidas a título de indenização, limitadas ao salário base. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Súmula 378 do STJ. Legitimidade passiva e responsabilidade solidárias dos réus, Rede Dr. Mário Gatti e Município de Campinas, bem reconhecida. Reexame necessário, considerado interposto, provido em parte para excluir da condenação o pagamento dos reflexos das diferenças de vencimento. Recursos voluntários não providos.

A r. sentença julgou procedente ação ajuizada contra o Município de Campinas e a Rede Municipal Dr. 'Mario Gatti' de Urgência, Emergência e Hospitalar por servidora municipal - Auxiliar de Enfermagem - para reconhecer a existência de desvio de função e condená-los ao pagamento *“da diferença de remuneração entre o vencimento-base do cargo de Técnico em Enfermagem e o cargo de Auxiliar de Enfermagem, no mesmo nível/grau do cargo exercido pela autora com os reflexos nas demais verbas, cujo montante será apurado em fase de cumprimento de sentença com correção monetária desde a data em que cada pagamento deveria ter sido efetuado, acrescidos de juros de mora contados a partir da citação”*.

Os réus apelaram.

O Município de Campinas argui preliminar de ilegitimidade passiva, uma vez que a servidora está lotada na autarquia ré, que tem autonomia administrativa e financeira, não sendo lícita a ingerência em seus negócios. Argumenta com o disposto no art. 265 do Código Civil, segundo o qual "*a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes*". Afirma que não há dispositivo legal ou contratual que imponha responsabilidade solidária pelos atos praticados pela autarquia. Assevera que o instituto da responsabilidade subsidiária pressupõe o prévio esgotamento de medidas executórias contra o devedor principal, sendo o responsável subsidiário acionado apenas na hipótese de frustração da execução contra o principal. Menciona precedentes em apoio à tese defendida. Pede o provimento do recurso para que seja reconhecida apenas sua responsabilidade subsidiária.

A Rede Mário Gatti também argui preliminar de ilegitimidade passiva. Alega que não tem quadro próprio de servidores e que a autora é servidora pública municipal. Afirma que ela não exerce a função de Técnico de enfermagem, nem a petição inicial especifica quais atividades de natureza técnica teriam sido por ela realizadas, a caracterizar desvio ou acúmulo de função. Argumenta com a existência de diferenças entre os cargos de Técnico e Auxiliar de enfermagem. Afirma que as atividades executadas pela autora, segundo relato da Supervisora de Enfermagem, não são exclusivas de Técnicos de enfermagem. Alega que a autora desempenha suas atividades sob supervisão constante de um enfermeiro. Assevera que a Resolução nº 300/05 do Conselho Federal de Enfermagem prevê o desempenho de atividades por auxiliares de enfermagem também junto a unidades hospitalares, em todos os tipos de atendimento. Sustenta que a pretensão da autora configura, por via transversa, reenquadramento de cargos e salários, o que viola o art. 37, II e XIII, da Constituição Federal. Pede o provimento do recurso para que a ação

seja julgada improcedente ou, caso diverso o entendimento deste Tribunal, que a condenação seja limitada ao pagamento pagamentos de diferenças salariais relativas “aos períodos efetivamente comprovados do desvio”.

Recursos tempestivos e respondidos (fls. 385/398).

É O RELATÓRIO.

A sentença está sujeita a reexame necessário, nos termos do art. 496, I, do CPC, uma vez que nem a condenação nem o proveito econômico obtido têm valor certo. Por isso, é inaplicável a dispensa do art. 496, § 3º, III, do CPC.

Não procede as arguições de ilegitimidade passiva arguidas pelo Município de Campinas e pela Rede Dr. Mário Gatti, rejeitadas pela sentença e reiteradas nos recursos dos réus. Não obstante a Rede Dr. Mário Gatti seja autarquia e, por isso, tenha personalidade jurídica própria, ela não dispõe de quadro próprio de servidores, os quais são cedidos pela Administração direta, que permanece responsável pelo pagamento de seus vencimentos. Daí a legitimidade passiva do Município. Quanto à autarquia, sua legitimidade também é evidente, pois, como as atividades da autora são exercidas em uma de suas unidades e sob sua direção, só a ela pode ser atribuído o discutido desvio de função.

Quanto ao tema de fundo, de acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o desvio de função não permite o reenquadramento, sob pena de afronta ao art. 37, II, da CF, mas autoriza o recebimento de diferenças de remuneração entre os cargos, a título de indenização, para se evitar o enriquecimento ilícito da Administração. Anoto

que a autora objetiva apenas as diferenças de vencimentos e não “equiparação” nem “reclassificação” de cargo. Não há que falar em afronta aos arts. 2º e 37 da CF e Súmula 339 do STF. Evidente que o pagamento das diferenças se sujeita às normas que regem o orçamento das pessoas jurídicas de direito público, inexistente violação aos arts. 165, § 5º, 167, I e II, e 169 da CF e às LC 101/00 e LC 96/99.

A respeito da matéria vale mencionar o decidido no RE 486184 ED/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 16.2.2007: *“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. I. - O servidor público desviado de suas funções, após a promulgação da Constituição, não pode ser reequadrado, mas tem direito ao recebimento, como indenização, da diferença remuneratória entre os vencimentos do cargo efetivo e os daquele exercido de fato. Precedentes. II. - A análise dos reflexos decorrentes do recebimento da indenização cabe ao juízo de execução. III. - Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. Agravo não provido.”* Vale referir também o RE 594905 ED/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJ 09.03.2011.

Na mesma direção, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que resultou na edição da Súmula 378 no seguinte teor: *“Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes”*. Vale mencionar decisão daquela Corte dando-lhe aplicação: *“Embora não tenha direito ao reequadramento funcional, o servidor público que, em desvio de função, presta atividades diversas daquelas relativas às atribuições de seu cargo efetivo, faz jus à percepção das diferenças salariais existentes entre os respectivos vencimentos, a título de indenização, sob pena de*

enriquecimento ilícito do Estado. Incidência da Súmula n. 378/STJ. Agravo regimental improvido” (AgRg no AREsp 44344/MG, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, j. 24/04/2012, DJe 07/05/2012).

Anoto que, embora no passado tenha adotado, no tocante à matéria de direito, entendimento contrário ao da autora, a consolidação da jurisprudência do STF e STJ impõe a mudança de orientação. Nesse sentido, aliás, os seguintes julgados desta 10ª Câmara: Apelação nº 0019857-91.2010.8.26.0451, Rel. Des. Urbano Ruiz, j. 5.12.2011, v.u., Apelação nº 994.05.091963-1, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 2.8.2010, v.u., Apelação nº 9105245-71.2005.8.26.0000, Rel. Des. Teresa Ramos Marques, j. 16.11.2011, v.u, Apelação nº 990.10.374883-2, Rel. Des. Paulo Galizia, j. 7.2.2011, v.u, e, mais recentemente: Apelação nº 1041315-94.2021.8.26.0053, Rel. Jose Eduardo Marcondes Machado, j. 15.02.2022, v.u.; Apelação nº 1000559-05.2019.8.26.0541, Rel. Paulo Galizia, j. 20.09.2021, v.u., e Remessa Necessária nº 1000116-97.2018.8.26.0441; de minha Relatoria, j. 03.12.2020, v.u..

A autora iniciou o exercício no cargo de Auxiliar de enfermagem em 31.03.2004 (fl. 29). Alega que desde então foi designada para desempenhar atribuições do cargo de Técnico de Enfermagem, em Unidade de Terapia Intensiva (UTI) ou semi-intensiva, prestando cuidados diretos a pacientes em estado grave, de alta complexidade, que são privativas dos Técnicos de Enfermagem, conforme art. 22 da Portaria nº 8, de 13 de junho de 2017 (Regimento de Enfermagem da Secretaria de Saúde de Campinas).

Os cargos de Auxiliar e Técnico de Enfermagem têm por atribuições, nos termos do referido Regimento Interno:

“I - Exercer atividades técnicas, de nível médio de assistência

- de Enfermagem sob a supervisão do Enfermeiro;
- II - Atuar na prevenção e controle sistemáticos da infecção nos estabelecimentos de saúde, de danos físicos que possam ser causados a usuários durante a assistência de saúde;
- III - Integrar a equipe de saúde, cumprir normas e regulamentos disciplinares da unidade de saúde em que está inserido;
- IV - Preparar o usuário para consultas, exames e tratamentos;
- V - Executar tratamentos prescritos, ou de rotina, conforme sistematização da assistência de Enfermagem;
- VI - Executar tarefas referentes à conservação e aplicação de vacinas;
- VII - Efetuar controle de usuário e de comunicantes em doenças transmissíveis;
- VIII - Realizar registro de todas as atividades de assistência prestada ao usuário, conforme legislação vigente e rotina da unidade;
- IX - Preencher registros de produção de procedimentos de enfermagem;
- X - Zelar pela limpeza e ordem do material, equipamentos e das dependências da unidade de saúde.
- XI - Proceder à higienização de equipamentos e utensílios dos consultórios e setores de trabalho da enfermagem;
- XII - Orientar os usuários quanto ao cumprimento das prescrições médicas e de enfermagem;
- XIII - Integrar a equipe de saúde, participando de atividades de educação e saúde conforme sua competência técnica;
- XIV - Executar os trabalhos de rotina vinculados à alta de usuários, orientação em pós-consulta, cumprindo fluxos estabelecidos de rotina na unidade;
- XV - Cumprir normas e regulamentos disciplinares da unidade de saúde em que está inserido;
- XVI - Realizar atendimento do usuário na recepção de forma acolhedora e orientando usuário conforme as diretrizes, protocolos e fluxos padronizados da unidade de saúde;
- XVII - Realizar teste de acuidade visual e informar enfermeiro referente a alterações
- XVIII - Participar de atividades de educação permanente e/ou cursos de capacitação para desenvolvimento profissional e participar juntamente com o enfermeiro na sua implementação na unidade de saúde;
- XIX - Realizar e participar de ações de vigilância à saúde;
- XX - Realizar o atendimento à demanda espontânea de forma acolhedora, a fim de organizar e orientar a entrada dos usuários, sempre com supervisão do enfermeiro para a tomada de decisão.
- XXI - Realizar visita domiciliária devidamente supervisionado pelo enfermeiro e realizando o registro da

ação e dos procedimentos em prontuário do usuário, e a partir da sistematização da assistência de enfermagem”.

Por seu lado, de acordo com o art. 22, é atribuição privativa do cargo de Técnico de Enfermagem: “*I. Assistir ao Enfermeiro na prestação de cuidados de enfermagem a usuários em alta complexidade*”.

A análise do conjunto probatório leva à mesma conclusão adotada pela sentença, no sentido de que a autora trabalhou em desvio de função, exercendo de forma habitual e exclusiva as atribuições do cargo de Técnica de Enfermagem, durante o período mencionado.

Assinale-se que é incontroverso que a autor/a exercia suas atividades em Unidade de Terapia Intensiva do hospital, prestando atendimento a pacientes em estado grave (fls. 158/159).

A prova testemunhal produzida nos autos dos processos nº 1010294-77.2022.8.26.0114 e 1006535-08.2022.8.26.0114, trazida a estes autos como prova emprestada (fls. 244 e 250), foi praticamente unânime ao reconhecer a inexistência de distinção entre as atribuições exercidas pelos Técnicos e pelos Auxiliares de enfermagem que atuavam na UTI e em salas de emergência do Pronto Socorro, o que, por si só, é suficiente para reconhecer a existência de desvio de função. Convém acrescentar que, conforme a testemunha Orione Figueiredo Junqueira Júnior, os Auxiliares de enfermagem foram alocados para outros setores e não mais podem exercer suas atividades em Unidade de Terapia Intensiva ou em salas de emergência do Pronto Socorro, com pacientes de média e alta complexidade (fl. 250), o que corrobora a alegação da autora de que prestou atendimento a pacientes de alta complexidade, exercendo as mesmas atividades dos Técnicos de enfermagem.

Frise-se que, ainda que a autora desempenhasse suas atividades sob supervisão constante de um enfermeiro, responsável por montar a escala de trabalho, não se fazia distinção na atribuição das tarefas aos Técnicos e aos Auxiliares de enfermagem.

Como consignado pelo Magistrado, *“A esse respeito, o conjunto probatório é suficiente a comprovar o desvio de função no período indicado, pois a versão inicial está reforçada pela prova emprestada (fl. 250), cuja testemunha bem esclareceu que na mesma escala figuram Auxiliares e Técnicos de enfermagem, sem subordinação entre eles, efetuando as mesmas funções” (-Grifei).*

Ressalte-se, também, que a prova mencionada não foi objeto de impugnação fundada pelo Município nem pela Rede Dr. Mário Gatti.

Por tudo isso, foi correta a condenação dos réus ao pagamento das diferenças entre o vencimento correspondente ao cargo de Auxiliar de Enfermagem e aquele correspondente ao cargo Técnico em Enfermagem

No mesmo sentido os seguintes julgados desta 10ª Câmara, que também versaram sobre demandas em que se discutia o direito a diferenças de vencimentos entre os cargos de Auxiliar de Enfermagem e Técnico de Enfermagem por desvio de função de servidores do Município de Campinas cedidos à Rede Dr. Mário Gatti: Apelação 1006535-08.2022.8.26.0114, Rel. Paulo Galizia, j. 27/09/2024, v.u., de que participei como Segundo Juiz; Apelação 1013944-35.2022.8.26.0114, Rel. Teresa Ramos Marques, j. 11/07/2024, v.u., de que participei como Segundo Juiz; Apelação 1013349-36.2022.8.26.0114; Rel. Paulo Galizia, j. 02/04/2024, v.u., de que participei como Segundo Juiz.

A autora faz jus, a título de indenização, às diferenças de vencimentos entre o cargo de Auxiliar de Enfermagem e o de Técnico de Enfermagem, cujas atribuições exerceu desde o ingresso no serviço Municipal (em 31.03.2004), até a data em que cessou o desvio de função, o que será apurado em fase de cumprimento de sentença, considerando que, de acordo com a prova testemunhal, desde que cessada a gravidade da pandemia do Covid-19, os auxiliares de enfermagem teriam deixado de exercer atividades na UTI e em sala de emergência do pronto socorro.

A indenização, no entanto, deve ser limitada à diferença entre o “vencimento base” dos dois cargos; não pode incluir “reflexos”. A esse respeito, transcrevo trecho do voto do Desembargador Torres de Carvalho na apelação nº 1001466-55.2018.8.26.0495, j. 16.06.2020, v.u., do qual participei como Terceiro Juiz:

“[...] contudo, a condenação não reflete nas férias e afastamentos (pois meses em que não esteve em exercício e, por óbvio, não exerceu a outra função). Do mesmo modo, as vantagens pessoais devem ser calculadas sobre os valores de seu cargo de origem, pois não integram a indenização (a diferença do vencimento dos dois cargos).”

Necessário registrar que, como foi integralmente acolhido o pedido de condenação dos réus ao pagamento dos reflexos das diferenças no adicional por tempo de serviço, sexta-parte, férias, terço constitucional, DSR, 13º salário e horas extras, essa é a razão do reparo a que se procede em reexame necessário. As diferenças limitam-se somente aos vencimentos “base” dos dois cargos.

Não obstante a redução do montante indenizatório com a exclusão da condenação ao pagamento dos reflexos das diferenças de vencimentos entre os cargos, a condenação dos réus ao pagamento dos ônus

sucumbenciais não comporta alteração, uma vez que a autora decaiu de parte mínima.

Cumpre acrescentar, por fim, que a r. sentença não comporta reparo no tocante à condenação solidária das rés ao pagamento da indenização pelo desvio de função. Como já consignado, a autora é servidora pública municipal e foi cedida à Rede Dr. Mário Gatti, que deu causa ao desvio. Não há que falar em responsabilidade apenas subsidiária da Municipalidade.

Em atendimento ao disposto no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, a verba honorária devida pelas rés deve ser majorada. Ela deve ser fixada em percentual sobre o valor da condenação (este a ser apurado em fase de liquidação), correspondente à média entre o mínimo e o máximo legal das respectivas faixas, estabelecidas nos incisos do §3º do art. 85 do CPC.

Pelo meu voto, dou parcial provimento ao reexame necessário, considerado interposto, para excluir da condenação o pagamento dos reflexos das diferenças de vencimentos entre o cargo de Técnico de Enfermagem e o de Auxiliar de Enfermagem, e nego provimento aos recursos voluntários do Município e da Rede Dr. Mário Gatti, majorados os honorários advocatícios nos termos expostos.

ANTONIO CARLOS VILLEN
RELATOR