



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000332373

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006287-42.2022.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes REDE MUNICIPAL DR. MARIO GATTI DE URGÊNCIA, EMERGÊNCIA E HOSPITALAR e MUNICÍPIO DE CAMPINAS, é apelado SILVIO ROBERTO DE MORAES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. 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 sem voto), PAULO GALIZIA E MARCELO SEMER.

São Paulo, 3 de abril de 2025.

JOSÉ EDUARDO MARCONDES MACHADO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1006287-42.2022.8.26.0114

Relator: **José Eduardo Marcondes Machado**

Órgão Julgador: **10ª Câmara de Direito Público**

Apelantes: **Rede Municipal Dr. Mario Gatti de Urgência, Emergência e Hospitalar e Município de Campinas**

Apelado: **Silvio Roberto de Moraes**

Comarca: **Campinas**

Juiz: **Dr. Francisco José Blanco Magdalena**

Voto nº 9352

Apelação cível. Município de Campinas. Rede Municipal Dr. Mario Gatti de Urgência, Emergência e Hospitalar. Servidor público municipal. Desvio de função. Auxiliar de enfermagem que teria exercido típicas funções de Técnico de enfermagem. Pedido de pagamento de diferenças salariais. Sentença que julgou os pedidos procedentes. Inconformismo dos requeridos. Não acatamento. Comprovado que o servidor, ocupante do cargo de Auxiliar de Enfermagem, exerceu de forma habitual e permanente atribuições inerentes ao cargo de Técnico de Enfermagem, impõe-se o reconhecimento do desvio de função. Direito à percepção das diferenças salariais correspondentes, vedado o reenquadramento funcional. Inteligência da Súmula nº 378 do Superior Tribunal de Justiça. Reflexos remuneratórios devidos sobre as demais verbas de natureza salarial. Precedentes. Sentença mantida. Recurso não provido.

Cuida-se de recursos de apelação interpostos pela **Rede Municipal Dr. Mario Gatti de Urgência, Emergência e Hospitalar** e pelo **Município de Campinas** contra a sentença lançada às fls. 271/275, que julgou procedentes os pedidos formulados para *“reconhecendo o desvio de função, condenar a Fazenda Municipal e a autarquia Mário Gatti, solidariamente, ao pagamento da diferença de remuneração entre o vencimento-base do cargo de Técnico em Enfermagem e do 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”.

Irresignados, recorrem os requeridos.

Sustenta a Rede Municipal Dr. Mario Gatti de Urgência, Emergência e Hospitalar (fls. 286/300), em síntese, i) preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, uma vez que não possui quadro próprio de servidores, que são cedidos pelo Município; no mérito, ii) demonstrado que o recorrido jamais exerceu atividades privativas de técnicos em enfermagem; iii) não há especificação das atividades de natureza técnica que teriam sido desempenhadas pelo apelado e que caracterizariam o desvio ou acúmulo de função; iv) ainda que os cargos possuam algumas similaridades, são regidos por normativas distintas e possuem atribuições e responsabilidades próprias; v) uma das características fundamentais que diferenciam os cargos é que o técnico em enfermagem, além de executar tarefas assistenciais, também realiza atividades de planejamento, gerenciamento e supervisão; vi) o simples fato de atuar no mesmo local de trabalho não é fundamento para caracterizar o desempenho de atividades típicas de técnico em enfermagem; vii) a pretensão de reenquadramento funcional e salarial ofende os artigos 37, II e XIII, da Constituição Federal. Requer, ao final, o provimento do recurso para reformar a sentença recorrida.

Por sua vez, aduz o Município de Campinas (fls. 303/306), em preliminar, a sua ilegitimidade passiva e a impossibilidade de condenação solidária, sob o fundamento de que a rede municipal possui patrimônio próprio, além de autonomia financeira e administrativa para a execução de suas atividades.

Apelos respondidos (fls. 316/329).

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Inicialmente, rejeitam-se as preliminares de ilegitimidade passiva suscitadas.

Não há que se falar em ilegitimidade do Município de Campinas, uma vez que o requerente é servidor municipal, e, portanto, cabe à Fazenda Municipal a responsabilidade pelo seu vínculo funcional e pelo pagamento de seus vencimentos.

Do mesmo modo, a alegação não se sustenta em relação à

Rede Mário Gatti, pois é no âmbito dessa instituição que o servidor efetivamente desempenha as suas funções e onde teria ocorrido o suposto desvio funcional.

Superadas as preliminares, passa-se ao exame do mérito.

Colhe-se dos autos que o autor é servidor público ocupante do cargo de “Auxiliar de Enfermagem” desde 14/9/1995, vinculado ao Município de Campinas e exerce suas atividades na Rede Municipal Dr. Mario Gatti de Urgência, Emergência e Hospitalar. Alega que, embora designado para esse cargo, exerce exclusivamente atribuições inerentes ao cargo de Técnico de Enfermagem, o que caracterizaria desvio funcional.

Ajuizou a demanda visando ao pagamento das diferenças remuneratórias entre os cargos de Auxiliar de Enfermagem e Técnico de Enfermagem.

A sentença julgou procedentes os pedidos iniciais, conforme já relatado.

Pois bem.

De início, registra-se que a pretensão inicial se refere ao pagamento das diferenças salariais e seus respectivos reflexos, possuindo nítido caráter indenizatório. O objeto da ação restringe-se à compensação pelo trabalho prestado pelo servidor, ainda que não tenha sido formalmente nomeado para o cargo ao qual esteve desviado, considerando que o serviço foi efetivamente executado em prol do interesse público.

A ausência de indenização, quando configurado o desvio funcional, ensejaria enriquecimento sem causa da Administração Pública, vedado pelo ordenamento constitucional.

José dos Santos Carvalho Filho, ao abordar a temática, anota que *“O cargo, ao ser criado, já pressupõe as funções que lhe são atribuídas. Não pode ser instituído cargo com funções aleatórias ou indefinidas: é a prévia indicação das funções que confere garantia ao servidor e ao Poder Público. Por tal motivo, é ilegítimo o denominado desvio de função, fato habitualmente encontrado nos órgãos administrativos, que consiste no exercício, pelo servidor, de funções relativas a outro cargo, que não o que ocupa efetivamente. Cuida-se de uma corruptela no sistema de cargos e funções que precisa ser coibida, para evitar falsas*

expectativas do servidor e a instauração de litígios com o escopo de permitir a alteração da titularidade do cargo. Na verdade, o desvio de função não se convalida, a não ser em situações excepcionais autorizadas em lei, mas o servidor deve ser indenizado, quando couber, pelo exercício das funções do outro cargo, e a autoridade administrativa deve ser responsabilizada pela anomalia, inclusive porque retrata improbidade administrativa” (Manual de Direito Administrativo, 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 616).

A questão não é inédita, e sobre o tema o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 378, que dispõe: “*Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes*”.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento de que o desvio de função, quando caracterizado, não autoriza o reenquadramento do servidor, sob pena de afronta ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal. Contudo, é assegurado o direito ao recebimento das diferenças de remuneração, de modo a evitar o enriquecimento ilícito da Administração Pública, conforme já mencionado:

“DESVIO DE FUNÇÃO – CONSEQUÊNCIA REMUNERATÓRIA – ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – AFASTAMENTO. O sistema da Constituição Federal obstaculiza o enriquecimento sem causa, especialmente o do Estado. Longe fica de vulnerar a Carta Política acórdão que, diante de desvio de função, implica o reconhecimento do direito à percepção, como verdadeira indenização, do valor maior, sem estampar enquadramento no cargo, para o que seria indispensável o concurso público” (STF; RE 275.840, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 01.06.2001).

Portanto, caso configurado o desvio de função, não se cogita de nova hipótese de investidura em cargo público por meio de reenquadramento, cingindo-se o direito do servidor exclusivamente ao percebimento das diferenças salariais decorrentes, respeitada a prescrição quinquenal.

No caso dos autos, verifica-se que o requerente atua em Unidade de Terapia Intensiva de hospital da Rede Dr. Mário Gatti, prestando cuidados a pacientes de alta complexidade.

Da prova emprestada deferida nos autos (fl. 199), colhe-se

que a testemunha Edlaine Cristina de Quevedo, enfermeira responsável pela escala no Pronto Socorro do Hospital Mário Gatti até dezembro de 2022, apontou inexistirem diferenças nas atividades atribuídas a auxiliares e técnicos, inclusive no desempenho de procedimentos complexos.

A testemunha Fernanda de Oliveira, que exerceu a função de enfermeira no Mário Gatti entre dezembro de 2019 e dezembro de 2022, afirmou que havia técnicos e auxiliares, mas que, “tecnicamente, faziam a mesma coisa” e acrescentou não haver distinção entre os cargos na divisão do trabalho, pois todos atuavam como técnicos.

Os relatos foram confirmados pela testemunha Sandra Inês, também atua como enfermeira no mesmo hospital.

Emerge, assim, que o autor desempenhou atividades privativas do cargo de Técnico de Enfermagem durante todo o período pleiteado, o que legitima o pagamento das diferenças salariais postuladas na inicial, a teor da Súmula nº 378 do Superior Tribunal de Justiça, já transcrita.

Impõe-se reconhecer, ainda, o direito à indenização dos reflexos do desvio de função, pois tais diferenças salariais devem abranger não apenas o vencimento do cargo trabalhado, mas também os reflexos econômicos pertinentes, conforme assegurado pela referida súmula do STJ.

Nesse sentido, precedentes deste Tribunal de Justiça em casos idênticos ao presente:

“DIREITO ADMINISTRATIVO.
APELAÇÕES. DESVIO DE FUNÇÃO. RECURSOS
DESPROVIDOS. I. Caso em Exame Ação ordinária
proposta por Márcia Faria de Carlos, servidora pública
municipal, em face de Rede Municipal Dr. Mario
Gatti de Urgência, Emergência e Hospitalar e o
Município de Campinas, visando ao
pagamento de diferenças salariais
decorrentes de desvio de função, com base na equiparação
entre as funções de Técnico em Enfermagem e
Auxiliar de Enfermagem, cuja sentença julgou procedente a
ação para condenar os apelantes REDE MARIO GATTI e
MUN. DE CAMPINAS, solidariamente, ao pagamento da
diferença de remunerações entre a remuneração-base do
cargo de Técnico em Enfermagem e
o de Auxiliar de Enfermagem, no mesmo nível/grau do
cargo exercido pela apelada, com os reflexos nas demais
verbais, tudo a ser apurado em fase de execução, incluindo

as prestações pretéritas não alcançadas pela prescrição quinquenal, bem como as vincendas enquanto perdurar o desvio de função. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em (i) verificar a legitimidade passiva da apelante REDE MÁRIO GATTI e a responsabilidade solidária do apelante MUN. DE CAMPINAS; (ii) analisar a existência de desvio de função e a consequente obrigação de pagamento das diferenças salariais. III. Razões de Decidir 3. Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva da apelante REDE MÁRIO GATTI, que possui autonomia financeira e se beneficia das atividades realizadas em desvio de função. 4. Comprovado o desvio de função por meio de prova emprestada, demonstrando que a apelada desempenhava atividades típicas de Técnico em Enfermagem, fazendo jus às diferenças salariais. IV. Dispositivo e Tese 5. RECURSOS DESPROVIDOS. 6. Tese de julgamento: "1. A autarquia municipal é parte legítima para figurar no polo passivo quando se beneficia do desvio de função. 2. O desvio de função comprovado gera direito à indenização pelas diferenças salariais" (TJSP; **Apelação 1006747-92.2023.8.26.0114**; **Relator (a): Kleber Leyser de Aquino**; **Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas; Data do Julgamento: 11/2/2025; Data de Registro: 11/2/2025**).

“APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. MUNICÍPIO DE CAMPINAS. AUXILIAR DE ENFERMAGEM. DESVIO DE FUNÇÃO. ATRIBUIÇÕES DE TÉCNICO DE ENFERMAGEM. 1)Ilegitimidade passiva da autarquia e do ente municipal afastada. 2) Provas produzidas nos autos que demonstram o efetivo desvio de função. Aplicação da Súmula 378 do STJ. Sentença de procedência integralmente mantida por seus próprios fundamentos. Precedentes deste E. Tribunal. RECURSOS E REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDOS” (TJSP; **Apelação 1006535-08.2022.8.26.0114**; **Relator (a): Paulo Galizia**; **Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas; Data do Julgamento: 27/9/2024; Data de Registro: 27/9/2024**).

“SERVIDOR MUNICIPAL Campinas – Rede Mário Gatti – Auxiliar de Enfermagem – Desvio de função – Técnico em Enfermagem – Comprovação – Desvio habitual – Indenização – Possibilidade: – Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes” (TJSP; **Apelação 1013944-35.2022.8.26.0114**; **Relator (a): Teresa Ramos Marques**; **Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas; Data do Julgamento: 11/7/2024; Data de Registro: 11/7/2024**).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É o caso, portanto, de prestigiar a sentença recorrida.

Em razão da sucumbência recursal dos apelantes, ficam majorados os honorários advocatícios para 12% sobre o valor de condenação, nos termos do art. 85, §11º, do CPC.

Em arremate, para facultar eventual acesso às vias especial e extraordinária, considera-se prequestionada toda a matéria, pois para que se tenha por configurado o pressuposto do prequestionamento, é bastante que o tribunal de origem tenha debatido e decidido a questão constitucional ou infraconstitucional controvertida.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

JOSÉ EDUARDO MARCONDES MACHADO

Relator