



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000444082

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1054430-28.2023.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante JACIRA ALBUQUERQUE SILVERINO MACIEL, é apelado REDE MUNICIPAL DR. MARIO GATTI DE URGÊNCIA, EMERGÊNCIA E HOSPITALAR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO SHINTATE (Presidente) E LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 7 de maio de 2025.

MÔNICA SERRANO

Relatora

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CÍVEL nº 1054430-28.2023.8.26.0114 - Campinas
APELANTE: JACIRA ALBUQUERQUE SILVERINO MACIEL
APELADO: REDE MUNICIPAL DR. MARIO GATTI DE URGÊNCIA,
EMERGÊNCIA E HOSPITALAR
INTERESSADO: MUNICÍPIO DE CAMPINAS

VOTO Nº 28526

APELAÇÃO - SERVIDOR PÚBLICO – Município de Campinas – Pretensão da autora à condenação dos réus ao pagamento das diferenças salariais e seus reflexos - Preliminar - Auxiliar de Enfermagem - Pretensão ao reconhecimento de desvio de função para o cargo de Técnico de Enfermagem - Prova dos autos que atesta o desvio de função - O servidor que se encontra em desvio de função faz jus à percepção das diferenças salariais, sob pena de enriquecimento ilícito por parte da Administração (Súmula 378 do STJ) - É devido o pagamento da diferença de vencimentos entre os cargos, com os respectivos reflexos salariais - Precedentes dos Tribunais Superiores e deste E. TJSP - Sentença reformada - **RECURSO PROVIDO.**

Trata-se de ação de conhecimento buscando o reconhecimento de desvio de função proposta por **Jacira Albuquerque Silverino Maciel** em face da **Rede Dr. Mário Gatti e Município de Campinas** pela qual busca a condenação das rés ao pagamento da diferença de remuneração entre o cargo de Técnico em Enfermagem e o de Auxiliar de Enfermagem, no mesmo nível/grau do cargo exercido pelo autor com os reflexos nas demais verbas.

Os pedidos foram julgados improcedentes, sob o fundamento de que a parte autora não se desincumbiu do ônus de demonstrar o alegado desvio de função, uma vez que as semelhanças alegadas entre os cargos de Técnico em Enfermagem e Auxiliar de Enfermagem, nada obstante tenham pontos de encontro, não são idênticas (fls. 230/321).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Inconformada, a autora apresenta o presente recurso de apelação alegando, em suma, que: a) labora no cargo de auxiliar de enfermagem e desempenhava suas atividades junto a Rede Dr. Mário Gatti atuando nas salas de Urgência e Emergência no cuidado direto a pacientes em estado grave; b) no exercício no cuidado do paciente em estado grave nunca foi eventual e sim habitual e permanente, como foi demonstrado não havia distinção entre técnico e auxiliar de enfermagem; c) ficou demonstrado o desvio de função e, foram ouvidas cinco testemunhas, que de forma unânimes afirmaram que os auxiliares de enfermagem realizavam cuidados de enfermagem de forma integral ao paciente de alta complexidade, não havendo qualquer distinção entre auxiliares e técnicos de enfermagem; d) a atividade de assistência de enfermagem a pacientes em estado grave deve ser executado por técnico de enfermagem (assistindo ao enfermeiro) como o legislador determinou nos textos legais descritos, ou seja, o fato de estar sob supervisão de enfermeiro não descaracteriza o desvio de função, pois a função de assistir ao enfermeiro no cuidado ao paciente em estado grave não compete ao auxiliar de enfermagem e sim ao técnico de enfermagem (fls. 238/250).

Contrarrazões às fls. 303/307.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Trata-se de recurso de apelação pelo qual a parte busca a reforma da Sentença que julgou improcedente os pedidos autorais buscando o recebimento da diferença de remuneração entre o cargo de Técnico em Enfermagem e o de Auxiliar de Enfermagem, no mesmo nível/grau do cargo exercido pelo autor com os reflexos nas demais verbas, em razão de desvio de função.

A autora foi admitida em 16/03/1998, no cargo de Auxiliar de Enfermagem, no entanto, desde o início de seu vínculo funcional exerceu atividades de alta complexidade, as quais, em tese, seriam privativas do cargo de técnico de enfermagem, nos termos da legislação de regência.

Para sanar o ponto controvertido, a parte autora requereu a juntada de prova emprestada consistente na audiência de instrução dos processos nº 1010294-77.2022.8.26.0114, 1016087-94.2022.8.26.0114 e 1029367-35.2022.8.26.0114 em que testemunhas prestaram depoimento sobre o mesmo local de serviço, atividades e cargos objetos da presente demanda. O magistrado a quo admitiu a juntada da prova emprestada conforme decisão constante à fl. 181, sendo o *link* da audiência juntado à fl. 186.

Analisando os depoimentos trazidos ao presente processo, por meio da prova emprestado, de fato o desvio de função restou comprovado. A testemunha Warley (enfermeiro), ao ser perguntada pelo magistrado se existia diferença entre as funções exercidas pelos auxiliares e técnicos de enfermagem afirmou (a partir de 28 min e 22 segundos da audiência):

“não excelência, tanto que quando vou fazer a escala divido pelo número de funcionária que eu tenho e não de acordo com a categoria que está disponível para mim no momento” (...) “todos que eu escalo vai cuidar de paciente grave ou menos grave...”

Corroborando, tal afirmação, a testemunha Edilane (enfermeira) afirmou que o trabalho feito pelos técnicos e auxiliares era “*absolutamente o mesmo*”, além de afirmar que os enfermeiros eram os responsáveis por fazer a escala de serviço dos técnicos e auxiliares e que a distribuição seria feira sem diferença entre técnico e auxiliar de enfermagem. Em seguida, afirmou a inexistência de técnico e auxiliar de enfermagem na mesma equipe (a partir de 34 minutos e 22 segundos). Pelo que se colhe dos depoimentos, ademais, as duas testemunhas eram responsáveis pela organização da escala dos técnicos e auxiliares de enfermagem, fato este não rechaçado pela apelada.

No mesmo sentido, os depoimentos seguintes, de outros

enfermeiros corroboram integralmente os depoimentos acima citados, as funções exercidas pelos técnicos de enfermagem e auxiliares de enfermagem eram as mesmas.

Como sabido, ocorre o desvio de função quando o servidor público, contratado para desempenhar atribuições e responsabilidades, passa a atuar nas competências de outro cargo, realizando funções distintas daquelas que lhe foram atribuídas no momento do ingresso nos quadros da Administração Pública, seja ele efetivo ou temporário. Na lição de José dos Santos Carvalho Filho, o desvio de função, em linhas gerais é:

(...) 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. Nem a insuficiência de servidores na unidade administrativa justifica o desvio de função. 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 de 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”¹.

Neste caminho, caso seja demonstrado o desvio de função, será configurado a ilegalidade na conduta da administração pública, vez que exige do servidor o desempenho de funções estranhas ao cargo de origem, sem, contudo, o

¹ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo, 28ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2015, p. 634.

pagamento da contrapartida devida em razão das atividades desenvolvidas, incorrendo em nítido locupletamento ilícito. Tal ilegalidade viola frontalmente o princípio da moralidade administrativa, consagrado no art. 37, caput, da CF/88, subtraindo do servidor a devida remuneração pelos serviços prestados à administração pública.

A Lei Federal nº 7.498/86, que dispõe sobre a regulamentação do exercício da enfermagem, e dá outras providências determina ao Auxiliar de Enfermagem o exercício de *“atividades de nível médio, de natureza repetitiva, envolvendo serviços auxiliares de enfermagem sob supervisão, bem como a participação em nível de execução simples, em processos de tratamento, cabendo-lhe especialmente”* (artigo 13, caput): *“observar, reconhecer e descrever sinais sintomas”* (alínea “a”); *“executar ações de tratamento simples”* (alínea “b”) e *“participar da equipe de saúde”* (alínea “c”).

Por outro lado, o Técnico de Enfermagem teria *“atividade de nível médio, envolvendo orientação e acompanhamento do trabalho de enfermagem em grau auxiliar, e participação no planejamento da assistência de enfermagem, cabendo-lhe especialmente”*: *“participar da programação da assistência de enfermagem”* (alínea “a”); *“executar ações assistenciais de enfermagem, exceto as privativas do Enfermeiro, observado o disposto no parágrafo único do art. 11 desta lei”* (alínea “b”); *“participar da orientação e supervisão do trabalho de enfermagem em grau auxiliar”* (alínea “c”) e *“participar da equipe de saúde”* (alínea “d”).

Como visto acima, o que se verificou da prova oral colhida atesta que as atividades rotineiramente desempenhadas pela apelante não são prestações materiais repetitivas, de tratamentos e cuidados simples. Ao contrário, o acervo probatório confirmou que a autora exerceu, de fato, funções do cargo de técnica de enfermagem, mesmo tendo sido nomeada como auxiliar de enfermagem, estando caracterizado, portanto, o desvio de função.

A propósito, é nesse sentido, o teor da Súmula 378 do C.

Superior Tribunal de Justiça, que determina que “*reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes*”, sob pena de locupletamento ilícito da Administração.

Nesse sentido, ademais, colaciona-se precedentes dos Tribunais Superiores:

Servidor público: firmou-se o entendimento do Supremo Tribunal, no sentido de que o desvio de função ocorrido em data posterior à Constituição de 1988 não pode dar ensejo ao reenquadramento. **No entanto, tem o servidor direito de receber a diferença das remunerações, como indenização, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado.** Precedentes (STF 1ª T. AI 339234 AgR/MG. Rel. Sepúlveda Pertence j.07/12/2004).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO À PERCEPÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS. - Embora não tenha direito ao reenquadramento 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. (STJ AgRg no AREsp 44344/MG Rel. Cesar Asfor Rocha j. 24/04/12).

Não é diferente o posicionamento das Câmaras de Direito Público deste e. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. AUXILIAR DE ENFERMAGEM. DESVIO DE FUNÇÃO. OCORRÊNCIA. Pretensão da autora à condenação dos réus ao pagamento das diferenças salariais e seus reflexos. Preliminar. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Legitimidade passiva "ad causam" da autarquia municipal, que é titular de personalidade jurídica e autonomia financeira. Mérito. Sentença de procedência. Manutenção. Acervo probatório indicando que a servidora ocupante de cargo de auxiliar de enfermagem desempenhava funções de técnico de enfermagem em UTI Pediátrica. Desvio de função caracterizado com evidente favorecimento da Administração Pública. O servidor que se encontra em desvio de função faz jus à percepção das diferenças salariais, sob pena de locupletamento ilícito por parte da Administração (Súmula 378 do STJ). É devido o pagamento da diferença de vencimentos entre os cargos, com os respectivos reflexos salariais. Precedentes deste E. TJSP. Majoração da verba honorária pela sucumbência recursal (art. 85, § 11, do CPC). Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1014008-45.2022.8.26.0114; Relator (a): Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/08/2023; Data de Registro: 29/08/2023)

APELAÇÃO Recurso Extraordinário Juízo de retratação
Ação de rito ordinário Servidora pública estadual Auxiliar

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de enfermagem Desvio de função Desempenho das atividades em UTI neonatal, setor que, segundo as normas estabelecidas pelo Conselho Federal de Enfermagem, o quadro dos profissionais de enfermagem deve ser composto por enfermeiros e técnicos de enfermagem Configurado o desvio de função Devidas as diferenças salariais Retorno dos autos apenas para reexame do cômputo dos acréscimos (correção monetária e juros) Desnecessidade de adequação, tendo em vista que já se determinou a observância do decidido, pelo C. STJ, tema 905, do REsp nº 1.495.146/MG e pelo E. STF do RE nº 870.947/SE Sintonia com o definido pelo E. STF, no tema 810, RE 870947 Tema 810 já julgado, mas sem ainda trânsito em julgado DECISÃO NÃO RETRATADA. (TJSP; Apelação Cível 1016888-74.2017.8.26.0602; Relator (a): Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/11/2019; Data de Registro: 18/11/2019).

Portanto, deve ser reformada a r. Sentença para se reconhecer a ocorrência do desvio de função entre o cargo de Técnico em Enfermagem e o de Auxiliar de Enfermagem, ficando a autarquia e o Município, solidariamente, condenados ao pagamento da diferença de remuneração entre o vencimento-base do cargo de técnico de enfermagem e o de auxiliar de enfermagem, no mesmo nível/grau do cargo exercido pela autora, com reflexos nas demais verbas, a ser apurado em liquidação de sentença.

As diferenças, observada a prescrição quinquenal, deverão ser atualizadas nos termos da EC 113/2021.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Pela sucumbência, deverá o Município arcar com os ônus da sucumbência, além de honorários advocatícios em favor do patrono do autor no patamar de 10% sobre o valor da condenação.

Diante da alteração do resultado do julgamento, inviável a aplicação do artigo 85, §11, do CPC (Tema Repetitivo 1059/STJ).

Do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida no recurso, ressaltando-se, consoante entendimento do Col. Superior Tribunal de Justiça, que para tal finalidade é desnecessária a citação expressa a todos os dispositivos legais que tiveram seu conteúdo enfrentado. (STJ, EDcl no RMS nº 18.205/SP, Quinta Turma, Relator Min. Felix Fischer, j. em 18.04.2006).

MÔNICA SERRANO

Relatora