



**PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO
TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO**

PROCESSO TRT/SP nº 1001720-10.2017.5.02.0001

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO - PJE

RECURSO ORDINÁRIO DA 1ª VT DE SÃO PAULO

RECORRENTE: [REDACTED]

RECORRIDO:

GRAVAÇÃO PRIVADA DA AUDIÊNCIA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. NECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA A TODOS OS PARTICIPANTES DA AUDIÊNCIA. PRINCÍPIOS DA LEALDADE, DA BOA-FÉ E DA COOPERAÇÃO. A documentação privada de ato processual público é uma prerrogativa positivada no §6º do artigo 367 do CPC de 2015, o qual garante à parte interessada, independentemente de autorização judicial, gravar a imagem e/ou o áudio da audiência por meio de meio digital ou analógico. Por outro lado, do ponto de vista ético, da transparência e dos princípios da lealdade, da boa-fé e da cooperação com que devem ser pautadas as relações processuais entre as partes, os advogados e o juiz, faz-se necessário que todas as pessoas que participam da audiência tenham pleno conhecimento de que o ato processual está sendo gravado em imagem e/ou em áudio. Não constatada a comunicação prévia da intenção de gravar a audiência, por simples petição ou mesmo durante a abertura do próprio ato, in loco, não há como acolher a mídia apresentada. Recurso ordinário do reclamante ao qual se nega provimento, no particular.

Inconformado com a sentença (fls. 430 e ss), cujo relatório adoto, que julgou procedentes em parte os pedidos formulados na reclamação, recorre ordinariamente o reclamante (fls. 444 e ss) requerendo a reforma do julgado.

Contrarrazões da primeira reclamada (fls. 462 e ss).

É o relatório.

VOTO

I - Admissibilidade

Conheço do recurso, eis que tempestivo e assinado por quem de direito.

II - Preliminar de mérito

a) Cerceamento de defesa

Argui o reclamante a nulidade da sentença com o retorno dos autos à origem a fim de que seja retificada a ata de audiência de instrução (fl. 404), sanando-se as divergências apontadas (fl. 408), bem como seja excluída da condenação a multa por litigância de má-fé, ao argumento de que teve o seu direito de defesa cerceado em razão do não acolhimento da mídia apresentada (fl. 418), a qual contém a gravação em áudio daquele ato processual (audiência).

Pois bem.

A presente preliminar se confunde com o mérito e com ele será analisado oportunamente.

Rejeito.

II - Mérito

a) Retificação da ata de audiência de instrução

Aduz o reclamante a existência de divergência entre o depoimento pessoal do reclamante, prestado na audiência de instrução, realizada no dia 13 de junho de 2018, e a transcrição daquele, consignado em ata (fl. 404), conforme mídia acostada aos autos (fl. 418). Sustenta que o CPC de 2015 permite a gravação particular da audiência, em áudio e/ou em imagem, independentemente de autorização judicial. Requer, deste modo, o acolhimento da aludida mídia com a consequente retificação da ata. Sucessivamente, postula a exclusão da multa por litigância de má-fé aplicada.

Pois bem.

A documentação privada de ato processual público é uma prerrogativa positivada no §6º do artigo 367 do CPC de 2015, o qual garante à parte interessada, independentemente de autorização judicial, gravar a imagem e/ou o áudio da audiência através de meio digital ou analógico.

A medida é uma alternativa para que a parte e o seu patrono estudem o ato processual gravado, bem como para a constituição de prova em relação a eventuais incidentes ocorridos durante a realização daquele.

Por outro lado, do ponto de vista ético, da transparência e dos

princípios da lealdade, da boa-fé e da cooperação com que devem ser pautadas as relações processuais entre as partes, advogados e o juiz, faz-se necessário que todas as pessoas que participam da audiência tenham pleno conhecimento de que o ato processual está sendo gravado em imagem e/ou em áudio. Tal comunicação poderá se dar por simples petição da parte interessada, em momento procedural anterior à audiência, ou mesmo durante a abertura do próprio ato, in loco.

Sobre o ponto, vejamos a lição de Fredie Didier Júnior:

"Essa gravação também poderá ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial. Nesse caso, ainda que não haja necessidade de autorização judicial, a parte deve informar a todos os participantes da audiência que procederá à gravação: essa é uma exigência ética que decorre do princípio da boa-fé e do princípio da cooperação (arts. 5º e 6º do CPC)"(DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2).

Ainda sobre o tema, observemos o seguinte julgado:

REUNIÃO OU AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - GRAVAÇÃO OSTENSIVA E AUTORIZADA - POSSIBILIDADE ÉTICA - GRAVAÇÃO OCULTA OU NÃO AUTORIZADA - VEDAÇÃO ÉTICA - ASPECTOS LEGAIS DA FORÇA PROBANTE DO CONTEÚDO DA GRAVAÇÃO, AUTORIZADA OU NÃO, QUE CABE AO DESTINATÁRIO DA PROVA (JUIZ) E NÃO AO TRIBUNAL DE ÉTICA. Não é eticamente vedado ao advogado, em audiências de instrução e julgamento, proceder à respectiva gravação. Do ponto de vista ético, o ato da gravação há que ser ostensivo, sob pena de violação da lealdade com que deve ser pautada as relações processuais e as relações entre advogados. Em se tratando de ato destinado à conciliação, não se justifica eticamente a gravação, que tem o condão inibir eventuais negociações ou causar constrangimento a quaisquer das partes, que atuarão com reservas excessivas a fim de evitar que sua conduta seja interpretada como admissão de fatos ou renúncia a direitos. A gravação inibe declarações, opiniões, promessas, reconhecimentos de fatos, dentre outros atos típicos das tratativas. Não é por outra razão conteúdo do que se afirmar, em procedimento de mediação, não pode sequer ser utilizado em processo arbitral ou judicial (art. 30 da lei 13.140/2015). Os objetivos buscados com a mediação, conciliação, judiciais ou extrajudiciais, ou mesmo em reuniões informais para esse fim entre advogados, com ou sem as partes, são contrários a que se faça gravações, sob pena de transformar o ato em busca de provas ou investigação de fatos, salvo disposição expressa das partes em sentido contrário. Precedentes: Proc. E-3.854/2010 e Proc. E-3.986/2011. (Proc. E-4.987/2018 - v.u., em 26/04/2018, do parecer e ementa do Julgador Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI, tendo aderido ao voto vencedor o relator Dr. SYLAS KOK RIBEIRO, Rev. Dra. RENATA MANGUEIRA DE SOUZA - Presidente Dr. PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI).

In casu, emerge-se dos autos que a gravação da audiência de julgamento pelo reclamante foi realizada sem que nenhum dos presentes tivesse conhecimento, em especial a d. magistrada que conduzia o ato. Nessa toada, não há razões para divergir do decisum primário, pelo que não acolho a mídia apresentada pelo recorrente.

Ato contínuo, improcede o pedido de retificação da audiência.

Tendo havido procedimento temerário (inciso V do artigo 80 do CPC),

mantenho a multa por litigância de má-fé aplicada.

Nada a reparar.

b) Horas extraordinárias

A sentença rejeitou o pedido de horas extras, inclusive decorrentes da supressão do intervalo intrajornada, e de adicional noturno, mais reflexos nos demais títulos contratuais e rescisórios, ao argumento de que o reclamante não apresentou prova a infirmar os cartões de ponto, tampouco apresentou diferenças de tais títulos a seu favor.

Inconformado, recorre o trabalhador buscando a reforma da decisão.

Pois bem.

A prova da jornada de trabalho é ônus do empregador, conforme entendimento consubstanciado na Súmula 338 do TST.

No presente caso, a primeira reclamada colacionou aos autos os controles de ponto referentes ao período em que vigorou o contrato de trabalho (fls. 273 e seguintes), com horários de entrada e saída variáveis, o que afasta a aplicação dos incisos I e III da referida Súmula.

Desta forma, cabia ao reclamante produzir prova robusta e convincente a infirmá-los. Entretanto, de tal encargo não se desvencilhou satisfatoriamente, pois a testemunha ouvida a seu convite nada esclareceu quanto ao tema.

Destarte, entendo que os cartões de ponto juntados pela primeira reclamada evidenciam a real jornada empreendida pelo obreiro nos períodos documentados, já que não infirmados por prova em contrário, inclusive no que diz respeito ao intervalo intrajornada, já que aqueles assinalam o gozo de 01 hora.

Por outro lado, compulsando-se os recibos de pagamento (fls. 252 e seguintes), verifica-se que houve o pagamento de horas extras. Competia, então, ao reclamante apontar, ainda que por amostragem, a existência de diferenças entre as horas lançadas nos controles e as quitadas nos recibos, ônus do qual não se desincumbiu.

Destarte, ausente de provas do alegado, improcedem os pedidos de

horas extras, inclusive decorrentes da supressão do intervalo intrajornada, e de adicional noturno, mais reflexos nos demais títulos contratuais e rescisórios. Mantenho.

c) Pagamento "extra folha"

Persegue o recorrente a reforma da sentença que rejeitou o pedido de integração dos valores recebidos à margem dos recibos de pagamento, com reflexos nos demais títulos contratuais e rescisórios.

Pois bem.

O reclamante narrou, na exordial, que "recebia, mensalmente, em média, a quantia de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) em dinheiro. Valor esse que não era computado na folha de pagamento, popularmente conhecido como "salário por fora"" (fl. 10). Não esclareceu, contudo, a quais títulos eram os indigitados pagamentos "extra folha".

Ante a negativa da primeira ré e por se tratar de fato constitutivo do seu direito (artigos 818 da CLT e 373, I, do CPC), competia ao reclamante fazer prova robusta do alegado na inicial. Contudo, de tal encargo não se desvencilhou satisfatoriamente, pois a afirmação da testemunha ouvida a seu convite, de "que além do piso da categoria recebia um pagamento por fora no valor de R\$ 450,00, a título de horas extras para complementar a escala de trabalho 4x2", foi diretamente contrariada pela assertiva da testemunha ouvida a rogo da primeira demandada, de "que recebia apenas os valores consignados em seu contracheque inclusive as horas extras"(fl. 420).

Além disso, a declaração daquela, no sentido de "que no seu contracheque não vinha o pagamento de horas extras; que nunca recebeu nenhum valor de horas extras no contracheque", vai de encontro aos recibos de pagamento, os quais apontam a quitação de horas extras, a exemplo do mês de 04/2015 (fl. 268).

Assim, à míngua de provas do alegado, improcede o pedido de integração dos valores recebidos à margem dos recibos de pagamento, com reflexos nos demais títulos contratuais e rescisórios.

Mantenho.

d) Acúmulo de funções

Busca o reclamante a reforma da sentença que rejeitou o pedido de diferenças salariais e repercussões decorrentes do acúmulo funcional. Alega que restou comprovado que exercia, além das atividades inerentes à função para a qual contratado, de porteiro, a de conferente de mercadorias.

Pois bem.

O acúmulo de funções fica configurado quando imposto ao empregado o desempenho de atribuições que não sejam precípuas à função para a qual fora contratado, ou, muito superiores à sua condição pessoal, com maiores responsabilidades e exigências técnicas, acarretando desgaste ao trabalhador.

O adicional tem como fundamento a boa-fé contratual (artigo 422 do Código Civil), a vedação ao enriquecimento sem causa (artigo 884 do Código Civil) e o caráter sinalagmático do contrato de trabalho.

Por se tratar de fato constitutivo do seu direito, competia ao reclamante fazer prova do alegado (artigos 818 da CLT e 373, I, do CPC).

No caso, o reclamante alegou, na exordial, que "não somente era cobrado pela abertura e fechamento da portaria, com o controle de acesso", mas também "era compelido a acompanhar a carga e descarregá-la dos caminhões, fazendo a vigilância local" (fl. 11).

Conforme Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, os exercentes da profissão de porteiro "Repcionam e orientam visitantes e hóspedes. Zelam pela guarda do patrimônio observando o comportamento e movimentação de pessoas para prevenir perdas, evitar incêndios, acidentes e outras anormalidades. Controlam o fluxo de pessoas e veículos identificando-os e encaminhando-os aos locais desejados. Recebem mercadorias, volumes diversos e correspondências. Fazem manutenções simples nos locais de trabalho".

Vê-se, portanto, que as atividades descritas pelo autor, no libelo, ainda que comprovadas, são inerentes à função para a qual fora contratado. Logo, não há de se falar em acúmulo funcional sendo indevidas, por conseguintes, as diferenças salariais e repercussões perseguidas.

Nada a reparar.

III - Prequestionamento

Por derradeiro, à vista dos termos deste voto e pelas razões expostas em cada um de seus itens, entendo inexistir afronta a quaisquer dos dispositivos legais invocados (do contrário, outras teriam sido as conclusões esposadas). Tenho por atingida a finalidade do prequestionamento, salientando-se, de qualquer sorte, que foram expressamente indicados todos os elementos, constantes dos autos, que alicerçaram o convencimento deste Relator.

Advirto as partes para os exatos termos dos artigos 80, 81 e 1026, parágrafo único, todos do Código de Processo Civil de 2015, eis que não cabem embargos de declaração para rever fatos, provas e a própria decisão.

Acórdão

Presidiu o julgamento a Exma. Desembargadora Regina Duarte.

Tomaram parte no julgamento o MM. Juiz Márcio Mendes Granconato (relator - cadeira 2), e os Exmos. Desembargadores Orlando Apuene Bertão (revisor) e Fernanda Oliva Cobra Valdívia.

Sustentação oral realizada

Posto isso,

ACORDAM os Magistrados da 16ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: por unanimidade de votos, CONHECER do recurso ordinário interposto pelo reclamante, REJEITAR a preliminar arguida e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos da fundamentação do voto do Relator.

MÁRCIO GRANCONATO
Juiz Relator

08/02/2019



Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a:

[MARCIO MENDES

19021312512514100000042669349 GRANCONATO]



<https://pje.trtsp.jus.br>



/segundograu/Processo
/ConsultaDocumento
/listView.seam

Documento assinado pelo Shodo