

EMBARGOS DECLARATÓRIOS-VISÃO GERAL E PREQUESTIONAMENTO NO ÂMBITO DO PROCESSO DO TRABALHO

JÚLIO BERNARDO DO CARMO*

ÍNDICE. 1. CONCEITO E FINALIDADE. 2. DECISÕES JUDICIAIS EMBARGÁVEIS. 3. NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. 4. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E FAZENDA PÚBLICA. 5. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E INTERRUPTÃO DO PRAZO RECURSAL. 6. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E PEDIDOS IMPLÍCITOS. 7. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E ERROS MATERIAIS. 8. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E PREQUESTIONAMENTO NO PROCESSO DO TRABALHO.

1. CONCEITO E FINALIDADE

Os embargos declaratórios constituem o meio jurídico de que pode valer-se a parte interessada para exigir seja a correta inteligibilidade do julgado ou a sua complementação.

No que pertine à correta inteligibilidade do julgado, dispõe o artigo 535 do Código de Processo Civil que cabem embargos declaratórios quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição ou quando for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

O que seria uma sentença ou um acórdão obscuro?

Consultando o dicionário da língua portuguesa temos que o termo obscuridade, do latim **obscuritate**, significa estado de escuro, falta de luz, escuridão, falta de clareza (no estilo), pouco claro, pouco brilhante, pouco inteligível, difícil de compreender.

Assim, se em determinada lide é debatida tese jurídica explícita, v.g., a respeito da estabilidade acidentária prevista no artigo 118 da Lei n. 8213/ 91 , e a sentença ou o acórdão, quer concedendo ou negando a pretensão de direito material, não articula tese jurídica compreensível acerca do tema debatido, deve a parte interessada aviar os aclaratórios para afastar a obscuridade e forçar o órgão sentenciante a emitir tese jurídica escorreita que fundamente o resultado da demanda.

No mesmo exemplo acima citado, estabilidade acidentária, a sentença ou o acórdão revela-se igualmente contraditório quando em sua fundamentação reconhece ser dúbia a ocorrência do acidente de trabalho, aliado ao fato de que o trabalhador só chegou a perceber o auxílio-doença comum, mas ainda assim reconhece a estabilidade provisória acidentária e emite ordem de reintegração do trabalhador no emprego.

Necessária, pois, a interposição dos embargos declaratórios com o fito de escoimar do julgado a contradição apontada, suplicando-se tese jurídica escorreita e inteligível, a par de bem fundamentada, a respeito do acolhimento ou rejeição do pedido, para que a parte interessada tenha melhores meios jurídicos de, oportunamente, aviar o recurso pertinente para a instância adequada.

Já na omissão do julgado, o objetivo maior dos embargos declaratórios seria alcançar a inteireza da prestação da tutela jurisdicional.

Assim, se ao proferir a sentença ou o acórdão, o órgão julgador deixa de apreciar determinado pedido, e.g., horas extras ou prêmios e gratificações, os embargos declaratórios devem ser

manejados para que o juiz aprecie toda a matéria posta na lide, sob pena de incorrer em julgando aquém do pedido (infra-petita) a par de denegar em sua inteireza a aplicação do direito material à espécie.

A omissão torna possível imprimir aos embargos declaratórios efeito modificativo do julgado, sendo possível através deles, em determinados casos onde a reclamação trabalhista fora julgada parcialmente procedente, alcançar, inclusive, a cabal improcedência da ação trabalhista proposta, com inversão dos ônus sucumbenciais.

O efeito infringente do julgado torna possível, de igual modo, ser acolhida alguma preliminar ou prejudicial expressamente invocada na defesa que seja obstativa do exame do mérito da demanda, quando, por omissão, a sentença ou o acórdão deixa de apreciá-la.

Interpostos os embargos declaratórios e confirmada a omissão, o acolhimento da preliminar ou da prejudicial poderá redundar em extinção do feito, sem resolução do mérito, ou seja, sem que se analise a pretensão de direito material posta na demanda e que havia sido acolhida por descuido pelo órgão julgador.

Explicuemos, com exemplos concretos as possibilidades supra aventadas.

No primeiro exemplo mencionado acima pode ocorrer que a sentença tenha acatado um único pedido do autor, relativamente, e.g., à condenação em vale-transporte.

Todavia, tendo julgado a pretensão formulada pelo reclamante com lastro na distribuição do ônus da prova (artigo 818, da CLT e artigo 333, incisos I e II, do CPC), o juiz pode ter adotado a tese jurídica de que é da reclamada o encargo probatório relativo aos requisitos legais que a desonerariam do pagamento do vale-transporte e que deste encargo probatório não teria se desincumbido nos autos.

A sentença mostra-se, todavia, omissa relativamente à tese jurídica exposta na defesa, no sentido de que, pela jurisprudência estratificada na Orientação Jurisprudencial n. 215 da SBDI-I, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, o ônus da prova relativo aos requisitos legais indispensáveis à percepção do vale-transporte compete ao empregado.

No exemplo citado, acatada nos aclaratórios a tese jurídica suscitada pela reclamada (OJ n. 215-SBDI-I do TST), em face da omissão mencionada, será expungido do julgado igualmente o vale-transporte e conseqüentemente será julgada cabalmente improcedente a ação proposta, com inversão dos ônus sucumbenciais.

Com relação a preliminares ou prejudiciais que teriam sido relegados ao oblívio pela instância julgadora, teríamos o caso, e.g., da sentença ter julgado a ação trabalhista procedente, sendo que na fase dos embargos declaratórios a reclamada junta decisão de igual teor proferido em processo diverso, que teria corrido perante outra Vara do Trabalho, razão pela qual, naquela oportunidade, argüia a prejudicial de coisa julgada.

Ora, versando matéria de ordem pública, a prejudicial de coisa julgada pode ser invocada, a qualquer tempo, na instância ordinária, ou até mesmo ser reconhecida de ofício pelo magistrado.

Nesta hipótese, patente a configuração da coisa julgada, o magistrado nos embargos declaratórios a acolherá e, imprimindo efeito infringente ao julgado, extinguirá o processo sem resolução de mérito, com inversão dos ônus sucumbenciais.

Questão interessante é saber se há contraste entre o artigo 535 do CPC e o artigo 897-A, da CLT.

Explica-se: pelo artigo 535 do CPC, como visto, cabem os embargos declaratórios quando na decisão há obscuridade ou contradição ou quando o julgador incorre em omissão manifesta. Pela letra atual do artigo 897-A, da CLT, temos que “cabem embargos de declaração de sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão

subseqüente a sua apresentação, registrada na certidão, admitindo efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso. Parágrafo único. Os erros materiais poderão ser corrigidos de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”.

Fazendo o cotejo entre os dois artigos marginados, determinado segmento da doutrina tem observado que, como a CLT tem norma explícita regendo as hipóteses de interposição dos embargos declaratórios, não se aplicaria à seara processual trabalhista, em subsidiariedade o artigo 535, do CPC, pelo que estaria definitivamente afastada a hipótese de se intentar os aclaratórios para expungir do julgado eventual obscuridade.

Nada mais falso.

A lei n. 9.957, de 12 de janeiro de 2.000, que inseriu o artigo 897-A na CLT não regulamentou de forma explícita todos os casos em que é possível o manejo dos embargos declaratórios, tendo antes se preocupado com o seu procedimento, razão pela qual continuaria sendo aplicável, por subsidiariedade, o artigo 535 do CPC, no que pertine à mácula de obscuridade que possa contaminar o julgado.

Prova maior disso é o fato de que o art. 897-A, da CLT, ao mencionar a omissão e a contradição o fez apenas para deixar claro que ocorrendo tais vícios no julgado, a decisão dos embargos declaratórios que vier a dirimi-los poderá revestir-se de natureza infringente, ou seja, poderá modificar substancialmente o que antes fora decidido, alterando-se completamente o rumo da demanda.

Mas isso não quer dizer que, ocorrendo o vício de obscuridade no julgado, não seriam cabíveis embargos declaratórios, dada a supletividade contida no artigo 769, da CLT.

O que se pode inteligir do referido dispositivo consolidado é que, havendo no julgado eventual obscuridade, a mesma desafia embargos declaratórios, mas esses últimos, neste caso, jamais poderão alcançar efeitos infringentes.

A inovação legal trazida com a redação da parte final do artigo 897-A da CLT tem pertinência com os chamados requisitos ou pressupostos de admissibilidade dos recursos, ou de forma mais simplificada, com os requisitos genéricos de sua admissibilidade.

A doutrina mais abalizada classifica os requisitos de admissibilidade dos recursos em intrínsecos e extrínsecos.

Assim, seriam requisitos intrínsecos de admissibilidade as chamadas condições recursais, como o seu cabimento (possibilidade recursal) e o interesse e a legitimidade para recorrer. Requisitos extrínsecos de admissibilidade seriam o preparo, a tempestividade e a regularidade formal.

Ovídio Baptista da Silva preleciona que os pressupostos genéricos de admissibilidade dos recursos podem ainda ser classificados em objetivos e subjetivos. Dentro dessa perspectiva, seriam pressupostos genéricos subjetivos os seguintes: a) capacidade processual do recorrente; b) legitimação, que teria como pressupostos a sucumbência e o interesse; c) a ausência de pressupostos subjetivos negativos, como, e.g., a desistência, a renúncia do recurso, ou a aceitação tácita da decisão recorrida.

Os pressupostos genéricos objetivos de admissibilidade dos recursos seriam: a) a existência de previsão legal; b) adequação; c) tempestividade; d) regularidade formal; e) preparo.

O artigo 897-A da CLT, sob comento, merece severas críticas ao possibilitar a interposição de embargos declaratórios somente na hipótese de inobservância dos requisitos genéricos extrínsecos, quer dizer, os requisitos objetivos dos recursos.

Trata-se na espécie de mero descuido do legislador, podendo seu cochilo homérico ser suprido pelos métodos clássicos de interpretação de normas jurídicas.

A interpretação aqui há de necessariamente ser a extensiva, pois deve-se partir do pressuposto de que, por omissão, o legislador disse menos do que deveria dizer (**dixit minus quam voluit**), sabido que os embargos declaratórios são adequados igualmente quando estão em jogo os chamados pressupostos genéricos intrínsecos de admissibilidade, ou seja, os requisitos de ordem subjetiva.

Ou seja, desde que a sentença ou o acórdão não haja adotado tese jurídica explícita a respeito dos requisitos intrínsecos (ou subjetivos) de admissibilidade dos recursos, ou seja, a legitimidade, o interesse, a capacidade e a representação, seriam cabíveis os embargos declaratórios com efeitos infringentes para forcejar a admissibilidade do recurso interposto.

2. DECISÕES JUDICIAIS EMBARGÁVEIS

Outro ponto que merece adequada reflexão consiste na indagação de quais seriam as decisões judiciais embargáveis.

Se nos ativermos à letra fria e literal do artigo 535 do CPC, somente a sentença, decisão afeta ao juízo monocrático trabalhista de primeiro grau, e o acórdão, decisão colegiada, própria dos tribunais, é que seriam suscetíveis de questionamentos através do manejo de embargos declaratórios. No mesmo diapasão dispõe o artigo 897-A da CLT que embargáveis são a sentença e o acórdão.

A interpretação dos dispositivos processuais supra mencionados (art. 535 do CPC e art. 897-A, da CLT), deve ser feita com prudência e razoabilidade, pois soaria estranho ser desejo do legislador que toda e qualquer decisão judicial que não consubstancie quer uma sentença ou um acórdão possa ser emitida atabalhoadamente, eivadas que seriam de obscuridade e contradição, tornando se não impossível, pelos menos tarefa difícil captar-lhes a real inteligibilidade.

Tanto o princípio da razoabilidade como o da segurança jurídica exigem que toda e qualquer decisão judicial seja emitida com clareza e total inteligibilidade, para que o jurisdicionado possa melhor defender em juízo seus direitos e pretensões.

Com razão, portanto, o ilustre processualista Manoel Antonio Teixeira Filho quando enfatiza que, muito embora não seja desejável que meras decisões interlocutórias e meros despachos de expediente sejam impugnáveis através de embargos declaratórios, porque essa possibilidade acabaria atentando contra a celeridade processual, a par de tumultuar o procedimento, cujas conseqüências seriam particularmente mais graves no processo do trabalho, em que, acima de qualquer outro, a rapidez na entrega da prestação jurisdicional figura como imperativo supremo. (Curso de Direito Processual do Trabalho, Vol. II, Processo de Conhecimento 2, LTR, 2009, pg. 1.702/1.705).

E acrescenta, com propriedade o notável jurista citado que “com isso, não queríamos dizer que as decisões interlocutórias e os despachos pudessem ser obscuros, contraditórios ou provocar dúvida no intérprete, sem que se pudesse obter a necessária sanação. Afinal, também esses atos do juiz estariam submetidos às regras de clareza, inteligibilidade, coerência e plenitude, aplicáveis à sentença e ao acórdão”. (op.cit, idem).

A prudência recomenda, todavia, que nem todas as decisões judiciais sejam embargáveis, sob pena de possibilitar-se ao litigante desairoso tumultuar a seu talante e gosto a marcha processual, possível que seria ao mesmo suscitar incidentes processuais não só desnecessários como reprováveis.

A conclusão que se tira de tudo isso é a de que meros despachos de expediente ou simples decisões interlocutórias não seriam embargáveis. A ressalva é feita apenas para os despachos e decisões interlocutórias de cunho decisório, máxime quando monocraticamente põem fim ao processo sem resolução do mérito ou quando denegam o regular processamento de um recurso.

Dentro dessa ótica, temos a dicção do artigo 557 do CPC, no sentido de que “ o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto

com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior “.

Completa o parágrafo primeiro letra A do artigo 557 do CPC que “ se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso “.

Essa decisão monocrática do relator que ou denega seguimento a recurso ou lhe dá provimento liminar, quando atendido o figurino legal, desde que emitida com obscuridade, contradição, absoluta falta de clareza, ou vícios outros que impeçam a sua pronta inteligibilidade, pode tranqüilamente ser objeto de embargos declaratórios que, interpostos, interrompem o prazo de cinco dias para a interposição do agravo previsto no parágrafo primeiro do artigo 557 do CPC.

Símile modo, são embargáveis as decisões monocráticas do relator que denegar liminarmente o processamento do mandado de segurança, que extinguir a ação rescisória sem resolução de mérito, que denegar em tais ações especiais a liminar requerida, bem como a decisão do Presidente ou Vice-Presidente da Corte Regional Trabalhista que trancar a veiculação do recurso de revista para o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, sendo que em todos esses casos ficará interrompido o prazo regimentalmente previsto para interposição de agravo.

A embargabilidade das decisões monocráticas do juiz ou do relator é mais consentânea com o princípio constitucional da ampla defesa e do livre acesso ao Poder Judiciário, até porque se atacada a mácula da obscuridade ou da falta de clareza por simples petição do interessado, o prazo recursal previsto legalmente para impugnar a decisão monocrática fluiria inexoravelmente, podendo acontecer que, após a apreciação do incidente, já não mais disponha a parte do prazo recursal reservado ao ataque do mérito ou da questão de fundo da decisão hostilizada.

O Tribunal Superior do Trabalho placita o entendimento de que nem somente sentenças e acórdãos são embargáveis e sim também outros despachos de cunho decisório, conforme se pode colher de sua súmula de n. 421, verbis: I-Tendo o despacho monocrático de provimento ou denegação de recurso, previsto no artigo 577 do CPC, conteúdo decisório definitivo e conclusivo da lide, comporta ser esclarecido pela via dos embargos declaratórios, em despacho aclaratório, também monocrático, quando se pretende tão-somente suprir omissão e não modificação do julgado; II- Postulando o embargante efeito modificativo, os embargos declaratórios deverão ser submetidos ao pronunciamento do colegiado, convertidos em agravo, em face dos princípios da fungibilidade e celeridade processual”.

Dentro desta hermenêutica que prestigia a ampla possibilidade de manejo de embargos declaratórios cumpre observar que a doutrina e a jurisprudência acabaram placitando o entendimento de que quando houver contradição entre a ementa do acórdão e a sua fundamentação ou seu dispositivo, principalmente este último, porque é a parte da decisão que transita em julgado, cabem tranqüilamente embargos declaratórios para sanar a irregularidade.

O uso dos embargos declaratórios nessa hipótese possibilitaria o uso correto da ementa objurgada em outros casos concretos que fossem julgados nos tribunais, a par de deixar escorreita a tese jurídica nele encampada com o fito de embasar eventual veiculação de recurso de revista, por dissenso pretoriano.

Por outro lado, como a coisa julgada faz do preto branco e do quadrado redondo, poderia ser que na ementa se consagrasse tese jurídica favorável ao recorrente e no dispositivo se desse pelo desprovimento do apelo, quando não interpostos os embargos declaratórios, persistiria a tese jurídica do dispositivo, acarretadora de sérios gravames às partes.

A impugnação dessa anormalidade jurídica do acórdão através de simples petição nem sempre seria razoável, porque não sendo interruptiva do prazo recursal, poderia prejudicar a parte interessada, a não ser que, adotando postura liberal, o órgão prolator da decisão, visualizando o incidente como simples erro material, o sanasse de ofício, bondade ou benesse difícil de se ver no dia a dia dos pretórios trabalhistas.

3. NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS

Qual seria a natureza jurídica dos embargos declaratórios?

Quanto a esta indagação, grassa na doutrina séria controvérsia, porque alguns processualistas divisam os embargos declaratórios como meio processual, dissociado do recurso, que tem a finalidade, não de reformar a sentença ou o acórdão, mas sim de buscar a sua correta inteligibilidade, quando a mesma vem eivada dos vícios legalmente previstos que possam dificultar seu exato alcance jurídico.

Por outro lado, a prevalecer a localização que os embargos declaratórios mereceram no atual Código de Processo Civil, fácil seria admitir a sua natureza recursal.

É que os embargos declaratórios estão previstos no artigo 496, inciso IV, do CPC e ali, textualmente, se diz que (art. 496) são cabíveis os seguintes recursos: IV-embargos de declaração.

Dentre os doutrinadores que defendem que os embargos declaratórios ostentam a natureza jurídica de recurso, cita-se o portentoso Pontes de Miranda que enfatiza que o Código de Processo Civil de 1973 quis “pôr à frente a qualidade do recurso de embargos de declaração por serem de cognição de quem proferiu a sentença ou o acórdão: ser de competência de quem julgou, sem órgão ad quem superior”. (citado por Manoel Antonio Teixeira Filho, op. cit.).

Somos do entendimento de que o erro topográfico cometido pelo legislador de 1973, ao inserir os embargos declaratórios no título X que abarca precisamente os recursos cabíveis na seara processual civil, nem por isso tem o dom miraculoso de transmutar em recurso o remédio jurídico que ontologicamente é despedido dessa característica.

Trago à baila, novamente, o auspicioso ensinamento de Manoel Antonio Teixeira Filho ao dispor com proficiência que “o traço essencial, capaz de distinguir com eficácia os embargos de declaração dos recursos, é a finalidade. Enquanto estes visam à reforma, à cassação da decisão impugnada, aqueles se destinam, meramente a obter, do mesmo órgão jurisdicional, uma declaração de qual seja o verdadeiro conteúdo da sentença (ou do acórdão), para integrá-la ou para liberá-la de qualquer eiva de expressão. É de grande utilidade prática a separação doutrinária que se fez entre o conceito da sentença e sua fórmula: o primeiro tem caráter ideológico, pois encerra as razões que levaram o juiz a formar a sua convicção jurídica acerca dos fatos; já a segunda representa apenas a forma pela qual o conteúdo é manifestado. Os embargos declaratórios têm como destinatária exclusiva a forma, a expressão material do julgado, ao passo que os recursos se arremetem em regra, contra o conteúdo “. (op. cit.).

Mesmo quando aos embargos declaratórios são imprimidos efeitos infringentes do julgado, não existe a sua transmutação em recurso, eis que continua intocável sua natureza jurídica integrativa, ou seja, de buscar a correta integração do julgado, suprimindo-se omissão ou contradição que o mesmo albergue.

Os embargos declaratórios perseguem assim, mesmo quando o desiderato é a busca de efeito modificativo da decisão embargada, a correta e completa outorgada da prestação jurisdicional, sendo que somente depois de esclarecidos os pontos controvertidos da demanda, é que as partes interessadas farão uso do recurso adequado, aí sim, com o manifesto propósito de reformar a sentença ou o acórdão hostilizado, tarefa que é transferida à instância ad quem.

Acrescente-se mais que se os embargos declaratórios ostentassem a natureza jurídica de recurso deveria ter também o prazo unificado de 8(oito) dias para sua interposição, como acontece com todos os recursos trabalhistas, e não o prazo especial de 5(cinco) dias previsto na legislação processual.

Ostentasse **símile modo** a natureza jurídica de recurso não poderia, em tese, ser interposto das decisões de primeira instância que dirimem os chamados processos de alçada, previstos na Lei n.

5584/70, eis que, ressalvada matéria estritamente constitucional, tais decisões trazem ínsito o selo da irrecurribilidade.

Falacioso igualmente é o argumento de que os embargos declaratórios não poderiam ser visualizados como recurso porque são direcionados ao mesmo órgão judicial prolator da decisão embargada e não pelo órgão colegiado integrante de instância superior.

Pode excepcionalmente existir casos em que o recurso propriamente dito tem que ser interposto perante a mesma autoridade judicial que emitiu a decisão e por ela decidido, como acontecia, e.g., com os embargos infringentes da Lei 6.825/80 (art. 4º, parágrafo primeiro) cabível no âmbito da Justiça Federal e ainda, no próprio processo do trabalho, os chamados embargos de nulidade, que eram julgados pela Junta de Conciliação e Julgamento, igualmente extinto.

Existem ainda determinados recursos que, pelo juízo de retratação, podem ser tornados sem objeto mediante decisão favorável do próprio juiz ou relator prolator do r. despacho hostilizado, como acontece com o agravo de instrumento e com o agravo regimental. Trancado o seguimento do recurso ordinário, nada impede que a parte interessada no bojo do próprio agravo de instrumento teça considerações que convença o juízo da erronia perpetrada quanto ao juízo de admissibilidade, levando-o a reconsiderar sua decisão e admitir o processamento do apelo interposto.

Assim também acontece, e.g., com a decisão monocrática do relator que indefere liminar em mandado de segurança ou em ação rescisória ou que extingue tais feitos liminarmente sem solução do mérito, podendo, aduzidos aclaratórios, valer-se o autor da decisão hostilizada do juízo de retratação e admitir o regular processamento seja do mandamus ou da ação desconstitutiva.

O sucesso alcançado pela parte no âmbito do juízo de retratabilidade torna sem objeto o recurso interposto, sem precisar trasladá-lo para a instância hierarquicamente superior, porque o desiderado buscado no apelo é deferido pelo próprio juiz da decisão objurgada.

Outros casos podem ocorrer no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, de que o recurso tenha como destinatário o próprio órgão judicial prolator da decisão embargada, e não uma instância hierarquicamente superior, e nem por isso, a guardar em mente a especial teleologia dos embargos declaratórios, seriam estes últimos revestidos, por assimilação, de conteúdo estritamente recursal, haja vista que o escopo deles, como visto, é buscar a correta integração da decisão ou do acórdão, fazendo com que o órgão jurisdicional aprecie todos os pontos controvertidos da demanda, para que, aperfeiçoada a entrega da prestação da tutela jurisdicional, possa a parte que se sentir lesionada, aí sim, interpor o recurso adequado para a instância hierarquicamente superior, com o objetivo manifesto de reformar no todo ou em parte a decisão objurgada.

Referenda o ponto de vista até aqui sustentado, qual seja, o de que os embargos declaratórios não tem natureza jurídica recursal o fato de que quando os mesmos são manejados com esta precípua finalidade, com o desiderato manifesto de reformar a sentença ou o acórdão, são os mesmos tachados de protelatórios ou procrastinatórios, deslealdade que granjeia para a parte insurgente a responsabilidade de pagar multa em prol do parte contrária, como está na dicção do artigo 538, parágrafo único, do CPC: se os embargos de declaração forem manifestamente protelatórios, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a 1%, que será elevada a até 10% no caso de reiteração, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor correspondente.

E realmente são protelatórios os embargos declaratórios que assumirem veste estritamente recursal, eis que sua teleologia não estará voltada para a correta integração do julgado, com o fito de escoimá-lo de eventuais eivas que comprometam a sua adequada inteligibilidade ou que objetivem ultimar a prestação da tutela jurisdicional e sim para reformar propriamente a sentença ou o acórdão, mesmo inexistindo neles qualquer defeito de inteligibilidade.

Dentro desta ótica, manejo abusivo dos embargos declaratórios como meio recursal, sob as vestes de suposto prequestionamento, temos a lição doutrinária do festejado professor Antonio Álvares

da Silva, que assim se pronunciou no agravo de petição n. TRT-00960-2000-114-03-00-2, de que foi relator:

“2.2.2. Prequestionamento. As partes devem atentar para o disposto no artigo 17, 18 e 538, parágrafo único do CPC, c/c o art. 769, da CLT, porque não cabem embargos de declaração para reexame de fatos e provas (Súmula 126 do Colendo TST c/c as súmulas 07/STJ e 279/STF), sob pena de manifestarem inconformismos incompatíveis com a técnica processual, em franca indiferença aos argumentos da autoridade judiciária. Foi dada interpretação razoável de lei para o caso concreto (matéria de direito), sem violar direta e literalmente quaisquer normas do ordenamento jurídico nacional (Sumula 221, II/TST c/c o art. 131/CPC e sumula 400/STF). Adotou-se tese explícita sobre as matérias, de modo que a referência a dispositivos legais e constitucionais é desnecessária. Inteligência da OJ n. 118/SBDO-I do TST. Caso entenda que a violação nasceu na própria decisão proferida, inexigível se torna o questionamento, conforme inteligência da OJ n. 119 da SBDI-I/TST. O juiz não está obrigado a rebater especificamente as alegações da parte: a dialética do ato decisório não consiste apenas no revide dos argumentos da parte pelo juiz, mas no caminho próprio e independente que este pode tomar, que se restringe naturalmente aos limites da lide, mas nunca apenas à alegação da parte. Se a parte não aceita o conteúdo normativo da decisão, deve aviar recurso próprio”.

Ora, como os embargos declaratórios não revestem a qualidade de recurso o seu uso como tal desvirtua sua finalidade, procrastina o andamento da lide, sobrecarrega a pauta do Judiciário, razão pela qual afigura-se justa a multa idealizada pelo legislador para o litigante desairoso.

O postulado constitucional da igualdade de todos perante a lei, albergado no artigo 5º, caput, da Magna Carta de 1988, impõe a conclusão de que a multa aplicável ao litigante desairoso que avia embargos declaratórios meramente procrastinatórios deve ser utilizada indistintamente contra o empregador e o empregado, caso contrário haveria séria ruptura do princípio da igualdade que as partes, em tese, ostentam no processo trabalhista.

Melhor reflexão merece o caso do trabalhador que vem a juízo valendo-se do “jus postulandi”, peculiaridade na qual poderá o magistrado, sopesando com equidade a situação concreta dos autos, deixar de aplicar a multa por embargos declaratórios procrastinatórios, máxime quando mostra-se visível que o questionamento feito ao juízo deriva da absoluta falta de conhecimento técnico processual por parte do litigante hipossuficiente.

Nada obsta que a parte interponha embargos declaratórios para obter a inteireza da prestação jurisdicional ou a escoimação do julgado de vícios de inteligibilidade, os quais, a persistirem a recalcintrância judicial de proceder à correta integração do julgado, demandarão tantos embargos declaratórios quanto necessários.

Na prática isto seria não só cansativo como também poderia despertar séria animosidade do julgador, sendo melhor que, utilizada sem sucesso, mesmo em caráter reiterado, a via dos aclaratórios, pode a parte interessada ao interpor o recurso adequado suscitar preliminar de denegação de prestação de tutela jurisdicional, ocasião em que o tribunal ad quem, convencendo-se de que o órgão judicial a quo não entregou escoimada prestação jurisdicional, poderá acolher a preliminar de nulidade e determinar o retorno dos autos para que outra decisão de embargos declaratórios seja emitida, de molde a abarcar todas as questões cruciais neles suscitadas.

Como é curial, não terá efeito procrastinatório os embargos declaratórios aviados com o propósito manifesto de prequestionamento, ou seja, provocar o órgão judicial a emitir tese jurídica explícita sobre determinado ponto do litígio, geralmente a suposta ofensa à Constituição Federal ou a dispositivo de lei federal, para que a parte interessada, afastada a preclusão, tenha acesso ao manejo de eventual apelo de caráter excepcional, matéria que será examinada com maior delonga na parte específica deste trabalho.

Outro detalhe importante é que a parte deve estar sempre solerte quanto a eventuais imperfeições do julgado, devendo no prazo legal interpor os embargos declaratórios para escoimar os vícios que inibem a correta inteligibilidade ou alcance jurídico da decisão, especificamente quanto o órgão judicial incorre em omissão, deixando de apreciar na sentença ou no acórdão determinados pedidos formulados pelas partes.

Havendo imperfeições no julgado, seja a título de obscuridade ou de contradição, a ausência de interposição dos embargos declaratórios poderá comprometer a marcha célere do processo, porque essas questões, mesmo devolvidas à segunda instância em eventual recurso, poderão ainda assim permanecer obscuras e pouco inteligíveis, mácula que será transferida à execução do título judicial, até porque quando da liquidação dos pedidos, já não mais será possível modificar, ou inovar a sentença liquidanda, nem discutir matéria pertinente à causa principal.

O prejuízo assim poderá ser manifesto porque, mesmo vitorioso, pode ser que a parte beneficiada com o julgado veja na execução afequizado o seu direito, ou mesmo que não desfrute da inteireza do bem de vida conquistado na sentença, porque não aviados embargos declaratórios no momento oportuno para escoimar pontos obscuros ou contraditórios do título judicial ora passível de liquidação, devendo prevalecer a interpretação literal da decisão trãnsita em julgado, ainda que a mesma pudesse acenar com uma maior extensão da carga de exeqüibilidade.

No tocante aos pontos omissos da sentença ou do acórdão revela-se mais grave a ausência de interposição dos embargos declaratórios porque, mesmo em face do amplo princípio da devolutividade recursal, tem-se entendido que tópicos não prequestionados na instância de origem relativos a determinados pedidos que estampados na exordial deixaram de ser apreciados na sentença, já não mais poderiam ser suscitadas no recurso ordinário em face de inexorável preclusão.

Neste sentido temos a dicção da Orientação Jurisprudencial n. 340 da SBDI-I do Colendo TST:

“Efeito devolutivo. Profundidade. Recurso Ordinário. Artigo 515 Parágrafo primeiro do CPC. Aplicação. O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do parágrafo primeiro do artigo 515 do CPC, transfere automaticamente ao Tribunal a apreciação de fundamento da defesa não examinado pela sentença, ainda que não renovado em contra-razões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença”.

Escorreita, portanto, neste aspecto, a lição doutrinária expendida pelo Ministro do TST João Oreste Dalazen, ao dispor que “a atividade cognitiva do Tribunal estará demarcada pelo âmbito da impugnação; assim, o tribunal, no máximo, refulga os pedidos já dirimidos pelo juízo **a quo**; não julga os pedidos que este não julgou; portanto, não completa o Tribunal o julgamento dos pedidos sobre os quais se omite a sentença **citra petita**. Do mesmo modo pontos omissos no recurso de revista ou de embargos não sanados pela interposição dos aclaratórios são acobertados pelo manto da preclusão, na esteira da súmula n. 184 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.”

4. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E FAZENDA PÚBLICA

A fazenda pública tem prazo em dobro para aviar embargos declaratórios?

Ora, a visualizarmos os embargos declaratórios como recurso, eis que nesta qualidade encontra-se inserido no CPC de 1973, deveria de imediato incidir o artigo 188 do mesmo digesto processual, que taxativamente dispõe que “computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

Como ressaltado alhures, nosso ponto de vista foi no sentido de que os embargos declaratórios não ostentam natureza recursal e sim meramente integrativa, razão pela qual o prazo para a fazenda pública embargar deveria ser de 5 (cinco) dias, como os demais mortais.

O entendimento do colendo Tribunal Superior do Trabalho, porém, é diverso, conforme se colhe da orientação jurisprudencial n. 192 da SBDI-I, onde dispõe, **verbis**: “Embargos declaratórios. Prazo em dobro. Pessoa jurídica de direito público. Decreto-Lei n. 779/69. É em dobro o prazo para interposição de embargos declaratórios por pessoa jurídica de direito público”. Nesta toada, não só a fazenda pública, como também as autarquias e fundações públicas terão símile modo o prazo dobrado de 10(dez) dias para interposição de embargos declaratórios, eis que todas essas entidades perseguem fins eminentemente públicos.

5. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL

Os embargos declaratórios como já ressaltado alhures tem o condão de interromper a fluência do prazo recursal, ou seja, uma vez interpostos os aclaratórios, o prazo já decorrido desaparece do mundo jurídico e outro passa a fluir, por inteiro, depois que o embargante é intimado da decisão dirimidora dos embargos.

No passado as coisas não eram bem assim. Antes de 1994 o CPC dava tratamento jurídico diferente aos embargos declaratórios porque o artigo 465, parágrafo único, dispunha que os embargos declaratórios suspendiam o prazo para a interposição de recurso para ambas as partes, sendo que no mesmo diapasão dispunha o art. 538, caput, do CPC.

Com a regra da suspensão recursal, o prazo do recurso que já fluíra até a data da interposição dos embargos declaratórios era mantido e o prazo sobejante era contado depois que o embargante era intimado da decisão que dirimia os aclaratórios. No caso dos recursos trabalhistas, cujo prazo comum é de 8(oito) dias, conforme comando insculpido no artigo 6º da Lei n. 5.584/70, se já decorridos 5 (cinco) dias quando da interposição dos embargos declaratórios, só sobejariam mais 3(três) dias para o embargante recorrer, depois que fosse intimado da decisão dos embargos declaratórios.

A lei n. 8.950/94 inovou porém as regras anteriores insertas no CPC de 1973, sendo que revogados os artigos 464 e 465 do CPC, passaram os embargos declaratórios a ter sua previsão legal nos artigos 535 a 538 do mesmo digesto processual, sendo que a outra inovação foi introduzir a interrupção do prazo recursal para ambos os litigantes, extinguindo-se a regra da mera suspensão processual.

Outra curiosidade histórica é de que no direito anterior os embargos declaratórios meramente protelatórios não tinham o dom de interromper o prazo recursal, situação que não mais persiste hoje em dia, eis que somente os embargos declaratórios inadmitidos, por ausência de pressupostos legais, como e.g., a tempestividade, é que não terão o condão de acarretar a interrupção do lapso recursal.

Quando os embargos declaratórios tem objetivo infringente ou modificativo do julgado e são aviados quando já interposto o recurso ordinário pelo ex-adverso, para se cortejar o princípio da ampla defesa e do contraditório, se o órgão judicial os acolhe e muda substancialmente parte do julgado ou se a ele agrega condenação antes imprevista, deve ser dada oportunidade ao recorrente de complementar seu recurso ordinário, de molde a abarcar igualmente a matéria abordada e provida nos embargos declaratórios infringentes.

6. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E PEDIDOS IMPLÍCITOS

Analisemos agora a teleologia dos embargos declaratórios em face dos chamados pedidos implícitos.

Na seara processual trabalhista, tendo em vista a plena regência do princípio da substanciação, a regra geral é a de que o juízo só tem a obrigação de apreciar os pedidos explicitamente lançados na inicial, não sendo de sua incumbência judicante inferir pedidos outros que, em tese, pudessem ser postulados naquela peça processual, daí porque costumeiramente (**quod plerumque accidit**) julga conforme o alegado e provado pelas partes.

Esta regra insofismável é captada da própria natureza técnica e dialética do processo que pressupõe domínio pelas partes, legalmente representadas em juízo por profissionais em direito, do chamado conteúdo estritamente técnico do processo.

Neste diapasão podemos citar o artigo 282 do CPC que, relativamente à petição inicial, exige ali seja aposto o pedido específico formulado pelo autor e defluente de adequada causa de pedir, o qual, após encerrada a instrução processual, será decidido de forma explícita na sentença, seja para acolhê-lo, seja para rejeitá-lo.

Observa-se, todavia, que, em que pese a regra geral e corriqueira seja o pedido explícito, o próprio legislador de 1973 permitiu fosse abrandado o império rigoroso desse princípio, ao estatuir de forma taxativa no artigo 293 do mesmo digesto processual que “os pedidos são interpretados restritivamente compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais”.

Cuida-se aqui dos chamados pedidos implícitos.

Os pedidos implícitos, sempre com previsão expressa na legislação processual civil, ou decorrem do princípio civilista corriqueiro de que o principal abrange o acessório (**principaler accessorium sequitur**), quando por uma questão inclusive de lógica não poderiam deixar de ser considerados como apreciados na sentença, ou tem origem em um comando imperativo formulado pelo legislador processual, cuja inobservância não empece seja o pedido inapreciado considerado implicitamente constante da parte dispositiva do julgado e que, bem por isso, deverá integrar a condenação e ser apurável no momento propício da liquidação da sentença ou do acórdão.

A conclusão que se tira do exposto é a de que, no chamado pedido implícito, inclui-se na condenação, ao menos de regra, o acessório que pertine ao pedido principal, como sói acontecer com os juros legais de mora, a correção monetária, nas prestações de trato sucessivo as vencidas no curso da demanda, as custas processuais, os encargos previdenciários e tributários e, por expresse imperativo legal, igualmente, a verba honorária ou sucumbencial.

Em todos esses casos o silêncio da petição inicial não estorva o direito da parte vencedora de ver incluídos na condenação e correspondente liquidação, os pedidos omitidos, mostrando-se, inclusive, desnecessário, embora sempre aconselhável, o manejo dos embargos declaratórios, pois, de qualquer sorte, por simples petição, o interessado poderá requerer no curso da execução, inclusive, que os pedidos implícitos sejam acoplados à condenação, sem se poder falar aí em qualquer ofensa aos comandos da coisa julgada.

Duas observações, no entanto, merecem ser expostas. No que pertine aos juros de mora e à correção monetária, grassando dúvida na doutrina e na jurisprudência a respeito da forma escoreita de sua incidência, como sói acontecer, e.g., na indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho, o ideal é que, no silêncio da sentença ou do acórdão, sejam manejados os embargos declaratórios que terão dupla finalidade. Primeiro, garantir que os juros legais e a correção monetária integrem explicitamente o julgado e, segundo, assegurar que a forma de cálculo dos juros de mora e da correção monetária siga a jurisprudência uniforme do Regional ou do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema, para que, escoimada toda e qualquer interpretação equivocada que o assunto pudesse suscitar, a execução trabalhista neste aspecto venha ser efetivada de forma célere e eficaz.

Resta a análise dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho.

No âmbito do direito processual civil, onde sempre reinou soberano o princípio da sucumbência, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939 grassava dúvida se os honorários advocatícios omitidos na sentença poderiam ser considerados implicitamente exigíveis ou se desafiavam sempre pedido expresso e inequívoco do demandante, sob pena de indeferimento.

Para corrigir o dissenso pretoriano o excelso Supremo Tribunal Federal editou a súmula n. 256, com o seguinte teor: “é dispensável pedido expresso para a condenação do réu em honorários”. Com a superveniência e vigência do Código de Processo Civil de 1973 a dúvida foi expressamente espancada, porque o seu artigo 20 impõe de forma imperativa que “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”.

Resta a indagação: na seara processual do trabalho, atentando-se para o princípio da sucumbência inserido no artigo 20 do CPC de 1973, de aplicação subsidiária (artigo 769, CLT), poderia igualmente ser considerado que, independentemente de pedido expresso do reclamante, os honorários advocatícios integrariam sempre a condenação, sob a modalidade de pedido implícito?

A resposta é negativa.

Como é consabido, no direito processual do trabalho, diferentemente do que ocorre na seara processual civilista, não reina soberano o princípio da sucumbência consubstanciado no artigo 20 do CPC.

No processo do trabalho a condenação do reclamado em honorários advocatícios, antes da superveniência da emenda constitucional 45/04, só era possível se atendidos os requisitos gizados na lei n. 5584/70, ou seja, sendo vencido o empregador na demanda e desde que o trabalhador esteja sob o pálio constitucional da assistência judiciária gratuita prevista no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República, regulada no plano infraconstitucional pelo artigo 14 e seguintes da Lei n. 54584/70.

Esta interpretação continuou inabalável mesmo em face da superveniência da Constituição Federal de 1988, que no artigo 133 considerou o advogado como indispensável à administração da justiça, levando parte da doutrina e da jurisprudência a crer que, extinto o **jus postulandi**, toda e qualquer ação trabalhista deveria ser ajuizada por profissional de direito, sendo que deveria como corolário lógico incidir o comando emanado do artigo 20 do CPC de 1973. Não prevaleceu, todavia, a tese jurídica da extinção do **jus postulandi**, sendo que os honorários advocatícios na justiça do trabalho continuaram atrelados aos dispositivos da lei n. 5584/70. Neste sentido veio a lume a sumula n. 219 do Colendo TST, assim vazada:

“Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento. I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15%(quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. II – É incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista, salvo se preenchidos os requisitos da Lei n. 5.584/70”. No mesmo sentido é vazada a súmula 329 do TST, que deixa explícito que “mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na súmula n. 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

A emenda constitucional n. 45/04 inovou a questão relativa a honorários advocatícios na seara processual trabalhista porque atribui competência à Justiça do Trabalho para apreciar e julgar todo e qualquer litígio decorrente de uma relação de trabalho, desde que figure em um dos pólos da relação jurídica uma pessoa física, afastando assim a regra clássica e anterior de competência que se estribava no trabalho humano subordinado, tirante pequenas exceções legais.

Surgiu então na doutrina a dúvida de que, se para as demandas envolvendo relações de trabalho e não relação de emprego, imperaria soberano o princípio da sucumbência previsto no artigo 20 do CPC de 1973, até porque essa gama de trabalhadores independentes não são filiados a sindicatos, pelo que não estariam sob o amparo da lei n. 5584/70.

Para resolver o impasse surgiu a Instrução Normativa n. 27/2005, do Colendo TST que em seu artigo 5º dispôs que, salvo nas lides decorrentes de relação de emprego, será aplicável o princípio da sucumbência recíproca, relativamente às custas processuais, bem como os honorários advocatícios que serão devidos pela mera sucumbência.

Da regra em apreço, insculpida no artigo 5º da Instrução Normativa n. 27/2005 poderia ser inferido que no processo do trabalho a verba honorária estaria jungida a dois marcos regulatórios, sendo que na relação de emprego só seria devida na hipótese de assistência sindical, sendo inviável o pedido implícito, e que na relação de trabalho preponderaria o princípio da sucumbência previsto no artigo 20 do CPC de 1973, sendo viável a ilação de que, na omissão de pedido, este seria implicitamente considerado integrante da condenação?

A resposta é negativa, porque inexistente duplicidade de marco regulatório para honorários advocatícios na seara processual trabalhista que implique sustentar que para as causas trabalhistas

advindas de relação de trabalho viável seria considerar implícito o pedido de condenação em verba honorária.

Isto acontece porque a regulação da incidência de verba honorária nas reclamações que envolvam relação de trabalho não decorreu diretamente da lei e sim de mero ato administrativo do TST, que sabidamente não pode equiparar-se ou substituir a competência privativa do legislador positivo, pois é do Congresso Nacional a competência privativa para legislar sobre direito processual do trabalho.

Sendo ato administrativo, a Instrução Normativa n. 27/2005 não tem a cogência e a eficácia da lei processual, sendo antes mero ato administrativo regulamentador dos casos em que podem ser cobrados honorários advocatícios do vencido nas lides trabalhistas.

Não havendo comando legislativo cogente nesta área, a regulamentação da matéria pelo Colendo TST não elide o rigor dos requisitos estampados no artigo 282 do CPC, no sentido de que a petição inicial trabalhista deverá conter especificadamente os pedidos do reclamante, sendo que na sua falta não poderá atuar a função integradora do magistrado, sendo-lhe vedado de ofício conceder a verba honorária nos litígios envolvendo relações de trabalho, sob a escusa de tratar-se de pedido meramente implícito.

O pedido implícito, como visto alhures, tem assento na legislação processual, seja pela regra da acessoriedade ou pelo comando imperativo traçado pelo legislador, e inexistindo norma processual cogente regulando a concessão de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho nas causas que versem relações de trabalho, a conclusão inarredável é a de que nesta seara não incide supletivamente o famigerado pedido implícito.

Em suma: verse a lide relação de emprego ou relação de trabalho o pedido de honorários advocatícios nas causas trabalhistas há de estar explícito na inicial, não podendo ser deferido de ofício pelo magistrado com aplicação da tese jurídica do pedido implícito, sob pena de malversação dos artigos 128 e 460 do CPC.

Neste compasso deve ser enfatizado que a jurisprudência de alguns Regionais Trabalhistas do país vem evoluindo no sentido de admitir na seara processual trabalhista os chamados honorários advocatícios obrigacionais.

A fonte da verba honorária sob comento estaria nos artigos 389 e 404 do Código Civil de 2.002, de aplicação subsidiária em face do permissivo contido no artigo 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.

De fato, dispõe o artigo 389 do Código Civil, verbis: “ não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado “.

Secunda o artigo 404 do mesmo código que: “as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional”.

O fundamento jurídico da incidência dos honorários advocatícios obrigacionais no processo trabalhista partiria da premissa de que o descumprimento corriqueiro por parte do empregador do pagamento de verbas trabalhistas devidas ao empregado, seja no curso do pacto laborativo, seja por ocasião de sua ruptura sem justa causa, obriga o assalariado que não se vale do “jus postulandi “ a contratar advogado trabalhista para defender seus interesses em juízo.

Mesmo sendo vitorioso na causa, não sendo o caso de assistência sindical, deverá retirar de seu crédito trabalhista o valor ajustado a título de verba honorária com seu patrono, sendo que na prática o gravame oscila em torno de 20% (vinte por cento) incidente sobre o alcance jurídico conquistado pelo reclamante na sentença ou no acórdão.

Em se tratando de verbas trabalhistas, de ínsita natureza alimentar, não atenderia às regras de equidade desfalcá-las o crédito do trabalhador para dele retirar o valor sempre expressivo da verba honorária e isto em uma situação onde o empregador relapso é que deu causa ao ajuizamento da ação trabalhista, mostrando-se razoável que o empregado receba seus haveres trabalhistas de forma integral, repassando-se para o reclamado a obrigação de suportar os honorários advocatícios obrigacionais, no percentual que o órgão julgador fixar.

Trata-se, em suma, da aplicação do princípio de que, quem tem razão em suas pretensões de direito material e é forçado a contratar advogado para acionar a máquina judiciária para recebê-las, em face da recalcitrância abusiva e maliciosa do empresário, não deve a rigor suportar qualquer prejuízo, sob pena de consagrar-se a iniquidade e ser ferida a lógica do razoável.

Como ressaltado alhures uma jurisprudência trabalhista mais progressista tem placitado esse entendimento, conforme se colhe dos seguintes arestos:

“Honorários advocatícios. Devidos. Inadimplemento de obrigação trabalhista. Lide de relação de emprego ou de trabalho. I – Hodiernamente, na Justiça do Trabalho, também são devidos honorários advocatícios pelo inadimplemento de obrigação trabalhista, por aplicação subsidiária dos artigos 389 e 404 do novo Código Civil de 2002, cuja inovação deve ser prestigiada como forma de reparação dos prejuízos sofridos pelo trabalhador, que para receber o crédito trabalhista necessitou contratar advogado às suas expensas, causando-lhe perdas. II - Reforça esse entendimento, o fato de que, com o advento da EC n. 45/04, a competência da Justiça do Trabalho alcança as ações de mera relação de trabalho, donde além dos honorários advocatícios por inadimplemento obrigacional (material), cabem também os honorários advocatícios sucumbenciais (processual), a teor da IN-47/2005 do C. TST. III – A concessão de honorários advocatícios por descumprimento de obrigação trabalhista vem ao encontro do novo paradigma da Justiça do Trabalho que abriu a sua casa para atender a todos os trabalhadores, empregados ou não, independentemente de se tratar de uma lide de relação de emprego ou de mera relação de trabalho. IV – De sorte que a reclamada deve responder pelos honorários advocatícios, a fim de que a reparação do inadimplemento da obrigação trabalhista seja completa, isto é, a reparação deverá incluir juros, atualização monetária e ainda os honorários advocatícios, cujo ideal está em perfeita sintonia com o princípio fundamental da proteção do trabalhador. (TRT-15ª Região – RO n. 00924-2004-028-15-00-1 – 6ª. Turma - Juiz Relator Edison dos Santos Pelegrini – DOESP de 04.11.2005).

“Honorários advocatícios- Justiça do Trabalho – Relação de emprego – Cabimento. O entendimento de que no processo do trabalho não há condenação em honorários advocatícios trata-se de posicionamento que fere preceitos constitucionais e não se sustenta diante dos preceitos jurídicos que lhe dizem respeito, ainda mais diante das alterações legislativas impostas pelas Leis ns. 10.288/01 e 10.537/02 e pelo novo código civil, além de contrariar os mais rudimentares princípios da lógica e os ideais do movimento de acesso à Justiça. (TRT-15ª. Região – ROPS n. 0537-1999-049-15-00-8 – 6ª. Turma – Relator Juiz Jorge Luiz Souto Maior – DOESP de 24.06.2005).

Na 4ª. Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho, onde tenho a honra de atuar como presidente, sou voto vencido em matéria de honorários advocatícios obrigacionais, a uma porque, como o processo trabalhista tem lei específica (lei n. 5.584/70) que regula os casos de condenação do empregador em honorários advocatícios, onde o pressuposto processual inarredável é a assistência sindical, não vemos como aplicar subsidiariamente o código civil em confronto com o código de processo civil (arts. 389 e 404 do CC e art. 20 do CPC) para respaldar a incidência sem limites do princípio da sucumbência. A duas, porque a inovação proposta dependeria de lei específica de competência exclusiva do congresso nacional, no sentido de aplicar irrestritamente no processo do trabalho o princípio da sucumbência.

Ora, havendo vácuo legislativo não compete à jurisprudência invocar sua índole progressista e inovadora para invadir o espaço constitucional reservado ao legislador positivo.

Oportuna, igualmente, a observação de que grassa dúvida sobre a competência da Justiça do Trabalho para apreciar pedido de honorários advocatícios obrigacionais postulados pelo empregado em face do empregador, haja vista que, como ressaltado alhures, a única forma assegurada no direito positivo brasileiro para se conferir ao trabalhador a percepção de honorários advocatícios com lastro no princípio da sucumbência reporta-se àquelas situações em que não existe prestação de labor com tónus subordinativo, mas mera relação de trabalho, nos moldes da ampliação da competência trabalhista

gizada na emenda constitucional n. 45/2004 e que foi objeto de regulamentação na Instrução Normativa n. 37/2005/TST, donde se conclui que a competência para apreciar litígio dessa natureza seria da Justiça Comum e não da Justiça do Trabalho.

Dentro dessa ótica temos precedentes jurisprudenciais, no âmbito da Justiça Comum, ora concedendo ora denegando o pedido de honorários advocatícios obrigacionais, conforme se colhe dos seguintes arestos:

Em sentido favorável.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. HONORÁRIOS CONVENCIONAIS. PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO CIVIL. 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 2. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre idênticas situações fáticas. 3. A quitação em instrumentos de transação tem de ser interpretada restritivamente. 4. Os honorários convencionais integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02. 5. O pagamento dos honorários extrajudiciais como parcela integrante das perdas e danos também é devido pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, diante da incidência dos princípios do acesso à justiça e da restituição integral dos danos e dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, que podem ser aplicados subsidiariamente no âmbito dos contratos trabalhistas, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT. 6. Recurso especial ao qual se nega provimento. “ (RECURSO ESPECIAL-N. 1.027.797-MG, REL. MIN. NANCY ANDRIGHI-STJ-3ª.TURMA).

Em sentido desfavorável.

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PERDAS E DANOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESPESAS COM O AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL. A contratação de advogado particular, mediante remuneração, para o ajuizamento de ação trabalhista, não induz a responsabilidade civil da ex-empregadora, uma vez que esta não participou da relação contratual, não praticou qualquer ilícito relacionado à contratação de advogado e nem interferiu no valor dos honorários advocatícios contratados”. (TJ-MG-PROC.1.0223.08.267.285-6/001, DE 22.03.2010. RELATOR DESEMBARGADOR ALVIMAR DE ÁVILA).

Com relação aos dois arestos supra colacionados, o insigne advogado Sérgio Santos Rodrigues, observa que não pode concordar com a vertente jurisprudencial permissiva da indenização civil pelo valor dos honorários advocatícios contratados pelo trabalhador com o causídico de sua preferência, isto, “ primeiramente, pelo fato de não haver obrigação para que um postulante em juízo contrate um advogado particular.

Ou seja, “para um acesso à Justiça com qualidade, não é necessária a contratação de um advogado particular, já que, caso a parte não tenha recursos, pode usar os serviços da competente Defensoria Pública, órgão para o qual o concurso de ingresso exige muito de seus postulantes. Quanto ao aspecto confiança, de suma importância, há de se relevar que não pode ser o único critério para justificar a contratação de um profissional, ainda mais quando não se tem recursos. Se esse raciocínio prevalecer, basta, então, procurar os advogados mais caros do país sob a alegação de que só se confia neles. E nesse aspecto, entramos em outro debate de suma relevância: e se os honorários cobrados pelo advogado forem muito altos? Quem sabe o preço do trabalho é só seu próprio prestador. Nesse caso, se um empregado contrata um advogado de renome nacional que lhe cobra metade do que conseguir ganhar na Justiça, poderia o Poder Judiciário, na ação que tramita na Justiça Comum que pede o ressarcimento desse valor, discutir se o valor cobrado foi justo ou injusto? Tal situação seria temerária.” (Rodrigues, Sérgio Santos. Despesa com advogado em ação trabalhista; pode o empregado cobrar da empresa? in O Direito Passado a Limpo, caderno Direito e Justiça do Jornal Estado de Minas, 14.03.2011, pg. 7).

E feita abstração de todas essas discussões, diríamos mais que a aplicação irrestrita do princípio da sucumbência no processo trabalhista traria gravame irreparável para o trabalhador, sempre economicamente débil, nas causas trabalhistas julgadas improcedentes, sabido que o princípio da igualdade das partes que deve reinar na teoria processual impediria que só o empregador fosse apenado, regra flagrantemente inconstitucional pelo seu caráter visivelmente discriminatório.

De qualquer sorte, com respaldo meramente pretoriano e não legal, mostra-se inaplicável para os honorários advocatícios obrigacionais a tese jurídica do chamado pedido implícito, sendo que tal verba para constar da condenação deve ser adredemente inserida na petição inicial, em obséquio ao princípio da substanciação.

Formulado o pedido em epígrafe na peça vestibular, os embargos declaratórios poderão ser ajuizados, após a emissão da sentença ou do acórdão, nos casos clássicos legalmente previstos no artigo 535 do CPC, ou seja, com o desiderato de escoimar do julgado obscuridade, contradição e ou omissão que pudessem comprometer neste aspecto sua imediata inteligibilidade.

7. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E ERROS MATERIAIS

Finalizando a noção geral sobre os embargos declaratórios no processo trabalhista devemos enfatizar que quando a sentença ou o acórdão não padecer dos vícios clássicos que viabilizam sua interposição (obscuridade, contradição e omissão) e sim de meros erros de escrita ou de cálculo traduzidas em inexatidões materiais, pode o juiz, de ofício, ou a pedido da parte, através de simples petição, saná-los para restar alcançada a perfeita e escoreita inteligibilidade do julgado.

Neste sentido temos a redação do artigo 833 da CLT, que concede ao juiz a faculdade de, a seu talento, determinar seja corrigida a sentença, sendo que a Procuradoria da Justiça do Trabalho também ostenta legitimidade para tal. Esta, aliás, também é a regra imperante no código de processo civil, pois do artigo 463, I, do CPC, se colhe que o juiz pode, por sua iniciativa ou a requerimento da parte, alterar a sentença para corrigir inexatidões materiais ou lhe retificar erros de cálculo.

Em que pese o artigo 833 da CLT estabeleça que a correção de erros de escrita ou de cálculo pode ser efetuada mesmo após o trânsito em julgado da sentença, traça em seguida um limite indevido ao excepcionar a possibilidade de correção quando a execução trabalhista tiver iniciada.

O dispositivo consolidado em comento foi infeliz ao impor veto à correção de erros materiais simplesmente verificáveis da sentença ou do acórdão se e quando iniciada a execução, haja vista que o erro material não importa alteração nem substancial nem mínima do julgado, de molde a fazer incidir a literalidade do artigo 879, parágrafo primeiro, da CLT, no sentido de que na liquidação, não se poderá modificar, ou inovar, a sentença liquidanda, já que a coisa julgada permanece intacta, porém, corrigida em meros erros de grafia ou de cálculo.

8. EMBARGOS DECLARATÓRIOS E PREQUESTIONAMENTO NO PROCESSO DO TRABALHO

Resta abordar, por último, o papel dos embargos declaratórios como remédio jurídico colocado à disposição das partes para prequestionar a suposta ofensa ao texto constitucional ou federal, perpetrada no julgado, com o fito de tornar possível, ulteriormente, o manejo dos chamados recursos extraordinários ou de índole excepcional.

Principiemos pelo esboço histórico do instituto jurídico do prequestionamento.

Conforme preleciona Alfredo Buzaidi, o prequestionamento tem a sua origem na Lei Judiciária (Judiciary Act) norte-americana, de 24 de setembro de 1789. Referida lei criou o recurso de **writ of error**, pelo qual a parte pode recorrer das decisões das Justiças Estaduais à Corte Suprema quando se questiona acerca da validade de tratado, lei ou ato praticado por autoridade da União e a decisão é contrária a essa validade; ou quando se questiona sobre a validade de uma lei, ou de um ato cometido por autoridade de algum Estado, sob o fundamento de que repugna a Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos e a decisão é favorável à validade; ou se questiona sobre algum título,

direito, privilégio ou imunidade, reclamados segundo a Constituição, tratado ou lei federal sendo o ato de autoridade exercida pelos Estados Unidos e a decisão é contrária ao título, direito, privilégio ou imunidade.

Assim, para a doutrina e jurisprudência prevalente nos Estados Unidos, **o writ of error** só é admitido caso a questão federal suscitada haja sido apreciada com clareza pelo tribunal estadual. **(Extrato do voto proferido nos Embargos no Recurso Extraordinário n. 96802, publicado no RTJ n. 109/299).**

Ou seja, no direito norte-americano, foi exigido explicitamente o requisito do prequestionamento prévio em face do tribunal local que vai apreciar o recurso interposto contra a decisão de um juiz singular, sendo imprescindível a prévia discussão da validade da lei ou do tratado questionado, sem o que ficaria vedado o acesso das partes à Corte Suprema.

No Brasil temos que o decreto n. 848 de 1890 foi o primeiro diploma legal a prever o prequestionamento, tendo sido posteriormente incorporado na Constituição Republicana de 1891, como requisito imprescindível ao manejo de recurso perante o excelso Supremo Tribunal Federal.

A Magna Carta de 1934 repetiu a exigência do prequestionamento em seu artigo 76, ali qualificado como “questionamento”, conforme se colhe do artigo 76, 2, III, a, sendo que a sua exigibilidade era feita quando a decisão fosse contrária a literal disposição de tratado ou de lei federal, cuja aplicação se haja questionado.

A Constituição Federal de 1937 manteve a exigência do questionamento.

A Constituição outorgada de 1967 não fez qualquer menção ao prequestionamento como pressuposto indispensável à veiculação do recurso extraordinário para a excelsa Corte, grassando dúvida na doutrina da época se este pré-requisito ainda era exigível. Pacificando a questão, o excelso Supremo Tribunal Federal editou as súmulas ns. 282 (É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada) e 356 (O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento).

A Constituição Federal de 1988, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal estava abarrotado com o exame de recursos extraordinários, cuja antiga admissibilidade pressupunha ofensa à Constituição ou a lei federal, acabou dissociando o referido recurso excepcional, ficando reservada para a Suprema Corte apenas a questão constitucional, através do uso do recurso extraordinário, criando-se então o Tribunal Superior de Justiça que teve a incumbência de, através do julgamento de recurso especial, apreciar as questões envolvendo a aplicação de lei federal.

A verdade é que a criação do recurso especial não resolveu o problema dos tribunais superiores no Brasil, eis que tanto o Supremo Tribunal Federal, como o Superior Tribunal de Justiça ainda continuam sobrecarregados de processos, principalmente após a edição da Constituição Federal de 1.988 que despertou em nosso país a noção de cidadania, em face da sensível ampliação dos direitos individuais e coletivos, inclusive os direitos sociais, tornando ainda o advogado indispensável à administração da justiça, tendo tudo isso contribuído para a sobrecarga de trabalho de nossos órgãos judiciais, tanto de primeira quanto de segunda instância, sendo que a situação mais crítica continua sendo a dos tribunais superiores, onde passa a existir um ponto de estrangulamento na apreciação célere dos litígios, máxime pela pletora de recursos excepcionais que são encaminhados para sua decisão, situação que justifica que a interpretação das normas concernentes à admissibilidade desses apelos de índole extraordinária seja empreendida de forma bastante restritiva. O requisito do prequestionamento e a edição de súmulas que dificultam a interposição desses recursos constitui medidas tendentes a minimizar a sobrecarga de recursos excepcionais que deságuam nos tribunais superiores.

Curioso observar que na Magna Carta de 1988, o prequestionamento não é exigido de forma expressa e literal como o foi nas constituições anteriores e sim de forma implícita porque ela pressupõe como condição de admissibilidade dos recursos constitucionais excepcionais (recurso

extraordinário e recurso especial) que a questão debatida (ofensa ao texto constitucional ou à literalidade da lei federal) tenha sido previamente decidida pelo órgão judicial de cuja decisão se recorre para os tribunais superiores.

Fazendo-se um cotejo entre o recurso extraordinário brasileiro e o chamado writ of error norte-americano, onde aquele se abeberou, chegamos à seguinte singularidade: em que pese inspirado naquele modelo norte-americano, o recurso extraordinário brasileiro, criado em 1890, teve o manifesto desiderato de tornar possível uma uniformização da interpretação do direito constitucional e infraconstitucional, tendo sido atribuído ao Supremo Tribunal Federal a competência privativa para processá-lo e julgá-lo.

Existem, contudo, pontos de dessemelhança sensíveis entre um e outro instituto jurídico, ou seja, entre o nosso modelo de preservação do direito constitucional e o modelo alienígena norte-americano.

Nos Estados Unidos da América a criação do writ of error teve uma importância incomensurável, principalmente porque suas unidades federativas possuíam uma competência legislativa própria ou privativa, tornando-se bem por isso imprescindível a existência de um remédio jurídico constitucional que assegurasse a supremacia do direito federal sobre o direito local, bem como a uniformização de sua interpretação, com o fito inescandível de se preservar a própria unidade da Federação.

No tocante ao juízo de admissibilidade desse apelo de índole excepcional é que se acentua a grande diferença existente entre o modelo norte-americano e o nosso congênere brasileiro.

Ou seja, a diferença primacial entre o processamento dos recursos extraordinários nos nossos tribunais superiores e o seu correspondente no direito norte-americano, consiste exatamente no juízo de admissibilidade, como dito, isto porque no nosso ordenamento jurídico, os requisitos de admissibilidade constituem hipóteses rigidamente previstas no texto constitucional, às quais estão irremediavelmente adstritos os tribunais superiores, ao passo que no modelo americano, esse juízo de admissibilidade fica relegado à discricionariedade da Suprema Corte dos E.U.A., que realiza uma espécie de filtragem, pela qual só logram acesso à Corte Ápice os processos suficientemente relevantes ou significativos (**important or meritoris**) que efetivamente justifiquem uma revisão.

Assim, tendo em vista que em nosso ordenamento jurídico os requisitos de admissibilidade dos recursos de índole extraordinária constituem hipóteses rigidamente previstas no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional (recurso de revista trabalhista) e são analisados com extremo rigor, inserindo-se dentre eles o requisito do prequestionamento, urge então explicitar não somente o seu conceito, como também a sua natureza jurídica.

Consultando-se os léxicos não se encontra o termo prequestionamento, carente portanto de dicionarização, mas que nem por isso deixa de ser do conhecimento corriqueiro dos profissionais que militam no foro e dos operadores do direito em geral, posto que, na terminologia processual, teria o significado, de previamente e de forma expressa e taxativa, aflorar, discutir, ventilar ou mais propriamente questionar perante o órgão julgador determinada matéria ou tema, principalmente, nos recursos excepcionais, a ofensa a dispositivo da constituição federal ou a dispositivo de lei federal, com o manifesto propósito de possibilitar aos tribunais superiores reexaminar o assunto em grau recursal.

Fácil inferir, todavia, que a finalidade primacial do prequestionamento é de que os tribunais superiores possam manifestar-se sobre a matéria controvertida posta e apreciada pela instância **a quo**, de modo que o tribunal superior, em grau recursal, possa sem dificuldade proceder à respectiva **fattispecie**, ou seja, enquadrar a hipótese temática suscitada no apelo na moldura legal pertinente, com a conseqüente emissão de um juízo de valor, quer positivo (dando-se pela infringência ao texto constitucional ou legal prequestionado) ou negativo (não divisando-se ofensa ao texto constitucional ou legal prequestionado), sendo que neste último caso o apelo excepcional seria desprovido em seu mérito.

O prequestionamento tem estreita afinidade com o princípio da eventualidade, também conhecido como da defesa concentrada, que no procedimento contencioso exige que as partes, autor e réu, proponham todos os meios de defesa e de ataque de uma só vez, mesmo que guardem certa contraditoriedade entre eles, sob pena de, não o fazendo, ficar impedido de aflorar a questão posteriormente, em virtude da ocorrência de preclusão consumativa.

A doutrina tem assim apontado as finalidades básicas do prequestionamento: a) evitar a supressão de instância, de modo que nenhum juiz ou tribunal deixe de analisar a questão, até o envio ao Tribunal Superior (Súmula 281 do excelso STF); b) manter a ordem constitucional das instâncias no sistema jurídico brasileiro, segundo a ordem dos juízes e tribunais previstas nos códigos e na constituição federal; c) evitar a surpresa da parte contrária, na medida em que ela poderia desconhecer a matéria analisada em grau de recurso excepcional, na hipótese de ausência da necessidade do prequestionamento.

O prequestionamento, como é curial, informa exclusivamente a índole dos recursos de natureza extraordinária ou excepcional, de competência dos tribunais superiores, que veiculam exclusivamente matéria de direito, eis que tem como função precípua uniformizar o entendimento do direito federal e de assegurar proteção às normas constitucionais, não sendo portanto requisito de admissibilidade de recursos na instância ordinária, cuja finalidade é outra, ou seja, corrigir a injustiça eventualmente cometida pelos órgãos judiciais, através da ampla possibilidade do revolvimento de fatos e de provas.

Vejamos, pois, como tem sido abordado o tema do prequestionamento no âmbito dos chamados recursos extraordinários ou excepcionais, ou seja, do recurso extraordinário (STF), do recurso especial (STJ), recurso de revista (turma do TST) e recurso de embargos para a SDI-TST. Esta abordagem prévia a respeito do prequestionamento, ou seja, uma visão jurídica geral sob a sua aplicação prática é interessante porque ele informa a índole, como dito, de todos os apelos excepcionais, sendo que na parte final deste trabalho é que será analisada a incidência do prequestionamento no âmbito dos recursos trabalhistas excepcionais propriamente dito, quando serão ressaltadas as peculiaridades que lhes dizem respeito.

Na parte que nos interessa preceitua o artigo 102, item III, letra “a” da Constituição Federal que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição. E o artigo 105, item III, “a” da mesma Carta Magna enfatiza que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.

Como funciona, então, no âmbito do recurso extraordinário e do recurso especial o requisito do prequestionamento?

Existem duas posições jurídicas distintas quando se examina o prequestionamento no âmbito do recurso extraordinário e do especial.

O primeiro posicionamento afina-se com o significado morfológico do termo, ou seja, só existiria o prequestionamento quando a parte tenha efetivamente suscitado previamente a questão relativa à ofensa a dispositivo da Constituição Federal ou de lei federal.

Sob este prisma é necessário que exista previamente um ato da parte que suscite a matéria controvertida antes que sobrevenha a decisão que será objeto de recurso especial ou extraordinário.

A vantagem que advém para a parte desse primeiro posicionamento é o de que, mesmo se o tribunal não apreciar a questão suscitada, a parte teria assegurada a via do recurso especial ou extraordinária, que seria veiculado para alcançar o exame da questão não apreciada pelo tribunal de apelação, pois de qualquer sorte, como era de seu dever processual, a parte teve o cuidado de explicitamente prequestionar a matéria de ordem legal ou constitucional.

O segundo posicionamento é mais rígido e não beneficia de forma tácita a parte recorrente, porque o prequestionamento só seria configurado se, suscitado pela parte, a questão federal ou constitucional venha a ser efetivamente analisada pelo órgão julgador. Compete à parte, através de embargos declaratórios, provocar o órgão judicial recalcitrante para que o mesmo se pronuncie sobre a questão federal ou constitucional, porque o prequestionamento deriva de um ato do julgador e não de uma iniciativa da parte, em que pese corriqueiramente a atuação do julgador seja quase sempre decorrente, ressalvadas as questões de ordem pública, de um pedido explícito da parte.

A corrente jurídica que vem sendo prestigiada pelos tribunais superiores é a que exige que o órgão judicial tenha adotado tese jurídica explícita a respeito da questão federal ou constitucional.

Dentre desta perspectiva, o que se terá como indispensável é o exame da questão pela decisão recorrida, que estará assim devidamente prequestionada, pois isso sim, deflui da natureza do próprio recurso extraordinário e especial, tal como posto e exigido na Carta Constitucional. Ou em termos simplistas: como o recurso extraordinário destina-se, como visto, a garantir a exata aplicação da constituição, faltaria razão para a sua interposição, se da norma constitucional não tratou especificamente a decisão impugnada.

O mesmo se aplica ao recurso especial, pois não há como fazer o controle quanto à correta aplicação de tratado ou lei federal, se a decisão objurgada não enfrentou a matéria em discussão. Não poderia o julgado contrariar a norma constitucional ou federal, ou às mesmas ter negado vigência, se a questão federal não foi versada na decisão recorrida.

Ainda levando-se em conta a corrente jurídica prestigiada pelos tribunais superiores, a vantagem jurídica de sua prevalência consiste em que pouco importa se a parte tenha suscitado ou não a questão federal (muito embora o corriqueiro seja a parte interessada fazê-lo) porque se a decisão tiver apreciado uma questão federal que não foi previamente suscitada pela parte, seja porque motivo for, geralmente isto acontece no âmbito das questões processuais de ordem pública, a questão federal originariamente suscitada e apreciada na decisão judicial recorrida poderá embasar sim o manejo do recurso extraordinário ou especial, se se reputar vilipendiado texto constitucional ou lei federal ou, se de igual modo, sustentar-se a sua negativa de vigência.

Em suma: a condição sem a qual não se adentra o mérito do recurso extraordinário ou especial é o exame da questão pela decisão recorrida, tenha sido ela suscitada pela parte interessada, e quedado omissa no julgado, tenha aviado embargos declaratórios ou de ofício pelo órgão judicial julgador, pois em ambas as hipóteses estará iniludivelmente caracterizado o prequestionamento. Esta é a escorreita inteligência da súmula n. 211 do STJ. (Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal **a quo**).

Neste sentido flui a abalizada opinião do Ministro Eduardo Ribeiro, do STJ, hoje aposentado, no sentido de que, compulsando-se os dispositivos constitucionais que regem os apelos excepcionais, “nota-se que não se alude a ter sido ou não tratada a questão anteriormente por alguma das partes. Em relação ao ponto omissa falta prequestionamento, haja ou não sido exposta a discussão, que está em perfeita consonância com o que vimos explanando, quanto ao conteúdo desse pressuposto de admissibilidade. Seria insustentável a afirmação de que existiria o prequestionamento, desde que ventilada a matéria no debate processual, ainda que nada se houvesse decidido. Assim, para a caracterização do prequestionamento mostra-se imprescindível o exame da questão pela decisão recorrida.

Poder-se-ia argumentar contra a corrente jurídica majoritária supra exposta que o prequestionamento da matéria para propiciar o conhecimento dos recursos de índole excepcional, seja violação da constituição ou da lei federal, não obstante oportunamente buscado, não constituiria exigência absoluta, bastando que a parte, mediante a interposição de embargos declaratórios, postule prestação jurisdicional suplementar, visando a sanar omissões de que padeceria o acórdão recorrido.

O próprio conteúdo dos embargos declaratórios já revelaria de forma exuberante o prequestionamento necessário no tópico em que o tribunal de origem, recalcitrante, omite-se

injustificadamente em lançar tese jurídica escorregia a respeito da questão federal, não podendo bem por isso empecer o conhecimento do recurso excepcional.

Dentro dessa ótica, a rejeição dos embargos declaratórios, caracterizadora de recusa do órgão judicante em suprir a omissão apontada pela parte, não obstará a que a matéria omitida seja desde logo examinada pela Corte Superior, desde que sobre a questão federal tivesse o tribunal que emitir juízo de valor explícito, sob pena de restar inalcançado sempre o pronunciamento do órgão judicial **ad quem**, sob pena de conduzir-se ao paroxismo e à verdadeira denegação de Justiça, se e quando respaldada a inadmissibilidade do apelo excepcional pela Corte Superior mesmo quando o órgão judicial **a quo** renite em negar a outorga da completude da tutela jurisdicional, situação esdrúxula que equivaleria ao odioso **non liquet**.

Atento a tal peculiaridade, o STJ vinha considerando prequestionada a questão federal quando, provada por embargos declaratórios, o órgão judicial renitisse em apreciá-la, quando então era adentrado o mérito do recurso especial.

Mais recentemente, contudo, prevalece a tese jurídica do pronunciamento explícito na decisão recorrida da questão federal, sendo que na hipótese de o órgão judicial **a quo** negar-se a abordá-la de forma explícita, mesmo diante da interposição de um ou mais embargos declaratórios, restaria à parte o dever processual de suscitar no recurso especial preliminar de nulidade por negativa de prestação de tutela jurisdicional, invocando os dispositivos legais e constitucionais violados, que acolhida pelo tribunal superior, importaria na determinação por parte desta Corte de que o órgão judicial aprecie os embargos declaratórios e conseqüentemente a questão federal suscitada, sendo que, somente a partir daí, inserção na decisão recorrida da questão federal, é que caberia, em tese, o recurso excepcional.

Neste sentido existe precedente jurisprudencial, inclusive, do excelso Supremo Tribunal Federal, conforme se colhe do julgamento do agravo regimental n. 135.378-9/SP, onde atuou como relator o Ministro Marco Aurélio, assim vazado:

“Recurso – Natureza extraordinária –Pquestionamento – Prestação jurisdicional incompleta. A razão de ser do prequestionamento como pressuposto de recorribilidade de todo e qualquer recurso de natureza extraordinária – revista trabalhista (TST), especial (STJ), extraordinário stricto sensu (STF) – está na necessidade de proceder-se o cotejo para dizer-se do atendimento ao permissivo meramente legal ou constitucional. A ordem jurídica agasalha remédio próprio ao afastamento da omissão – os embargos declaratórios – sendo que a integração do decidido cabe ao próprio órgão prolator do acórdão. Persistindo o vício do procedimento e, portanto, não havendo surtido efeito os embargos declaratórios, de nada adianta veicular no recurso de natureza extraordinária a matéria de fundo, sobre a qual não emitiu juízo o órgão julgador. Cumpre articular o mau trato aos princípios constitucionais do acesso ao Judiciário e da ampla defesa, considerada a explicitação contida no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal. Então, a conclusão sobre a existência do vício desaguará não na apreciação da matéria sobre a qual silenciou a Corte de origem, mas na declaração de nulidade do acórdão tido por omisso “.

Muito embora, como dito, o essencial é que a decisão recorrida tenha apreciado a questão federal, com ou sem provocação da parte interessada, a doutrina ainda assim discorre sobre as espécies de prequestionamento, em explícito, implícito, numérico e ficto.

Dá-se o prequestionamento explícito quando as questões do recurso excepcional foram debatidas e sobre elas o Tribunal vem a emitir juízo de valor ou tese explícita a respeito. Explícito, portanto, é o prequestionamento presente, latente, na r. sentença, no caso de única instância (como nos chamados processos de alçada na Justiça do Trabalho, previstos na Lei n. 5584/70 e que ficam sujeitos a recurso extraordinário quando versem matéria constitucional), ou no acórdão, no caso de última instância.

Pquestionamento implícito é aquele cuja questão federal encontra-se implicitamente apreciada, e isto se dá quando houver abordagem expressa da parte interessada, sem que, contudo, o tribunal venha a pronunciar-se sobre a matéria, ou ainda porque a matéria está englobada ou conjunhada com outro tema diverso abordado no julgado.

Como visto acima, os tribunais superiores prestigiam a corrente jurídica que exigem o prequestionamento explícito, sendo que quando o mesmo é feita de forma meramente implícita, conforme hipótese alhures aventadas, o recurso excepcional esbarra no juízo de admissibilidade, já que os requisitos de aceitação dessa forma extraordinária de apelo são examinados sob severo rigor.

Resta definir o que seria o chamado prequestionamento numérico. Dele podemos dizer que é aquele onde a parte individualiza os artigos, parágrafos, alíneas de lei federal ou norma constitucional, deixando bem claro onde estaria a residir o maltrato quer à Constituição ou à lei federal. De qualquer sorte, mesmo no prequestionamento numérico, o apelo excepcional só é conhecido se os dispositivos constitucionais e legais mencionados tiverem sido taxativamente apreciados na decisão recorrida. Não basta invocá-los, é preciso que a decisão recorrida os aprecie um a um.

O abrandamento que se imprime ao prequestionamento numérico tem relação com a necessidade ou não de se abordar no recurso necessariamente os dispositivos constitucionais e legais tidos por vilipendiados, ou se seria bastante a abordagem explícita de questões jurídicas que envolvam em si as normas reputadas violadas, prevalecendo na prática este último posicionamento, como se colhe do seguinte aresto:

“Processo Civil-Recurso Especial- Prequestionamento implícito – Embargos acolhidos. O prequestionamento consiste na apreciação e não solução pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma tida por violada, inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado”.(STJ-RESP. 162608/SP).

Prequestionamento ficto seria aquele em que a questão é efetivamente ventilada pelas partes, mas a decisão queda omissa relativamente a tais questões federais, valendo-se as partes de embargos declaratórios aos quais é negado provimento, continuando omissa a matéria suscitada. Mesmo assim, como visto alhures, compete à parte reprisar os embargos declaratórios ou argüir no recurso extraordinário ou especial preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

Iniciando a abordagem do prequestionamento no âmbito do recurso de revista e de embargos interpostos para a SDI, a primeira observação a ser feita é a de que, como inexistente legislação federal expressa exigindo o prequestionamento no âmbito dos recursos excepcionais trabalhistas, a doutrina chegou a erigir a hipótese da inconstitucionalidade dessa exigência.

De fato, como visto alhures, ao traçarmos o histórico do prequestionamento, em que pese este requisito não venha exigido de forma expressa no texto constitucional de 1.988, como o foi relativamente a algumas constituições anteriores, a verdade é que tanto o artigo 102, item III, letra “ a “ e artigo 105, item III, letra “ a “ , ao regularem respectivamente a admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial, reportam-se expressamente a “causas decididas em única ou última instância”, dicção literal que traz implícita a exigência do prequestionamento, eis que a questão federal há de ter sido decidida em única ou última instância, não havendo pois como falar-se em ilegalidade do prequestionamento no âmbito desses apelos excepcionais porque o mesmo deflui da própria letra da Constituição da República.

Como dentre os pressupostos jurídicos de admissibilidade do recurso de revista previsto nos desdobramentos do artigo 896, da Consolidação das Leis do Trabalho, não se fala em prequestionamento, seria o mesmo então inconstitucional?

A matéria foi levada ao crivo do excelso Supremo Tribunal Federal mas o mérito da controvérsia não chegou a ser decidido porque, no entendimento daquela Corte Ápice “a discussão sobre a legitimidade da exigência do prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso de revista tem natureza infraconstitucional, implicando assim, a violação indireta ou reflexa à Constituição Federal, que não dá margem a recurso extraordinário. Com base nesse entendimento, a Turma manteve decisão do TST que não conheceu de recurso de revista por ausência de prequestionamento da matéria só então suscitada, e que não fora apreciada, portanto, pela instância inferior. (RE N. 126.237-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16.06.2.000).

No âmbito dos chamados recursos trabalhistas excepcionais o prequestionamento vem gizado na súmula n. 297 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, verbis: “1. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito. 2. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão. 3. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração.

Em que pese a dicção do item 3 da Sumula 297 do Colendo TST, na prática, quando o Regional se abstém de emitir tese jurídica explícita a respeito do tema debatido no recurso ordinário, compete à parte interpor embargos declaratórios prequestionadores, para que o órgão julgador aprecie adequadamente a matéria.

Persistindo a omissão, mesmo depois de provocado o tribunal, singular ou sucessivamente, pela via dos embargos declaratórios, deve a mácula de denegação da prestação de tutela jurisdicional ser denunciada em preliminar de nulidade e de cerceamento de defesa no recurso de revista, com invocação dos dispositivos legais e constitucionais pertinentes, o qual, uma vez provido, importará na devolução dos autos à instância **a quo** para que seja emitida nova decisão de embargos declaratórios, onde se aborde de forma explícita a questão jurídica suscitada, de molde a possibilitar o exame de seu mérito pelo Tribunal Superior do Trabalho. Dentro dessa perspectiva temos que a OJ n. 115 da SBDI-I do TST, deixa explícito que: “Recurso de Revista ou de Embargos. Nulidade por negativa de prestação jurisdicional. O conhecimento do recurso de revista ou de embargos, quanto à preliminar de nulidade de prestação jurisdicional, supõe indicação de violação do art. 832 da CLT, do art. 458 do CPC ou do art. 93, IX, da CF/1988”.

E como observado alhures, o manejo de um ou mais embargos declaratórios com o nítido propósito de pré-questionar determinada matéria para viabilizar a veiculação do apelo trabalhista excepcional não tem cunho ou caráter protelatório, não podendo granjear para o embargante a aplicação de multa, sob pena de restar vilipendiado o irrestrito acesso ao Poder Judiciário para a reparação de ameaças ou lesões a direitos, que tem assento constitucional. Neste sentido, aliás, vem redigida a sumula n. 98 do Superior Tribunal de Justiça, verbis: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.

Vale citar, à guisa de esclarecimento, as orientações jurisprudenciais da SBDI-I do Colendo TST que versam sobre o requisito do prequestionamento: OJ. N. 62: “Pquestionamento. Pressuposto de recorribilidade em apelo de natureza extraordinária. Necessidade, ainda que a matéria seja de incompetência absoluta”. A ilação que se tira desse precedente jurisprudencial é a de que a aplicação do artigo 113 do CPC, ou seja, a de que a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção, só vinga no âmbito restrito da instância ordinária, uma vez que, acessada a via extraordinária do recurso de revista, a discussão de tal tese jurídica (incompetência absoluta do juízo) pressupõe tenha sido a mesma devidamente prequestionada no recurso ordinário, sob pena de inviabilizar-se sua veiculação.

OJ n. 118: “ Pquestionamento. Tese explícita. Inteligência da Súmula n. 297. Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessária contenha ele referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este “. Este precedente jurisprudencial tem correlação com o chamado prequestionamento numérico já examinado alhures, mas abrande-lhe o rigor ao dispensar a menção dos dispositivos legais ou constitucionais violados, desde que a matéria apreciada permita inferir de plano qual seria o texto legal ou constitucional maltratado pela decisão-recorrida. A boa técnica processual recomenda, todavia, que parte aponte um a um quais seriam os dispositivos federais violados, possibilitando um exame mais acurado e detalhado de seu eventual maltrato.

OJ n. 119: “ Pquestionamento inexigível. Violação nascida na própria decisão recorrida. Súmula 297. Inaplicável “. Se a violação ao texto constitucional ou à lei federal nasce na própria decisão objurgada, como e.g., quando a tese jurídica esposada pelo julgado viola o texto constitucional previsto no artigo 5º, item II, (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), ou quando a decisão recorrida obra em julgamento extra-petita, com afronta aos artigos 128 e 460 do CPC, desnecessário, a toda evidência, o prequestionamento.

OJ n. 151: “Prequestionamento. Decisão regional que adota a sentença. Ausência de prequestionamento. Decisão regional que adota os fundamentos da decisão de primeiro grau não preenche a exigência do prequestionamento, tal como previsto na sumula n. 297 “. Os tribunais para bem desenvolver-se de seu ofício judicante devem fundamentar de forma ampla as suas decisões, indicando os fatos e posicionamentos jurídicos que deságuam quer na confirmação, cassação ou reforma parcial do julgado recorrido, sendo que tal exigência erige-se a primado de ordem constitucional. O tribunal que restringe-se a adotar a decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos não se desincumbe, a rigor, do desiderato constitucional. O acolhimento irrestrito da sentença de primeiro grau importa na ausência de apreciação das teses jurídicas suscitadas no apelo que, em tese, poderiam levar a Corte Regional a reformá-la, deixando bem por isso, por uma questão lógica, de existir o prequestionamento. Mesmo no âmbito do procedimento sumaríssimo onde o tribunal pode, em face de permissivo legal (art. 895, IV, in fine, da CLT), confirmar a sentença pelos seus próprios fundamentos, deve a parte previamente aviar embargos declaratórios para obter pronunciamento explícito sobre as teses jurídicas que deseje veicular através de interposição do recurso excepcional de revista, observada ainda as restrições legais que a lei consolidada impõe neste tipo de procedimento.

OJ n. 256 “ Prequestionamento. Configuração. Tese explícita. Sumula n. 297. Para fins do requisito do prequestionamento de que trata a Súmula n. 297, há necessidade de que haja, no acórdão, de maneira clara, elementos que levem à conclusão de que o Regional adotou tese contrária à lei ou à Súmula. Trata-se de um desdobramento da OJ de n. 118, relacionada com o chamado prequestionamento numérico, cujo rigor é abrandado ao prescindir a citação dos dispositivos federais violados, desde que a matéria suscitada possa inferir-lhes o teor.

Como enfatizado alhures, os chamados recursos excepcionais ou extraordinários, não admite o revolvimento de fatos e provas pelo tribunal competente para apreciá-los, eis que somente questões de direito, ligadas à aplicação de uma norma federal, podem constituir seu objeto. No que pertine ao recurso de revista trabalhista esta vedação vem expressa na Súmula n. 126, onde taxativamente se diz que “ incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, b, da CLT) para reexame de fatos e provas.

Oportuno trazer à lume, neste passo, a judiciosa observação feita pelo processualista Ovídio A. Baptista da Silva, em seu Curso de Processo Civil, Volume 1, Processo de Conhecimento, 6ª. Edição, Editora Revista dos Tribunais, que assim se pronuncia: “ A discriminação, no entanto, do que seja uma “questão de fato” e o que se possa definir como uma **quaestio iuris**, capaz de alimentar o recurso extraordinário, nem sempre é fácil, ou possível, na prática. Casos há em que o Supremo Tribunal Federal, para apreciar uma “ questão federal “ (**quaestio juris**), terá, inevitavelmente, de pesquisar a prova dos autos. Isto ocorre sempre que se trate dos chamados “ conceitos indeterminados “, como o são os de falta grave, injúria, bons costumes etc. Figure-se a hipótese de controverter-se na causa a aplicação de uma lei federal que proteja as obras de arte, alegando um dos litigantes que tal norma tutelar não se aplica ao caso litigioso porque a obra em questão não poderia ser qualificada como obra de arte, no sentido legal. Se a parte sucumbente levar esta questão ao exame do Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, a corte não terá outra alternativa senão avaliar novamente a prova, analisando, com muita probidade, as provas técnicas e periciais constante dos autos, para determinar se a obra em questão é realmente uma obra de arte ou não. É que o conceito “ obra de arte “ é um conceito indeterminado (HORST-EBERHARD HENKE, La cuestión de hecho – El concepto indeterminado em el derecho civil y sua casacionabilidad, p.170).

Trata-se, em todas estas hipóteses, de exame da prova com a finalidade de qualificar corretamente os fatos discutidos na causa (JUAN CARLO HITTERS, Técnica de los recursos extraordinários y de casación, n. 102) , que a doutrina moderna considera erro de direito, e não uma mera **quaestio facti**, impossível de ser apreciada em grau de recurso extraordinário.

Para indicar que o recurso extraordinário não permite o exame das questões de fato controvertidas na causa e decididas pelas instâncias ordinárias, é freqüente dizer-se que, em tal instância, é vedado o reexame da prova. Neste sentido, aliás, existe até a Súmula 279 do STF, com o seguinte enunciado: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário “. Nos Embargos

em Recurso Extraordinário 58.714 (ROBERTO ROSAS, Direito Sumular, p. 111), de que foi relator o min. MOACYR AMARAL SANTOS, decidiu o STF que “ não cabe recurso extraordinário quando o acórdão recorrido deu determinada qualificação jurídica a fatos delituosos e se pretende atribuir aos mesmos fatos outra configuração, quando essa pretensão exige reexame de prova “. (RTJ-46/821).

O Supremo Tribunal Federal, em inúmeras decisões posteriores, no entanto, parece ter superado definitivamente esta limitação absoluta referente à vedação que se lhe pretende impor quanto ao “reexame da prova” em recurso extraordinário, distinguindo entre as situações em que uma operação deste gênero corresponderia realmente a uma decisão sobre “ questão probatória “ e os casos em que um tal “ reexame “ teria por fim avaliar simplesmente a prova, para a correta determinação do direito aplicável ao caso. Esta orientação é, aliás, antiga no seio de nossa Suprema Corte, tendo já se manifestado no voto proferido pelo Min. VILAS BOAS, no Recurso Extraordinário 57.420, onde este procurou, com perfeita correção e acuidade, distinguir entre apreciação de prova, vedada em recurso extraordinário, e valorização da prova, possível sempre, nesta instância, quando uma operação deste gênero seja necessária para a adequada decisão a respeito da questão referente à aplicação do direito federal (JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR, Comentários..., v.4,p. 36).

No Recurso Extraordinário 65.721 (RTJ 59/439), apreciando uma ação de separação judicial em que se discutia a existência de injúria grave, capaz de dar lugar à separação, declarou o STF: “ ... o que o verbete 279 da Súmula proíbe é o conhecimento do recurso extraordinário para simples reexame da prova, mas o faz, como de logo se conclui, sem vedar cabimento do recurso para o efeito de o STF avaliar a prova dos fatos que entram na composição do direito, formando uns e outros acabada complexidade “. Neste mesmo sentido, veja-se o importante clarividente voto do Min. ALIOMAR BALEEIRO proferido no ERE 77.539 (RTJ 74/144), onde se faz a distinção entre “ nova qualificação jurídica do ato “ a respeito do qual se controverte.

Buscando um critério que permite uma solução adequada para a distinção entre uma “questão de fato”, cujo exame seja vedado ao juízo da cassação ou, em nosso caso, em sede de recurso extraordinário, e uma “ questão de direito “, que envolva valoração da prova e, como tal, admissível nestas instâncias, GUIDO CALOGERO (La lógica del giudice e il suo controllo in cassazione, n. 52) mostra que o julgador, ao tratar de estabelecer a existência dos fatos no processo, age como o historiador que estivesse a investigar as fontes históricas para descrever os fatos que sua pesquisa irá indicar como tendo ocorrido. Depois disso – uma vez determinada a existência dos fatos -, caberá ao julgador interpretá-los, numa “ fase terminal “ da análise da prova, agora não mais para determinar a pura existência, mas para qualificar os fatos cuja existência ele dera como certa e enquadrá-los no esquema legal. Esta última operação não corresponde mais a uma simples “ questão probatória “, mas equivale, ao contrário, a uma **quaestio iuris** capaz de ser apreciada e decidida em recurso extraordinário.

E no caso específico do direito do trabalho, prossegue o autor:

“Tome-se, por exemplo, o conceito de insubordinação, empregado pelo direito do trabalho para caracterizar uma falta grave capaz de legitimar a rescisão do contrato laboral. Certamente a insubordinação não se encontra na natureza como fato, sendo antes uma elaboração categorial, produto da razão humana, a respeito de fatos. O processo, onde se investigue a ocorrência de uma falta grave deste tipo, irá reunir uma série de fatos, indicativos de um comportamento do empregado, com base nos quais elaborará o julgador o conceito de insubordinação. Ao juízo do recurso extraordinário será vedado reapreciar a prova da existência dos fatos, com base nos quais as instâncias ordinárias decidiram pela ocorrência de uma falta grave, sendo-lhe vedado, por exemplo, afirmar que o empregado não agrediu o patrão ou que não está provado nos autos haver o mesmo se recusado a executar as tarefas que lhe foram atribuídas pelo empregador. Isto seria apreciação de uma “ questão probatória “, ou de fato, somente admissível nas instâncias ordinárias. O Supremo Tribunal Federal poderá , no entanto, a partir dos fatos cuja existência seja incontroversa nos autos, qualificá-los corretamente para negar que os mesmos configurem uma insubordinação e, pois, para recusar a existência de falta grave “. (apud Ovídio A. Baptista da Silva, op.cit.pg. 456/459).

A longa citação foi feita propositalmente para deixar evidenciado que também no recurso de revista será possível ao Tribunal Superior do Trabalho reanalisar os fatos incontroversos dos autos, para qualificando-os corretamente, manter ou não uma determinada falta grave. Se e quando interposto o recurso de revista vier o Presidente do Tribunal ou quem de direito simplesmente denegar sua

veiculação com lastro na Súmula 126 do TST, caberá à parte interessada opor embargos declaratórios para deixar evidente que o que se almeja com o recurso de revista não é o reexame puro e simples da prova carreada ao bojo dos autos, e sim a sua correta avaliação, para deixar patente que restou vulnerada a literalidade da lei federal.

9. CONCLUSÃO

De leitura atenta do presente trabalho chega-se à conclusão de que pelo menos dois pontos cruciais nele abordados não têm merecido um estudo mais apurado da doutrina quando se examina o cabimento dos embargos declaratórios. São eles: os pedidos implícitos ou agregados da sentença e o chamado prequestionamento.

Quanto aos pedidos implícitos, a observação que se faz, s.m.j., é a de que a jurisprudência mais progressista dos tribunais trabalhistas vem adotando tal sistemática mesmo quando, na prática, são vilipendiados princípios de observância obrigatória, seja ou não revestido de cunho constitucional, como acontece com o princípio da legalidade e o princípio da legalidade e o princípio da ultrapetição. Isto acontece porque alguns arestos reconhecem o pedido implícito de ofício, como acontece nos chamados honorários advocatícios obrigacionais, infringindo, desta feita, a dicção imperativa dos arts. 128 e 460 do CPC. Neste ponto, a conclusão que tiramos deste trabalho é a de que, pelo princípio da substanciação, o reclamante deve lançar na inicial explicitamente os pedidos ou pretensões de direito material que deverão ser avaliados pelo Juízo, sob pena de julgamento *ultra petita*. A jurisprudência mais inovadora ignora este detalhe técnico-processual e acaba e acaba deferindo ao autor mais do que foi pedido. A outra ressalva é a de que, no pedido implícito, como analisado, deve haver norma legal autorizando a sua ilação, caso contrário, o julgador acabaria adentrando à reserva constitucional do legislador positivo, criando ou deferindo verbas implícitas ou que não foram pedidas expressamente na exordial ou que não encontrem positividade legislativa expressa nas teorias do direito processual do trabalho.

Quanto ao prequestionamento, a primeira conclusão que se tira é a de que, muito embora a seleta doutrina o desdobre em espécies diversas (explícito, implícito, numérico e ficto), na prática o cuidado que o profissional do direito deve ter é o de, expressamente, deixar explícito no recurso qual o dispositivo constitucional ou legal violado, para que, no caso de interposição de embargos declaratórios, o órgão judicial adote tese explícita sobre o tema.

E ainda no âmbito do prequestionamento, o ponto mais crucial do presente trabalho é de distinguir da prática uma questão de direito de uma questão de fato, para que reste veiculado o recurso de revista sem a restrição imposta pela Súmula n. 126 do TST, o que acontece, sobremaneira, nos chamados conceitos indeterminados, como o são a falta grave, injúria, bons costumes, dentre outros.

Belo Horizonte, 22 de março de 2011.