

OS EMBARGOS NO TST NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/07 (ARTIGO 894, INCISO II, DA CLT)

João Batista Brito Pereira*

1 – INTRODUÇÃO

Desde a tramitação do projeto de lei que resultou na Lei nº 11.496, de 22 de junho de 2007, atribuindo nova redação ao art. 894 da CLT e à alínea *b* do inciso III do art. 3º da Lei nº 8.701, de 1988, publiquei dois trabalhos sobre esse tema¹.

Sem dúvida que, no âmbito do direito processual, o recurso é o capítulo mais instigante e mais preocupante. Encontro no recurso a expressão do exercício do direito de defesa, que, se bem utilizado, não causa dano nem ao sistema processual, nem ao processo, nem ao direito, muito menos ao juízo. O objeto deste trabalho é tratar do recurso de embargos em dissídios individuais por divergência jurisprudencial ante o que dispõe o art. 894, inciso II, da CLT. Esse dispositivo na sua redação atual resultou do pensamento resistente, que considera estar no recurso uma via para se retardar o desfecho do processo. Parece ter sido essa a fonte inspiradora da Lei nº 11.496, de 22 de junho de 2007, que limita a admissibilidade do recurso de embargos à Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho à comprovação de divergência jurisprudencial. Corolário de sua aplicação é que, se a decisão da Turma do Tribunal Superior do Trabalho importar em violação a disposição de lei ou da Constituição da República, ficará vedado qualquer recurso, mas, se divergir de decisão proferida por outra Turma ou pela SDI, admite-se o recurso de embargos à SBDI-1, para viabilizar a uniformização da jurisprudência em torno da questão de direito.

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.*

1 O Recurso de Embargos no TST. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Vol. 71/2, São Paulo: Síntese, p. 15-43. 2005.

Os Embargos no Tribunal Superior do Trabalho. Processo nos Tribunais Superiores (obra em co-autoria). São Paulo: Saraiva, p. 875-909. 2006.

DOCTRINA

Fica a idéia de que, para a uniformização da jurisprudência trabalhista – fundamento para a existência desse recurso e função precípua do TST – só o que importa é a jurisprudência, mais nada; nem a lei, nem a Constituição.

Do elenco de recursos cabíveis no processo do trabalho cuidarei aqui apenas dos Embargos à Seção de Dissídios Individuais contra decisão proferida por Turma do TST que divirja de decisão proferida por outra Turma ou pela Seção de Dissídios Individuais e de algumas conseqüências processuais decorrentes da aplicação do art. 894, inciso II, da CLT com a redação que lhe atribuiu a Lei nº 11.496/07 e cuja função primordial é preservar a unidade do direito material e do direito processual do trabalho, assegurando sua interpretação uniforme em todo o território nacional.

Esse recurso, desde os primórdios até sua regulação pela Lei nº 7.701/88, sempre teve por objeto a uniformização da jurisprudência trabalhista, seja diante da divergência jurisprudencial, seja diante de violação a disposição de lei ou da Constituição. Esta segunda possibilidade desapareceu com o advento da Lei nº 11.496, de 22 de junho de 2007, que atribuiu nova redação ao art. 894 da CLT e à alínea *b* do inciso III do art. 3º da Lei nº 7.701, de 1988.

Afora as críticas que faço a essa limitação, desde a gestação do anteprojeto no Tribunal Superior do Trabalho em 2003, estou certo de que a Lei nº 11.496, de 22 de junho de 2007, introduziu a alteração no Processo do Trabalho mais radical desde o advento da Lei nº 7.701, de 1988.

Para não perder de vista a novidade aqui mencionada, não examinarei os embargos infringentes interpostos contra decisão não unânime proferida em processo de dissídio coletivo de competência originária da Seção Especializada em Dissídio Coletivo do TST (ou Seção Normativa), de que cogitam a Lei nº 7.701/88 e os arts. 232 e parágrafo único do Regimento Interno do TST, os quais, como se sabe, têm por objetivo submeter ao conhecimento da Seção Normativa (prolatora da decisão embargada) toda a matéria objeto da divergência, numa espécie de duplo grau interno. Deixarei, ainda, de expor acerca dos Embargos de Declaração, recurso amplamente utilizado para aperfeiçoamento do julgado e, por isso, de importância inquestionável para o processo.

Sem perder de vista que os princípios da intemporalidade, da irrecorribilidade, da fungibilidade e da *non reformatio in pejus* em nada se alteraram e que os pressupostos, tais como cabimento, legitimação ativa, representação, sucumbência, tempestividade, preparo, fundamentação e prequestionamento sobrevivem, farei sobre cada um deles (princípios e pressupostos) rápidas referências.

2 – PRINCÍPIOS GERAIS

Os embargos no Tribunal Superior do Trabalho sujeitam-se aos princípios gerais de recorribilidade, entre os quais vale lembrar:

2.1 – Intertemporalidade

Na interposição do recurso, observa-se o princípio da incidência imediata da lei processual nova. Em consequência, a lei que rege o recurso é aquela vigente ao tempo da publicação da decisão recorrida. Essa é a regra que preside a intertemporalidade dos recursos e está inserta no art. 1.211 do Código de Processo Civil, que expressa: “Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes”. Em relação a esse tema, a doutrina não discrepa da jurisprudência no que assenta ser a lei vigente ao tempo da intimação da decisão recorrida aquela que regula o cabimento do recurso.

2.2 – Unirrecorribilidade

Cada decisão comporta um só recurso, salvo a hipótese de sucumbência recíproca, em que cada parte pode recorrer do que lhe foi desfavorável. Entretanto, não contraria o princípio da unirrecorribilidade (ou singularidade) a interposição de recursos por ambos os litigantes quando esses forem vencidos em parte, hipótese em que podem recorrer simultaneamente, cada qual para combater o julgado quanto à parte que lhe foi desfavorável. Mesmo assim, aquele que, sendo vencido em parte, deixar de recorrer pode, no prazo para impugnar o recurso do outro, a ele aderir, interpondo seus embargos. Nesse caso, este último (recurso adesivo) fica subordinado ao conhecimento do primeiro (principal), em face da adoção subsidiária do art. 500 do CPC. Isto é, se o primeiro recurso (ou recurso principal) não for conhecido, fica prejudicado o exame do segundo (adesivo); contudo, se conhecido o primeiro, e, mesmo assim, não sendo ele provido, deve ser examinado o recurso adesivo, que, agora, não mais se subordina ao resultado daquele.

Do mesmo modo, não contraria o princípio da unirrecorribilidade eventual interposição, pela mesma parte, de Recurso Extraordinário contra decisão da Turma do TST para o Supremo Tribunal Federal (não para controle da constitucionalidade da decisão, mas para apreciação da violação a norma constitucional) e de recurso de embargos para a SBDI-1 do TST sobre o mesmo tema para apreciação de divergência jurisprudencial.

Não é permitido variar de recurso, mesmo dentro do prazo legal. Portanto, interposto o recurso, opera-se a preclusão e, em razão disso, não é mais possível alterá-lo ou complementá-lo, salvo se houver alteração do julgado por força do julgamento de embargos de declaração, caso em que a alteração do recurso limita-se à novidade contida na última decisão².

2.3 – *Fungibilidade*

Questão que tem oferecido alguma dificuldade é a conversão de um recurso em outro, em face da adoção do *princípio da fungibilidade*, de que cogitava o art. 810 do CPC de 1939, ao expressar: “Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro (...)”. A regra processual determinava o processamento do recurso cabível na espécie, se se verificasse que o erro na interposição havia resultado de dúvida objetiva. A jurisprudência aceita ainda a conversão de um recurso em outro, quando a parte o interpõe de modo equivocado, mas desde que o faça no prazo do recurso cabível e que haja dúvida plausível na interposição do apelo. Não o aceita, entretanto, quando há manifesta má-fé na interposição do recurso ou quando se evidencia erro grosseiro da parte recorrente.

A propósito, o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho contém norma que contempla esse princípio. Trata-se do parágrafo único do

2 Exemplos jurisprudenciais da SDI-1, no julgamento de embargos recusando a duplicidade de recurso sobre o mesmo tema, com suporte no princípio da unirrecorribilidade:

- a) “DUPLICIDADE DE RECURSOS DE EMBARGOS. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. UNIRRECORRIBILIDADE. NÃO-CONHECIMENTO DA SEGUNDA MINUTA EM RELAÇÃO AOS TEMAS QUE NÃO FORAM OBJETO DE EXAME EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. POSSIBILIDADE DE ADITAMENTO APENAS NO TEMA OBJETO DE PRONUNCIAMENTO EM DECISÃO QUE COMPLEMENTOU O JULGAMENTO DO RECURSO DE REVISTA. Segundo o princípio da unirrecorribilidade, não se pode interpor dois recursos da mesma espécie contra uma única decisão. Com a interposição do recurso, precluiu o direito da parte de produzir o mesmo ato processual novamente mediante novas razões de recurso em face da preclusão consumativa relativamente aos temas que não foram objeto de Embargos de Declaração. Assim, com exceção do tema acordo de compensação de jornada, em que houve complementação da decisão no julgamento de Embargos de Declaração, os demais temas não foram objeto de alteração de julgado, de modo a permitir o aditamento do recurso. Por isso, não se conhece das segundas razões relativamente aos temas tíquetes alimentação e honorários assistenciais.” (TST-E-RR-567.729/1999.8, Ac. SBDI-1, publicado *in* DJ-1 de 04.06.2004, Rel. Min. João Batista Brito Pereira)
- b) “DUPLICIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS. PRECLUSÃO CONSUMATIVA CONFIGURADA. NÃO CONHECIMENTO DA SEGUNDA MINUTA. Não se conhece das segundas razões dos embargos, quando não se trata da hipótese de alteração do julgado a permitir o aditamento do recurso. Hipótese de preclusão consumativa, pela interposição do recurso no momento processual adequado.” (TST-E-RR-363.150/1997.0, Ac. SBDI-1, *in* DJ-1 de 31.10.2003, Rel. Min. João Batista Brito Pereira) (e E-RR 388.510/1997.0 – DJ 15.12.2003)

art. 241, ao expressar: “Em se tratando de embargos de declaração interpostos contra decisão monocrática, caberá ao Relator apreciá-los por despacho, ou recebê-los como agravo, se entender pertinente, conforme o caso”. Aqui, embora não se vincule essa faculdade do relator à ocorrência de dúvida justificada no cabimento do recurso, a norma regimental permite que o relator receba um recurso por outro, se houver pedido de reconsideração da decisão monocrática, isto é, se os embargos de declaração guardarem maior semelhança com o agravo e entender que deva submeter a solução ao colegiado.

2.4 – Non Reformatio in Pejus

No direito processual brasileiro é vedado ao tribunal reformar a decisão anterior na parte que não foi objeto de recurso (hipótese de trânsito em julgado), agravando a situação da parte recorrente.

3 – PRESSUPOSTOS

Os embargos ainda se sujeitam a determinados pressupostos, sem os quais ora não serão processados, ora não serão conhecidos. Assim é que os pressupostos elementares de recorribilidade são basicamente os seguintes: cabimento, sucumbência, tempestividade, representação, preparo (conforme o caso), legitimação ativa, fundamentação e prequestionamento.

3.1 – Cabimento

Cabimento é o pressuposto da adequação. Para que o recurso seja admitido, é preciso que a decisão seja suscetível de impugnação mediante embargos. Os embargos estudados aqui têm a seguinte previsão legal: embargos contra decisões de Turmas do TST, que divergirem entre si, ou de decisão proferida pela Seção de Dissídios Individuais – Subseção 1 (aí incluída a Orientação Jurisprudencial), ou que discreparem de súmulas do TST (art. 894, inciso II, da CLT).

3.2 – Legitimação Ativa

A legitimidade é o pressuposto subjetivo de admissibilidade do recurso. Pode recorrer a parte que sofreu a sucumbência (parcial ou total); portanto, tem legitimação ativa para recorrer a parte vencida. Esse pressuposto guarda estreita identidade com o requisito do interesse em recorrer, consistente na justa expectativa da parte recorrente de alcançar solução mais vantajosa com a

reforma da decisão. Têm ainda legitimidade para recorrer o terceiro prejudicado (no mesmo prazo conferido às partes) e o Ministério Público, nas hipóteses disciplinadas em lei.

3.3 – *Representação Processual*

É exigência para regularidade do recurso que a parte esteja representada, se acaso não recorrer “em causa própria” ou se utilizando do benefício do *jus postulandi*.

Não é demais lembrar, entretanto, duas peculiaridades residentes no processo do trabalho: a primeira delas consiste em a parte poder subscrever o recurso (salvo o extraordinário), é o *jus postulandi*, ou seja, a despeito da regra contida no art. 133 da Constituição da República (“O advogado é indispensável à administração da justiça, ...”), o processo do trabalho preserva a garantia concedida à parte de poder, legitimamente, postular em juízo prescindindo de advogado; a segunda particularidade é o instituto do “mandato tácito”; hipótese em que o advogado subscritor do recurso, embora não possua instrumento de mandato nos autos, tenha comparecido à audiência acompanhado da parte (reclamante ou reclamado), ali deduzindo razões em favor desta. Presume-se, nesse caso, que a parte lhe tenha outorgado poderes para representá-la naquele feito.

Entretanto, uma vez juntado instrumento escrito, não se poderá mais invocar o benefício do mandato tácito no mesmo feito. Assim é porque não convivem no mesmo processo o mandato tácito e o mandato escrito com relação ao mesmo patrono.

De um modo ou de outro, a representação como pressuposto de processamento regular do recurso consiste na existência – nos autos ou junto com o recurso – da prova de que a parte recorrente outorgou poderes ao advogado subscritor de suas razões.

3.4 – *Sucumbência*

É o interesse jurídico/processual de recorrer que resulta do gravame. Com efeito, não terá interesse em opor embargos a parte que não tiver sofrido qualquer gravame com a decisão embargada. O gravame é o que dá legitimidade, e esta por seu turno está ligada, em primeiro lugar, à qualidade de parte no feito; mas também a possuem o terceiro prejudicado, assim entendido aquele que, não tendo integrado a relação processual, vê-se atingido pelos efeitos da decisão, e o Ministério Público, nos casos permitidos em lei.

Cogita-se aqui, em última análise, da lesividade da decisão, de que trata José Frederico Marques, anotando:

“Requisito primordial e básico, inarredável e imperativo, em todo recurso, é a lesividade, para o recorrente, da sentença ou decisão contra a qual recorre. Sem prejuízo ou gravame a direito da parte, não pode esta pretender recorrer. O gravame (ou o ‘dano provindo de decisão desfavorável’) coloca a parte em situação de derrota no litígio, ou no processo, o que constitui a *sucumbência*, que pode ser conceituada como a situação criada por um julgamento em antagonismo com o que pediu o litigante.

Vencido, no procedimento recursal, é aquele que sofreu prejuízo em virtude de uma decisão ou sentença, e que, por isto, tem interesse processual em recorrer”³.

3.5 – *Tempestividade*

O recurso de embargos deve ser interposto no prazo de oito dias, contados da publicação do acórdão (CLT, art. 894). Vigem no processo do trabalho o benefício concedido à Fazenda Pública (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica). A essas entidades, que ostentam personalidade jurídica de direito público, a norma (Decreto-Lei 779/69) concede o benefício do prazo em dobro para recorrer.

A tempestividade constitui pressuposto extrínseco de admissibilidade do recurso, consistindo na interposição dentro do prazo fixado em lei. Não sendo interposto o recurso principal nesse prazo, opera-se a preclusão temporal e, em consequência, transitará em julgado a decisão.

A prematuridade do recurso é outra questão que vem suscitando, aqui e ali, discussão no Tribunal Superior do Trabalho.

Vale mencionar alguns casos concretos para reflexão.

Em decisão proferida no Processo ED-ROAR-11.607/2002-000-02-00.4, Ac. TP, DJ 01.09.2006, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que o recurso interposto antes da intimação da parte é intempestivo, porque prematuro e assim a jurisprudência se estabeleceu (E-RR-530.076/1999.5, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula; ED-E-RR-530.076/1999.5, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, ED-ROAR-11.607/2002-000-02-00.4, Rel. Min. José

3 *Manual de Direito Processual Civil*, 3º vol. 2ª parte. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 112.

Simpliciano Fontes de F. Fernandes e E-ED-AIRR-694/2003-050-03-40.0, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga).

Na Sessão do dia 17 de setembro/2007, a SBDI-1 resolveu abrir exceção na orientação jurisprudencial fixada pelo Tribunal Pleno (ED-ROAR 11.607/2002-000-02-00.4), definindo no que fixara como prematuro o recurso interposto antes da intimação da decisão (para o particular, a publicação da decisão, para o ente público, a intimação pessoal).

Porque foram interpostos os Recursos de Revista antes da intimação pessoal, a Turma já havia julgado e estava a Corte apreciando o recurso de embargos, houve por bem reconhecer a tempestividade de ambos os recursos pela só circunstância de que não houve prejuízo para as partes, invocando, ainda, o princípio do aproveitamento dos atos processuais.

Para as partes que não gozam da prerrogativa da “*intimação pessoal*”, o recurso deverá ser interposto após intimação mediante a publicação da decisão. Aqueles que gozam dessa prerrogativa, como a União e o Ministério Público, somente poderão interpor o recurso após serem intimados pessoalmente da decisão. Em ambos os casos, interpondo-se o recurso antes desses eventos, tem-se por intempestivo, visto que interposto prematuramente.

Questão que emerge dessa situação é a seguinte: a parte que tem a prerrogativa da intimação pessoal pode comparecer em juízo e receber pessoalmente o processo declarando-se intimado da decisão e a partir daí contar seu prazo recursal? Se a resposta for positiva, a parte que, embora não tenha aquela prerrogativa, poderá, de igual modo, declarar nos autos sua ciência da decisão e ali iniciar seu prazo, mesmo antes da publicação da decisão.

Se tal ocorrer, poderá gerar uma balbúrdia processual no segundo caso, visto que a ciência da parte na secretaria não pode importar na dispensa da publicação da decisão, pois esta se dá também para ciência de terceiros.

3.6 – *Preparo*

Na Justiça do Trabalho, o preparo consiste: a) no pagamento das custas pelo vencido e na comprovação do seu recolhimento dentro do prazo para interposição do recurso (CLT, art. 789, § 1º); b) no depósito prévio do valor da condenação, se esta for igual ou inferior a 10 (dez) vezes o valor de referência regional. Na hipótese de o valor da condenação exceder este valor, o depósito para recurso será a ele limitado (CLT, art. 899, § 6º).

A norma do art. 899, § 1º, da CLT mereceu alteração pelo art. 40 da Lei nº 8.177/91, o qual foi modificado pela Lei nº 8.542/92, que é objeto de

interpretação pela Instrução Normativa nº 3, de 05.03.1993, do Tribunal Superior do Trabalho⁴.

Embora o § 1º do art. 899 refira-se a “prévio depósito”, essa regra mereceu interpretação flexível na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, concentrada na Súmula 245, onde se permitiu o depósito posterior ao recurso, desde que comprovado dentro do prazo recursal, *in verbis*: “O Depósito recursal deve ser feito e comprovado no prazo alusivo ao recurso. A interposição antecipada deste não prejudica a dilação legal”.

É relevante anotar que do empregado/reclamante não se exige o depósito recursal prévio; isso porque, como pressuposto de conhecimento dos recursos no âmbito do processo do trabalho, só é ele devido quando houver condenação em pecúnia, circunstância que realça sua natureza jurídica de garantia do juízo (IN 3/TST, itens I e III, ratificada pela jurisprudência da Corte)⁵.

3.7 – Fundamentação

É manifesta, a dispensar outros comentários, a importância do pressuposto da fundamentação dos embargos, hoje para a SBDI-1, somente por divergência jurisprudencial.

- 4 Instrução Normativa nº 3/93 do TST: “I – Os depósitos de que trata o art. 40, e seus parágrafos, da Lei nº 8.177/91, com a redação dada pelo art. 8º da Lei nº 8.542/92, não têm natureza jurídica de taxa de recurso, mas de garantia do juízo recursal, que pressupõe decisão condenatória ou executória de obrigação de pagamento em pecúnia, com valor líquido ou arbitrado.
(...)
a) depositado o valor total da condenação, nenhum depósito será exigido nos recursos das decisões posteriores, salvo se o valor da condenação vier a ser ampliado;
b) se o valor constante do primeiro depósito, efetuado no limite legal, é inferior ao da condenação, será devida complementação de depósito em recurso posterior, observado o valor nominal remanescente da condenação e/ou os limites legais para cada novo recurso;
c) havendo acréscimo ou redução da condenação em grau recursal, o juízo prolator da decisão arbitrará novo valor à condenação, quer para a exigibilidade de depósito ou complementação do já depositado, para o caso de recurso subsequente, quer para liberação do valor excedente decorrente da redução da condenação.”
- 5 a) SBDI-1: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPROVANTE DO DEPÓSITO RECURSAL. Nos termos do inciso I da Instrução Normativa nº 3/TST, não havendo decisão condenatória ou executória de obrigação de pagamento em pecúnia, não se exige a realização de qualquer depósito judicial. Logo, não sendo exigido o depósito, não há, também, como se exigir o traslado da cópia da respectiva guia. Embargos conhecidos e providos”. (Proc. TST-E-AIRR-65.8975/2000.1, Ac. SBDI-1, *in DJU* de 14.12.2001, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira).
- b) SBDI-2: Orientação Jurisprudencial nº 117 “Ação rescisória. Depósito recursal. Pedido rescisório procedente. Condenação em pecúnia. Instrução Normativa nº 3/93, III. Havendo recurso ordinário em sede de rescisória, o depósito recursal prévio só é exigível quando for julgado procedente o pedido e imposta condenação em pecúnia.”

Em vista disso, a divergência jurisprudencial a justificar o processamento do recurso de embargos deve ser demonstrada analiticamente na petição do recurso relativamente a cada um dos seus títulos ou temas. Entretanto, não basta indicar os trechos que estabelecem a divergência com o acórdão recorrido. É necessário comprová-la mediante o cotejo de teses, observando-se as Súmulas 23, 296 e 337.

Quando, por exemplo, a decisão da Turma do TST sobre o mesmo tema tiver dois fundamentos, o embargante deverá indicar divergência quanto a ambos, sendo inútil que aponte um paradigma para cada um deles. O paradigma colacionado, nesse caso, deverá conter os dois fundamentos, adotando tese oposta à do acórdão embargado. Essa é a compreensão que a SBDI-1 vem adotando em torno da aplicação da aludida Súmula⁶.

A fundamentação de uma decisão pode ser simples (quando há apenas um fundamento) ou composta (quando há mais de uma motivação). Esta, por sua vez, subdivide-se em três espécies: a) cumulativa – quando os diversos fundamentos elencados pelo órgão julgante se somam para ensejar a conclusão da decisão; b) independente e disjuntiva – quando há vários fundamentos, mas basta haver um deles para se chegar à conclusão adotada; c) independente e excludente – quando há vários elementos e a negação de um deles é suficiente para ensejar conclusão oposta à adotada.

A Súmula 23 do TST tem aplicação na fundamentação composta cumulativa e na composta independente e disjuntiva, acima descritas, sendo inexigível a regra nela inscrita quando a fundamentação da decisão recorrida for composta independente e excludente, hipótese em que o acórdão embargado adota fundamentos distintos e autônomos, sendo suficiente cada um, de per si, para a solução da demanda; nesse caso, é válido o acórdão cotejado que se revele divergente quanto a apenas um dos fundamentos⁷.

6 EMENTA: “RECURSO DE EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA CONHECIDO POR DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INOBSERVÂNCIA DA ORIENTAÇÃO EXPRESSA NA SÚMULA 23 DO TST. VIOLAÇÃO AO ART. 896 DA CLT. Consoante a orientação expressa na Súmula 23 do TST, para a configuração da divergência apta a ensejar o conhecimento do recurso de revista, um mesmo aresto paradigma deve abranger os diversos fundamentos adotados pela decisão recorrida. Portanto, tendo a Turma asseverado que o Tribunal Regional do Trabalho resolveu a questão por dois fundamentos e conhecido do recurso de revista por divergência jurisprudencial, configurada por dois arestos que abordavam, cada um deles, um dos fundamentos da decisão recorrida, deixou de observar a orientação expressa na referida Súmula, violando, por conseguinte, o art. 896 da CLT.

Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento”. (Processo nº TST-E-RR-543.187/1999.5. Ac. SBDI-1, publicado no DJU de 10.12.2004, p. 829. Rel. Min. João Batista Brito Pereira).

7 Cf.: Proc. TST-E-RR-426.409/1998, Rel. Min. Brito Pereira, Ac. SBDI-1, in DJU-1 de 19.11.2004.

O requisito da especificidade se assenta na divergência entre decisões de Turmas diversas na apreciação da mesma situação fática. Corolário dessa exigência é que não rende ensejo aos embargos divergência jurisprudencial entre decisões da mesma Turma, assim como, embora sejam arestos de Turmas diversas, se o acórdão indicado para cotejo encontrar-se superado por jurisprudência do Tribunal, consoante a orientação expressa na Súmula 333 do TST⁸.

Essa orientação concentrada na Súmula 333 do TST visa, ao lado da celeridade processual e estabilidade do entendimento jurisprudencial da Corte, fortalecer as decisões do Tribunal e evitar delongas em torno de temas já definidos na sua jurisprudência, reduzindo, por fim, a incidência de recursos procrastinatórios. A aludida Súmula data de 1994, e a Lei nº 9.756, de 1998, que introduziu modificações no art. 896 da CLT, alterou seu § 4º, atribuindo-lhe redação que, embora se dedique ao recurso de revista, no essencial coincide com o texto do mencionado verbete⁹.

A comprovação da divergência jurisprudencial também é item que deve ser observado com rigor na elaboração dos embargos. Para melhor compreensão, a jurisprudência concentrada na Súmula 337 do TST é o caminho que se recomenda.

Como se vê, a comprovação da divergência jurisprudencial consiste não somente na identificação do julgado colacionado para comparação, mas, também, na identificação dos aspectos em que se apresentam divergentes: a decisão contra a qual se recorre e o modelo oferecido a cotejo.

E mais: “A Súmula 337 do TST exige, para a comprovação de divergência jurisprudencial, a transcrição do trecho indicado para confronto de teses e a indicação da fonte autorizada de publicação do trecho transcrito nas razões do recurso, com a respectiva data, a fim de possibilitar a aferição da fidelidade do modelo cotejado. Se o recorrente visa confrontar a decisão recorrida com trecho da fundamentação do acórdão paradigma, deverá transcrevê-lo nas razões do recurso e juntar cópia autenticada de seu inteiro teor ou indicar a fonte autorizada que o tenha publicado na íntegra”¹⁰.

8 Súmula 333 do TST: “Recursos de revista e de embargos. Conhecimento. Não ensejam recursos de revista ou de embargos decisões superadas por iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.”

9 Art. 896/CLT: “§ 4º A divergência apta a ensejar o recurso de revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.” (redação dada pela Lei nº 9.756/98)

10 *In Proc. TST– E-RR-434.995/1998.0, Ac. SBDI-1 publicado no DJ-1 do dia 30.10.2003, Rel. Min. João Batista Brito Pereira.*

3.8 – *Prequestionamento*

Finalmente, os embargos ainda se sujeitam ao prequestionamento, que aqui foi relacionado como último, no rol dos pressupostos recursais, porque se aproxima mais de requisito, por se tratar de uma condição necessária para permitir à parte discutir determinado tema no recurso interposto, mas de importância inquestionável à compreensão da controvérsia, ao devido processo legal e ao direito de defesa.

Ainda não há conceito exato do que seja prequestionamento, mas certo é que essa expressão se popularizou nos Tribunais como sendo o resultado de exame do tema objeto do recurso com adoção de tese pelo Tribunal prolator da decisão recorrida. Diante das inúmeras virtudes processuais que tem revelado essa exigência, percebe-se que o prequestionamento é o questionamento que se exige ou se apresenta em momento processual anterior. Vale dizer: mister que a matéria tenha sido discutida no julgamento do qual se recorre agora; acaso não tenha sido ela discutida e apreciada antes, terá deixado o recorrente de cumprir a exigência do debate anterior da matéria. Se, entretanto, a matéria foi suscitada no recurso antecedente, e o órgão julgador omitiu-se, deixando de examiná-la, deve a parte opor embargos de declaração para exigir o pronunciamento acerca do tema a ser debatido nos embargos, sob pena de preclusão.

No esforço de fixar a melhor compreensão acerca dessa exigência, o Tribunal Superior do Trabalho, em 1989, editou a Súmula 297, do seguinte teor: “Diz-se prequestionada a matéria quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito. Incumbe à parte interessada interpor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão”. Extrai-se do texto que, para se ter como prequestionada a matéria, não basta que a parte a tenha suscitado no recurso; é necessário que esta tenha sido debatida no julgamento da causa e que o órgão julgador tenha emitido pronunciamento explícito sobre ela.

A segunda parte do verbete, evidentemente, só se justifica em caso de omissão do julgado, consistente na ausência de pronunciamento sobre tema antes submetido à apreciação, seja nas razões do recurso, seja nas contra-razões deste.

Prequestionamento é, portanto, a adoção explícita pelo órgão prolator da decisão recorrida de tese acerca do tema objeto do recurso.

Tenho o prequestionamento como requisito do recurso, porque o exame prévio do tema abordado no apelo é exigência que visa evitar que (v.g.) no

recurso de embargos seja incluído e debatido na SBDI-1 tema não apreciado na Turma, ainda que abordado no recurso de revista.

Em resumo, o pressuposto do prequestionamento no recurso de embargos no TST tem por finalidade primordial evitar a supressão de instância, ou seja, impedir o exame de um tema que não haja sido debatido no julgamento de cuja decisão se recorre, preservando com isso o devido processo legal. Visa, ainda, evitar que a parte contrária seja surpreendida com tema inserto nos embargos estranho ao conteúdo do acórdão embargado, com o que se preserva o sagrado direito de defesa.

Tamanha é a complexidade do tema que o TST, em 2003, procedeu ao reexame da Súmula 297 e, visando melhorar a compreensão desse requisito, alterou-a, flexibilizando o conceito inserto na redação original, no que mitigou o seu rigor relativamente ao prequestionamento da “questão jurídica”, consoante se lê na atual redação da aludida Súmula, *in 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.”

Na mencionada revisão, como se observa no item 3 da Súmula, o Tribunal Superior do Trabalho manteve o rigor em relação à exigência de prequestionamento no tocante à matéria de fato, mas suavizou-a quando se tratar de “questão jurídica”; neste último caso, adotando uma espécie de prequestionamento ficto, quando a parte exige o pronunciamento sobre questão jurídica, mas o juízo se recusa a emití-lo.

4 – A LEI Nº 11.496, DE 22 DE JUNHO DE 2007

Não é nova a discussão sobre a utilidade dos embargos por violação a disposição de lei ou da Constituição. A corrente que sustenta a prescindibilidade dos embargos contra decisão de Turma por violação aponta respeitáveis fundamentos, tais como a existência de número excessivo de recursos, a necessidade de redução desse número e, ainda, a alegação de se tratar de um quarto grau de jurisdição para reexame de violações. Muitos afirmam ser injustificado o recurso de embargos por violação, inspirados na equivocada idéia de que, para a uniformização da jurisprudência, bastam os embargos por divergência jurisprudencial.

Oponho-me à escola restritiva visto que: em primeiro lugar, não raro, as Turmas do TST divergem entre si e sendo a SBDI-1 o órgão encarregado da uniformização da jurisprudência, essa discrepância pode ser resolvida, via embargos, seja por divergência, seja por violação a disposição de lei. Aliás, a experiência mostra quão grande é o número de embargos providos pela SBDI-1 por violação a disposição de lei; dentre esses, um grande número em que se acolhe preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional e por cerceamento de defesa, bem como em que se provê o recurso para excluir da condenação o pagamento das multas previstas nos arts. 538, parágrafo único, e 557, § 2º, ambos do CPC, circunstância em que não é possível conhecer do recurso por divergência. E tantos outros casos envolvendo direito material. Agora, sob a égide do novo art. 894 da CLT, quando a Turma conhecer do recurso de revista no processo na fase de execução por mera divergência jurisprudencial, fica por isso mesmo, embora seja flagrante a violação ao art. 896, § 2º, da CLT, em que pese essa violação haver nascido na decisão da Turma.

Se ao julgar o recurso de revista, a Turma incorrer em nulidade, a parte não tem recurso de embargos para combater a decisão nula; deverá socorrer-se do recurso extraordinário. Se a nulidade não importar em violação direta ao texto constitucional, nada poderá fazer, a não ser suportar os efeitos dessa nulidade perpetrada pela Turma. Isso porque para o Tribunal Superior do Trabalho a divergência nessa hipótese é improvável, segundo o texto da Orientação Jurisprudencial 115 da SBDI-1¹¹ (hoje superada quanto ao recurso de embargos¹²).

11 OJ 115. RECURSO DE REVISTA OU DE EMBARGOS. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (nova redação, DJ 20.04.2005). O conhecimento do recurso de revista ou de embargos, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, supõe indicação de violação do art. 832 da CLT, do art. 458 do CPC ou do art. 93, IX, da CF/88.

12 EMENTA: “RECURSO DE EMBARGOS. LEI Nº 11.496/07. HIPÓTESE DE CABIMENTO. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Nos termos do art. 894, inciso II, da CLT, com a redação conferida pela Lei nº 11.496/07, “cabem embargos (...) das decisões das Turmas que divergirem entre si, ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal”. Assim, publicado o acórdão recorrido na vigência da Lei nº 11.496/07, revela-se inútil a indicação de afronta a disposição de lei. Por outro lado, é pacífico nesta Corte o entendimento de que, em se tratando de preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, mostra-se inviável o conhecimento do recurso por divergência jurisprudencial, haja vista a ausência de identidade das premissas fáticas consignadas na decisão recorrida e nos arestos indicados como paradigmas (Orientação Jurisprudencial 115 da SBDI-1). Dessa forma, considerando a nova redação do inciso II do art. 894 da CLT, revela-se incabível o Recurso de Embargos quanto à negativa de prestação jurisdicional”. (Processo nº TST-E-ED-RR-4016/2004-039-12-00, Ac. SBDI-1, in DJ-1 de 02.05.2008, Rel. Min. João Batista Brito Pereira).

Em segundo lugar, ao se admitir os embargos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, não se está a cogitar de mais um grau de jurisdição. Aqui, como se sabe, o recurso de embargos em estudo (CLT, art. 894, inciso II) é interposto contra decisão da Turma do TST, para a Seção Especializada e Dissídio Individuais, isto é, trata-se de recurso interposto perante o juízo que proferiu a decisão embargada para que esse realize um duplo exame – seja por violação, seja por divergência.

Em terceiro, conquanto respeitável a idéia que resultou na Lei nº 11.496/07, em substância, essa apenas elimina um pressuposto dos embargos, não elimina esse recurso, nem contribui para seu aperfeiçoamento; apenas retira da parte a oportunidade de esgotar a instância e do Tribunal a possibilidade de apreciar eventual violação a texto de lei, mesmo aquela violação nascida no julgamento da Turma, em manifesto prejuízo para a estabilidade da jurisprudência. A limitação dos embargos ao critério da divergência jurisprudencial apenas amputa a competência do Tribunal Superior do Trabalho na sua função primordial, sem eliminar a divergência jurisprudencial interna. É bom lembrar uma vez mais que, na interpretação do direito no âmbito das Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, freqüentemente a SBDI-1 acolhe embargos por violação a lei ordinária e até a disposição da Constituição. Portanto, é mais provável resultar em prejuízo para a qualidade da prestação jurisdicional a retirada do processo do trabalho dessa modalidade de embargos, dado que a Seção de Dissídios Individuais do TST é a instância soberana na uniformização do direito infraconstitucional tanto material quanto processual do trabalho.

Com efeito, no Tribunal Superior do Trabalho, as Turmas possuem a mesma competência e, por vezes, a violação ao texto de lei se verifica no julgamento do recurso de revista ou no exame dos pressupostos extrínsecos deste, do agravo ou do agravo de instrumento, em hipótese não alcançada por eventual divergência jurisprudencial. No caso, afigura-se fora da lógica vedar o processamento do recurso de embargos à SDI fundamentado em violação. Tome-se como exemplo uma decisão nula ou resultante de compreensão equivocada. Sem a previsão de embargos por ofensa a lei federal, impede-se que uma decisão de Turma contrária à letra da lei federal ou à Constituição da República possa ser reexaminada sempre que não for possível o cotejo de teses, hipótese comum quando a violação se verifica na decisão da Turma, v.g., *quando esta se limita ao exame dos pressupostos de recorribilidade*¹³.

13 Exemplo: em 2003 o TST (SBDI-1) editou a OJ 320, vedando o processamento de recurso para o TST, interposto via “Protocolo Integrado” dos TRTs (“Sistema de protocolo integrado. Norma interna. Eficácia

Todavia, embora não seja plausível supor (nem se supõe aqui) que a Turma do TST profira decisão deliberadamente nula ou que julgue com displicência a ponto de resultar em equívoco; as expressões aqui são pronunciadas como reforço de argumentação. Entretanto, a realidade mostra uma grande variedade de interpretações, como a interpretação extensiva, que por vezes conduz – ainda que raramente – ao que se convencionou chamar de “direito alternativo”, repellido pela doutrina, equivalendo, em expressão tradicional, a negativa de vigência a lei federal – comparando-se, para fins desse estudo, à ofensa ao texto da lei federal pela decisão da Turma – porque, nesse modelo, o julgador corre o risco de relegar a aplicação da lei de regência no exame do caso concreto, impondo sua vontade, a contrariar o princípio da legalidade, inserto no art. 5º, inciso II, da Constituição da República, e não pode a parte, vítima desse equívoco, ficar sem instrumento para combater essa decisão e o tribunal sem oportunidade de corrigi-lo.

A restrição inscrita na Lei nº 11.496/07, embora louvável no que objetiva alcançar uma dinâmica nos procedimentos e prestigiar a decisão proferida pelas Turmas, não merece aplausos, *data venia*: a uma, porque a Seção de Dissídios Individuais é o órgão soberano na uniformização do direito do trabalho; a duas, porque pode gerar uma balbúrdia na função estabilizadora da jurisprudência trabalhista, a cargo do TST, e conduzir os jurisdicionados à total insegurança jurídica. De modo que a limitação do cabimento desses embargos à hipótese de divergência importa, de plano, em contrariar duas garantias fundamentais, a saber: a) o direito ao livre acesso ao Poder Judiciário e b) o de ampla defesa, inscritos no art. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição da República, respectivamente. Afinal, a função dos embargos (seja por divergência, seja por violação) é preservar a unidade do direito do trabalho, assegurando sua interpretação uniforme, isto é, restabelecer o *jus imperium*.

Mas *legem habemus*. E este é o diploma que rege os embargos; enquanto prevalecer, o Tribunal há de observá-lo e, enquanto magistrado, não devo negar-lhe vigência.

limitada a recursos da competência do TRT que a editou. Art. 896, § 1º, da CLT”). Aludida Orientação Jurisprudencial foi cancelada em 14.09.2004.

Em face do cancelamento da OJ 320, a SBDI-1 conheceu e deu provimento a inúmeros recursos de embargos contra as decisões da Turma que, com suporte naquela OJ, não conheceu de recurso de revista porque interposto pelo protocolo integrado. Fundamento principal da decisão nos embargos: violação aos arts. 896 da CLT e 5º, inciso LV, da Constituição da República. (Precedentes: E-RR-68.767/2002-900-02-00.9 – Ac. in DJ de 03.12.2004 – Rel. Min. João Batista Brito Pereira, E-RR-17.363/2002-900-02-00.7 – Ac. in DJ de 03.12.2004 – Rel. Min. João Batista Brito Pereira, E-RR-583.439/99.5 – Ac. in DJ de 22.10.2004 – Rel. Min. João Oreste Dalazen e E-RR-785.072/2001.0 – Ac. in DJ de 17.12.2004 – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula)

A restrição ao cabimento dos embargos à SDI não é nova. A jurisprudência do TST, onde esse critério encontra lúcidos simpatizantes, em 1985 passou a inibir o cabimento tanto do recurso de revista quanto do recurso de embargos, quando a decisão recorrida emprestasse razoável interpretação a preceito de lei, editando a Súmula 221¹⁴, sem se importar com a subjetividade de que se reveste a expressão razoável no ambiente litigioso.

A idéia do TST em impedir o recurso por violação a preceito de lei, quando este tenha merecido *interpretação razoável*, de um lado reforça a necessidade dos embargos por violação a lei, de outro preserva a interpretação da norma, quando esta coincide com o entendimento do Tribunal, pois, não raro, a lei comporta mais de uma interpretação, donde surge a necessidade de um órgão de cúpula para fixar a interpretação que deva prevalecer.

A adoção de mais uma restrição, agora pela via legislativa, ao cabimento desse recurso, peca por não preservar os embargos à SDI contra as decisões das Turmas para exame dos pressupostos dos recursos de competência destas, bem assim por não ressaltar as hipóteses em que a decisão da turma violar disposição da Constituição da República. Neste último caso, não se poderia recusar os embargos, visto que, se há tema de estatura constitucional, a impossibilidade de embargos à SDI importa no não-esgotamento da jurisdição trabalhista, visto que, como se sabe, quase sempre a reclamação trabalhista contempla mais de um tema ou pedido. Assim, quando houver um tema suscetível de embargos por divergência e outro de natureza constitucional, sujeitar-se-á a parte a interpor dois recursos: o Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, quanto ao tema constitucional, porque é aquela corte soberana para examinar matéria constitucional; e os Embargos à SBDI-1 quanto ao tema sujeito à divergência jurisprudencial, porque esse é o órgão encarregado de, em última instância, uniformizar a jurisprudência trabalhista no plano infraconstitucional¹⁵.

14 Súmula 221: “Interpretação razoável de preceito de lei, ainda que não seja o melhor, não dá ensejo à admissibilidade ou ao conhecimento do recurso de revista ou de embargos com base, respectivamente, na alínea *c* do art. 896 e na alínea *b* do art. 894 da CLT. A violação há de estar ligada à literalidade do preceito”.

15 “RECURSO DE EMBARGO À SDI/TST E RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA. POSSIBILIDADE. Parece inquestionável que a nova redação do art. 894 da CLT, introduzida pela Lei nº 11.496/07, deu ensejo a uma cisão do procedimento trabalhista, de maneira que cabe à SDI uniformizar a jurisprudência interna e cabe, doravante, ao Supremo Tribunal Federal, diretamente exercer o controle da constitucionalidade da decisão proferida por Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Logo, se a parte pretende impugnar, de um lado, o capítulo do acórdão turmário com denúncia de mácula à Constituição Federal e, de outro, com alegação de divergência jurisprudencial, afigura-se razoável não descartar o manejo, concomitantemente, do recurso extraordinário e do recurso de embargos, sobrestando-se, aquele, no aguardo do julgamento dos embargos, não sendo a hipótese de incidência do princípio da unirrecorribilidade. Rejeitada preliminar de inadmissibilidade do recurso de embargos” (E-ED-RR-1612/2004-036-12-00, Rel. Min. Horácio Senna Pires, DJ 16.05.2008). No mesmo sentido vide E-RR-660023/2000.9, Rel. Min Horácio Senna Pires, DJ 02.05.2008.

Diante dessas circunstâncias, indaga-se: se a matéria contida no Recurso Extraordinário, que não pode ser examinada via Embargos pela SDI, for prejudicial à matéria objeto dos embargos por divergência, ficará a SBDI-1 do TST na obrigação de, sobrestando o julgamento dos embargos por divergência, processar em primeiro lugar o recurso extraordinário? Penso que a resposta aqui é positiva, ainda que a decisão da SBDI-1 nos embargos em que se reconheça a existência da questão prejudicial não vincule o Supremo Tribunal Federal.

Na sistemática anterior à Lei nº 11.496/07, uma vez conhecido o recurso de revista, em conseqüência, apreciando-se seu mérito, o recurso de embargos poderia ser interposto tanto por divergência quanto por violação. Se, entretanto, o recurso de revista não fosse conhecido, os embargos somente poderiam ser interpostos por contrariedade à lei federal que lhe desse respaldo, isto é: alínea ou parágrafo do art. 896 da CLT. Portanto, se a Turma não conheceu do recurso de revista, não se há falar em exame do mérito da demanda nos embargos daí interpostos, salvo se o recurso de revista vem fundado em violação de lei porque quando a Turma dele não conhece profere típica decisão de mérito.

5 – EMBARGOS CONTRA DECISÃO DE TURMA DO TST

Cuida-se aqui de embargos opostos contra decisão proferida em recurso de revista em procedimento ordinário, na fase de conhecimento, para, nos subitens seguintes, cuidar-se das exceções: agravo de instrumento, processo sumaríssimo e processo em fase de execução.

Esses embargos foram inicialmente previstos no art. 894 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação expressava o seguinte: “Cabem embargos, no Tribunal Superior do Trabalho, para o Pleno, no prazo de 8 (oito) dias a contar da publicação do acórdão: b) das decisões das Turmas contrárias à letra de lei federal, ou que divergirem entre si, ou da decisão proferida pelo Tribunal Pleno, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho”.

Na sistemática disciplinada na Lei nº 7.701/88, competia à Seção de Dissídios Individuais (Subseção-1) julgar os embargos interpostos contra as decisões divergentes das Turmas ou destas com decisão da Seção de Dissídios Individuais, ou com Orientação Jurisprudencial desta Seção, ou, ainda, com Súmula do TST, bem como os embargos contra as decisões das Turmas que violassem preceito de lei federal ou da Constituição da República.

Com a modificação introduzida pela aludida Lei nº 7.701, o Tribunal Superior do Trabalho ficou dividido em Turmas e em duas seções especializadas,

a saber: Seção de Dissídios Coletivos, ou Seção Normativa e Seção de Dissídios Individuais; esta, por sua vez, foi dividida em duas subseções: a Subseção-1, especializada em dissídios individuais, que ficou com a competência para julgar os embargos de que se falou linhas acima, entre outras matérias de dissídio individual, e a Subseção-2, à qual compete o julgamento das ações rescisórias, dos mandados de segurança, dos conflitos de competência e dos recursos ordinários interpostos contra decisões proferidas pelos Tribunais Regionais em processos de dissídio individual de sua competência originária, tais como a ação rescisória e o mandado de segurança, consoante preceitua o art. 71 do Regimento Interno do TST¹⁶.

Opiniões doutrinárias esparsas apontam os embargos como um recurso obsoleto e inútil, a serviço da protelação do encerramento do processo. Parece-me equivocada essa avaliação. Com efeito, esse recurso tem por função a *uniformização da jurisprudência* – voltada para a matéria exclusivamente de direito; constitui-se em imprescindível instrumento processual à disposição das partes destinado a garantir essa uniformidade, porque compete à Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho velar pela exata (e uniforme) aplicação das normas de direito material e processual do trabalho que têm aplicação em todo o território nacional; é uma espécie de controle da legalidade do julgado frente ao direito positivo que se dá sempre que na Turma se decide emprestar a dispositivo de lei ou da constituição interpretação divergente sobre o mesmo fato daquela que tenha dado outra Turma, a Seção de Dissídios Individuais, ou texto da Súmula do Tribunal ou, ainda, Orientação Jurisprudencial do Tribunal.

Os embargos à SBDI-1, interpostos contra decisão proferida por Turma do TST que se apresentar divergente de decisão de outra Turma, ou da própria Seção de Dissídios Individuais, de Orientação Jurisprudencial desta, ou de Súmula do Tribunal, têm por finalidade específica uniformizar a jurisprudência na Justiça do Trabalho sobre a interpretação do direito material ou processual

16 RI-TST/2008 – “Art. 71. À Seção Especializada em Dissídios Individuais, em composição plena ou dividida em duas Subseções, compete:

I – em composição plena:

(...)

II – à Subseção I:

a) julgar os embargos interpostos contra decisões divergentes das Turmas, ou destas diverjam de decisão da Seção de Dissídios Individuais, de Orientações Jurisprudenciais ou de Súmula e,

b) julgar os agravos e os agravos regimentais interpostos contra despacho exarado em processos de sua competência.”

do trabalho e, assim, preservar a unidade do direito material e do direito processual do trabalho, assegurando sua interpretação uniforme em todo o território nacional.

Questão ligada ao processo no Tribunal Superior do Trabalho, a qual deverá voltar à tona agora com a novidade restritiva, é a necessidade do esgotamento da instância.

Em tempos bem remotos, um dos objetivos do recurso de embargos também era o de esgotar a instância trabalhista a fim de viabilizar eventual Recurso Extraordinário, atendendo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Parece que na Suprema Corte agora não se pensa mais assim, a tanto, basta lembrar os seguintes exemplos: RR-181.500/1995.6 admitido Recurso Extraordinário da decisão da 5ª Turma do TST (DJ 08.11.1996), o qual originou o RE-211.874-5/RS, do qual o STF conheceu e deu-lhe provimento (Rel. Min. Carlos Velloso); RR-1.602/2001-024-09-00-4, Ac. da 5ª Turma/TST que originou o RE-477.343-1/PA conhecido e provido (Rel. Min. Cezar Peluso); AI-RR-1.894/2002-003-03-40-8, Ac. da 5ª Turma do TST que deu origem ao RE-632.741-7/SP, provido (Rel^a Min^a Cármen Lúcia), e o AI-RR-808.641/2001.4, Ac. 5ª Turma, que deu origem ao RE 492.831-2/DF, conhecido e provido (Rel. Min. Cezar Peluso).

Nessas circunstâncias, conquanto cabíveis (e recomendáveis) os embargos à SBDI-1 do TST por divergência jurisprudencial em matéria constitucional, o Supremo Tribunal Federal não exige que se esgote a instância, aceitando o Recurso Extraordinário da decisão da Turma do TST, segundo os exemplos ilustrativos acima.

Os Embargos em destaque são processados na Turma e julgados pela SBDI-1. Não estão sujeitos a juízo prévio de admissibilidade, como antes; interposto o recurso, segue seu processamento com a intimação da parte embargada para impugnação (princípio do contraditório). Posteriormente, são distribuídos a um relator, entre os membros da SBDI-1, excetuando-se aqueles que compõem a Turma prolatora da decisão recorrida, nos termos do art. 104 do Regimento Interno do Tribunal¹⁷.

5.1 – Embargos Contra Decisão Proferida em Agravo de Instrumento

Como se sabe, os embargos de competência da Subseção-1 da SDI são aqueles interpostos contra as decisões das Turmas; portanto, proferidas em

17 RI-TST/2008: “Art. 104. Os embargos interpostos contra decisão de Turma serão distribuídos entre os Ministros não integrantes do Colegiado prolator da decisão embargada”.

recurso de revista, em agravo, em agravo regimental e em agravo de instrumento. Quando os embargos são interpostos contra as decisões proferidas em agravo, em agravo regimental e agravo de instrumento, limitam-se ao reexame dos pressupostos extrínsecos desses recursos, por força de construção jurisprudencial.

Agora, sob a égide do novo art. 894, inciso II, da CLT, os embargos em agravo de instrumento em recurso de revista se tornarão mais raros, pela singela razão de que dificilmente se encontrará divergência específica em torno dos pressupostos extrínsecos do recurso.

Com efeito, o agravo de instrumento de competência de Turma do Tribunal Superior do Trabalho guarda semelhança com incidente processual e tem por objeto apenas o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso indeferido na origem – quase sempre, o recurso de revista. Limita-se, portanto, ao campo da admissibilidade do recurso interposto contra decisão do Tribunal Regional. Conseqüentemente, os pressupostos de admissibilidade do recurso denegado constituem o mérito do agravo de instrumento a ser apreciado pela Turma do TST.

A partir dessa compreensão, o Tribunal Superior do Trabalho, em 1984, editou a Súmula 183, vedando o cabimento dos embargos contra decisão em agravo de instrumento, com o seguinte teor: “São incabíveis embargos para o Tribunal Pleno contra decisão em agravo de instrumento oposto a despacho denegatório de recurso de revista, inexistindo ofensa ao art. 153, § 4º, da Constituição Federal”. Com essa última expressão, o Tribunal preservou o direito de a parte embargante submeter ao Supremo Tribunal Federal a discussão sobre o cabimento do recurso. Recorde-se que o art. 153, § 4º, da Constituição então vigente (E.C. 1/69) dispunha sobre o princípio da acessibilidade ampla ao Poder Judiciário.

A Súmula 183 foi revisada em 1994, dando lugar à Súmula 335, já sem a ressalva final, assim: “São incabíveis embargos para a Seção Especializada em Dissídios Individuais contra decisão proferida em agravo de instrumento oposto a despacho denegatório de recurso de revista, salvo quando a controvérsia se referir a pressupostos extrínsecos do próprio agravo”. Esse texto foi alterado, em 1997, com a edição da Súmula 353, do seguinte teor: “Não cabem embargos para a Seção de Dissídios Individuais contra decisão de Turma proferida em agravo de instrumento e em agravo regimental, salvo para reexame dos pressupostos extrínsecos dos agravos ou da revista respectiva”. Em 2002, deu-se nova redação ao texto da Súmula 353, qual seja: “Não cabem embargos para a Seção de Dissídios Individuais de decisão de Turma proferida

em agravo, salvo para reexame dos pressupostos extrínsecos do recurso a que se denegou seguimento no Tribunal Superior do Trabalho”. Como se vê, desde 1984, com a edição da Súmula 183, o Tribunal Superior do Trabalho resiste ao cabimento de embargos contra decisão de Turma em agravo de instrumento, na perspectiva de prevenir um terceiro exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso de revista – mérito do agravo de instrumento.

No dia 3 de março de 2005, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, apreciando Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado pela SBDI-1, aprovou nova redação para a Súmula 353, *in verbis*:

“Não cabem embargos para a Seção de Dissídios Individuais de decisão de Turma proferida em agravo, salvo: a) da decisão que não conhece de agravo de instrumento ou de agravo pela ausência de pressuposto extrínseco; b) da decisão que nega provimento a agravo contra decisão monocrática do Relator em que se proclamou a ausência de pressuposto extrínseco de agravo de instrumento; c) para reexame de pressuposto extrínseco de admissibilidade do recurso de revista cuja ausência haja sido declarada originariamente pela Turma no julgamento de agravo; d) para impugnar o conhecimento de agravo de instrumento; e) para impugnar a imposição das multas previstas no art. 538, parágrafo único, do CPC ou no art. 557, § 2º, do CPC.”¹⁸

Com a nova diretriz para os embargos à SBDI-1, faz-se necessária uma adequação da Súmula 353.

5.2 – Embargos Contra Decisão de Turma em Feito Submetido ao Procedimento Sumaríssimo

Dois são os pressupostos de cabimento do recurso de revista nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo: a) contrariedade a súmula do Tribunal Superior do Trabalho e b) violação a norma constitucional.

É a partir desses pressupostos inscritos no art. 896, § 6º, da CLT, que vêm se desenvolvendo as discussões em torno do cabimento do recurso de Embargos para a SBDI-1 nesses feitos.

Sempre sustentei que no procedimento sumaríssimo cabem embargos à SBDI-1 por divergência jurisprudencial, sem me impressionar com o argumento contrário (de até poucos dias atrás), de que, se não se aceita o recurso de revista

18 Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Processo nº TST-E-AIRR-786.345/2001.0, Rel. Min. João Batista Brito Pereira. Tribunal Pleno. Seção do dia 03.03.2005. Decisão por maioria.

nesse procedimento por divergência, não se pode admitir, nesse mesmo processo de rito sumaríssimo, recurso de embargos por divergência. Sempre sustentei o cabimento de embargos em semelhantes circunstâncias; primeiro, porque a lei nunca restringiu o cabimento do recurso de embargos ao processo de rito ordinário; segundo, porque os pressupostos do recurso de revista não se confundem com os do recurso de embargos, consoante votos divergentes¹⁹⁻²⁰ em julgamentos nos quais fiquei vencido em 2006 e 2007.

A meu juízo, a permissão de recurso de embargos no processo de rito sumaríssimo por divergência jurisprudencial não encerra incoerência alguma com a vedação do recurso de revista nesse tipo de processo por divergência.

Com efeito, no julgamento do recurso de revista interposto contra decisão em processo sujeito ao procedimento sumaríssimo, havendo a Turma adotado tese contrária à da Súmula justificadora do cabimento do recurso ou procedido a má interpretação do dispositivo constitucional apreciado, não se pode negar o cabimento do recurso de embargos à SBDI-1 por divergência, pois o pressuposto do recurso de revista (art. 896) não se confunde com o dos Embargos (art. 894).

19 *VOTO VENCIDO*. “PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO DE EMBARGOS. CONHECIMENTO POR DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. POSSIBILIDADE. Se no procedimento sumaríssimo a Turma do TST conheceu do recurso de revista por violação a dispositivo da Constituição da República e deu-lhe uma interpretação diversa daquela que a outra Turma havia dado em caso idêntico, não se pode invocar a exigência contida no art. 896, § 2º, da CLT, que se refere ao recurso de revista, como óbice ao conhecimento do recurso de embargos, quando, além de haver norma específica permitindo o conhecimento dos embargos por divergência jurisprudencial (CLT, art. 894, alínea *b*), não há norma limitando o conhecimento de embargos em procedimento sumaríssimo a violação de dispositivo da Constituição da República”. (PROC. TST-E-RR-1.180/2004-111-03-00.4)

20 *VOTO VENCIDO*. “PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO DE EMBARGOS. CONHECIMENTO POR DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. POSSIBILIDADE.

1. Se no procedimento sumaríssimo a Turma do TST conheceu do recurso de revista por violação a dispositivo da Constituição da República e deu-lhe uma interpretação diversa daquela que a outra Turma havia dado em caso idêntico, não se pode invocar a exigência contida no art. 896, § 6º, da CLT, que se refere ao recurso de revista, como óbice ao conhecimento do recurso de embargos, quando, além de haver norma específica permitindo o conhecimento dos embargos por divergência jurisprudencial (CLT, art. 894, alínea *b*), não há norma limitando o conhecimento de embargos em procedimento sumaríssimo a violação de dispositivo da Constituição da República.

2. Somente se poderia negar o cabimento dos embargos em semelhantes circunstâncias se se reconhecesse a Turma como última instância no exame da norma constitucional em processo sumaríssimo, importando em que dessa decisão comportaria Recurso Extraordinário (art. 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição). Contudo, a realidade não é essa; a última instância da Justiça do Trabalho para esse fim, salvo processo de alçada, é a Seção Especializada desta Corte”. (TST-E-RR-775/2005-102-04-40.1)

DOUTRINA

Em primeiro lugar, o cabimento de recurso de revista não se sujeita à discussão de matéria constitucional, mas à demonstração de contrariedade a súmula do Tribunal, hipótese em que, havendo discrepância entre a decisão aí proferida com decisão de outra turma ou da SDI acerca da mesma súmula, independentemente de esta ser em tema constitucional ou infraconstitucional, o recurso de embargos é cabível, nos termos do art. 894, inciso II, da CLT, que, de igual modo, não restringe esse tipo de recurso à matéria constitucional.

Em segundo lugar, os pressupostos de contrariedade a súmula ou a violação a dispositivo da Constituição para justificar o recurso de revista são a condição para que a questão seja submetida ao Tribunal Superior do Trabalho. Uma vez no TST, se a Turma, no exame daquele dispositivo constitucional, objeto do recurso de revista, emprestar interpretação diversa daquela que tenha dado outra Turma ou a SDI, sobre o mesmo fato, deve-se aceitar o recurso de embargos por divergência jurisprudencial, a fim de que a SBDI-1 possa uniformizar a jurisprudência em torno daquela questão. Essa é a função do Tribunal Superior do Trabalho e, em última análise, a razão da subseção 1, da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal.

De mais a mais, não há uma só restrição na lei ao cabimento dos embargos à SBDI-1 no processo de rito sumaríssimo. O art. 894, inciso II, da CLT (na redação que lhe confere a Lei nº 11.496/07), ao limitar o recurso de embargos à hipótese de divergência jurisprudencial, não excepciona as decisões proferidas em procedimento sumaríssimo. “Onde o legislador não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo”. Desse modo, não se pode restringir o cabimento de recurso via jurisprudência sem incorrer no pecado da usurpação da competência privativa do Poder Legislativo.

Como já se disse, os embargos por divergência jurisprudencial servem para viabilizar a uniformização da jurisprudência em torno daquela questão. Essa é a função do Tribunal Superior do Trabalho. A SBDI-1 é destinada a essa uniformização da divergência interna (uma vez julgado o recurso de revista, para corrigir a discrepância entre a decisão regional e a súmula desta Corte ou porque havia matéria constitucional). Se ao julgar o recurso de revista, a Turma discrepa do entendimento que deu outra Turma ou a SDI, no exame da questão sob as mesmas premissas, essa divergência interna haverá de ser pacificada, sob pena de se ter vários entendimentos, porque várias são as Turmas, gerando uma balbúrdia na jurisprudência, a confundir os jurisdicionados, além de ensejar insegurança no âmbito do primeiro e do segundo grau, que, certamente, não identificarão o parâmetro seguro para, se desejarem, adotar o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, visto que, lastimavelmente, já não se processa

mais – ao menos por enquanto – embargos por violação ao texto constitucional, nem mesmo se essa violação se deu no julgamento do recurso de revista.

Dispõe o art. 896, § 6º: “Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho e violação direta da Constituição da República”. Trata-se, pois, de pressuposto de cabimento do recurso de revista, que não se confunde com o pressuposto único dos embargos, inscrito no inciso II do art. 894 da CLT.

O que se lê na nova redação do art. 894, inciso II, da CLT, conferida pela Lei nº 11.496, de 22 de junho de 2007, é, *verbis*:

“No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias: (...) II – das decisões de Turmas que divergirem entre si, ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, nos casos previstos em lei”.

Causa estranheza o fato de que, para efeito de uniformização da jurisprudência, função precípua do Tribunal Superior do Trabalho mediante a SBDI-1, agora, parece mais importante a súmula do TST que a norma constitucional. Mas o fato é que *legem habemus* e, enquanto vigente, é a sua diretriz que o magistrado deve observar.

Depois de longa discussão, recentemente a SBDI-1 do TST concluiu julgamento no qual entendeu cabível o recurso de embargos, por divergência jurisprudencial contra decisão proferida em feito submetido ao procedimento sumaríssimo²¹.

Assim, pois, se no procedimento sumaríssimo a Turma do TST conheceu do recurso de revista por violação a dispositivo da Constituição da República e deu-lhe uma interpretação diversa daquela que a outra Turma ou a SDI havia emprestado em caso idêntico, não se pode invocar a exigência contida no art. 896, § 6º, da CLT, que se refere ao recurso de revista, como óbice ao conhecimento do recurso de embargos, quando, além de haver norma específica permitindo o conhecimento dos embargos por divergência jurisprudencial (CLT, art. 894, inciso II), não há norma restringindo o cabimento dos embargos em feitos do procedimento ordinário.

21 Processo TST-E-RR 1.223/2003.6 – Relatora a Senhora Ministra Maria Cristina Peduzzi – julgamento do dia 2 de junho de 2008 – SBDI-1.

Com efeito, somente se poderia negar o cabimento dos embargos em semelhantes circunstâncias se se reconhecesse a Turma como última instância em processo sumaríssimo, importando em que dessa decisão caberia Recurso Extraordinário (art. 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição). Contudo, a realidade não é essa; a última instância da Justiça do Trabalho, nessa hipótese (salvo processo de alçada), é a Seção Especializada em Dissídios Individuais desta Corte.

5.3 – Embargos Contra Decisão de Turma em Processo na Fase de Execução

Se no julgamento do recurso de revista na fase de execução a Turma do TST conheceu do recurso de revista por violação a dispositivo da Constituição da República e emprestou-lhe interpretação diversa daquela que a outra Turma ou a SDI havia emprestado em caso idêntico, não se pode invocar a exigência contida no art. 896, § 2º, da CLT, que se refere ao recurso de revista, como óbice ao conhecimento do recurso de embargos, quando, além de haver norma específica permitindo o conhecimento dos embargos por divergência jurisprudencial (CLT, art. 894, inciso II), não há norma restringindo o conhecimento de embargos ao processo na fase de conhecimento.

Somente se poderia negar o cabimento dos embargos em semelhantes circunstâncias se se reconhecesse a Turma como última instância no exame da norma constitucional em processo na fase de execução, importando em que dessa decisão comportaria Recurso Extraordinário (art. 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição). Contudo, a realidade não é essa; a última instância da Justiça do Trabalho para esse fim, salvo processo de alçada, é a Seção Especializada desta Corte.

A propósito, embora não seja a Turma do TST última instância da Justiça do Trabalho, não se pode ignorar que o Supremo Tribunal Federal tem aceitado Recurso Extraordinário interposto diretamente de decisão da Turma, de que são os exemplos os seguintes feitos: RR-181.500/1995.6 – RE-211.874-5/RS, provido; RR-1.602/2001-024-09-00-4 – RE-477.343-1/PA, provido; AI-RR-1894/2002-003-03-40-8, – RE-632.741-7/SP, provido e AI-RR-808.641/2001.4 – RE-492.831-2/DF, provido.

Não obstante esses exemplos, havendo divergência justificadora dos embargos, devem estes ser interpostos a fim de se esgotar a instância, evitando-se assim um tropeço no Recurso Extraordinário. A exigência do esgotamento da instância está hoje mitigada, não apenas considerando-se os exemplos acima mencionados, como também tendo em vista decisões recentes da SBDI-1

autorizando a interposição concomitante de Recurso Extraordinário para o STF e de recurso de embargos para a SBDI-1, sobrestando o processamento do primeiro até o julgamento do segundo²², hipótese que não atenta contra o princípio da unirrecorribilidade (ver item 2.2. retro).

Penso, pois, que no julgamento do recurso de revista interposto contra decisão em processo na fase de execução, havendo a Turma adotado tese na interpretação de dispositivo constitucional, não se pode negar o cabimento do recurso de embargos à SBDI-1, visto que o pressuposto do recurso de revista (art. 896 da CLT e Súmula 266 do TST) não se confunde com o do recurso de embargos (art. 894).

Com efeito, a exigência da matéria constitucional para justificar o recurso de revista é a condição para que a questão seja submetida ao Tribunal Superior do Trabalho. Uma vez no TST, se a Turma, ao examinar o dispositivo constitucional objeto do recurso de revista, empresta interpretação diversa da que tenha dado outra Turma ou a SDI, sobre o mesmo fato, deve-se aceitar o recurso de embargos por divergência jurisprudencial, a fim de que a SBDI-1 possa uniformizar a jurisprudência em torno daquela questão e, assim, evitar que a divergência interna se perpetue, em prejuízo da interpretação uniforme e da unidade do direito, do direito material e do direito processual do trabalho, função da qual o Tribunal Superior do Trabalho não pode abdicar.

É essa a razão da existência do Tribunal Superior do Trabalho e, em última análise, a razão da sua Seção Especializada em Dissídios Individuais.

De mais a mais, o art. 894, inciso II, da CLT, com a redação que lhe confere a Lei nº 11.496/07, ao limitar o recurso de embargos à hipótese de divergência jurisprudencial, não excepciona as decisões proferidas em processo na fase de execução. Desse modo, não se pode restringir o cabimento do recurso nessa hipótese, visto que a lei não atribui essa competência ao Tribunal Superior do Trabalho.

22 “RECURSO DE EMBARGO À SDI/TST E RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA. POSSIBILIDADE. Parece inquestionável que a nova redação do art. 894 da CLT, introduzida pela Lei nº 11.496/07, deu ensejo a uma cisão do procedimento trabalhista, de maneira que cabe à SDI uniformizar a jurisprudência interna e cabe, doravante, ao Supremo Tribunal Federal, diretamente exercer o controle da constitucionalidade da decisão proferida por Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Logo, se a parte pretende impugnar, de um lado, o capítulo do acórdão turmário com denúncia de mácula à Constituição Federal e, de outro, com alegação de divergência jurisprudencial, afigura-se razoável não descartar o manejo, concomitantemente, do recurso extraordinário e do recurso de embargos, sobrestando-se, aquele, no aguardo do julgamento dos embargos, não sendo a hipótese de incidência do princípio da unirrecorribilidade. Rejeitada preliminar de inadmissibilidade do recurso de embargos” (E-ED-RR-1612/2004-036-12-00, Rel. Min. Horácio Senna Pires, DJ 16.05.2008). No mesmo sentido vide E-RR-660023/2000.9, Rel. Min Horácio Senna Pires, DJ 02.05.2008.

5.4 – Peculiaridades da Divergência Jurisprudencial

Esses embargos visam, em última análise, a evitar que, no âmbito das Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, predominem interpretações divergentes, antagônicas sobre a aplicação do direito material e do direito processual do trabalho.

Essa é a razão primordial de ser dos embargos por divergência com decisão de outra Turma, ou da própria Seção de Dissídios Individuais, com Orientação Jurisprudencial desta ou com Súmula do TST. Essa divergência deve ser demonstrada de forma analítica, isto é: o embargante deverá demonstrar que as premissas de fato que envolvem as decisões cotejadas são idênticas ou guardam entre si nítidas semelhanças. Realiza-se a comprovação dessa divergência mediante a transcrição de trechos do acórdão indicado como divergente (oriundo de outra Turma ou da SDI), transcrição da Orientação Jurisprudencial ou da Súmula, confrontando-se esses textos com o acórdão contra o qual se recorre; é a demonstração do conflito entre o texto transcrito e a decisão recorrida na interpretação de um mesmo dispositivo de lei ou da Constituição, embora o suporte fático de ambas as decisões seja idêntico.

O TST vem disciplinando na jurisprudência, de forma didática, o modo de comprovação da divergência jurisprudencial ensejadora dos recursos de sua competência, consoante demonstram, principalmente, as seguintes Súmulas: 23, 296, 333, 337 e a Orientação Jurisprudencial 95 da SBDI-1, com os respectivos textos.

Não é exagero, entretanto, lembrar que somente se viabilizam os embargos por divergência jurisprudencial quando: a) a decisão embargada houver adotado tese de mérito acerca dos pontos abordados nos embargos; b) os dispositivos de lei ou da Constituição que, segundo o entendimento do recorrente, tenham sido interpretados divergentemente forem os mesmos contidos no modelo apresentado (acórdão de outra Turma ou da SDI).

O cabimento de embargos fundados em Orientação Jurisprudencial e em Súmula desta Corte, conquanto não esteja contemplado no art. 894, inciso II, da CLT (Lei nº 11.496/07), se dá em razão do entendimento de que tanto a Orientação Jurisprudencial quanto a Súmula desta Corte são resultado da cristalização da jurisprudência sobre determinada matéria. Dessa forma, mesmo após a alteração da redação do art. 894 da CLT, fica mantida a jurisprudência concentrada na Orientação Jurisprudencial 219 da SBDI-1 do TST, que reputa válida a invocação de OJ para efeito de conhecimento do recurso

de embargos, “desde que, das razões recursais, conste o seu número ou conteúdo”²³.

5.5 – Embargos por Divergência Jurisprudencial. Hipótese de Recurso de Revista Não Conhecido

A Súmula 333 desta Corte dispõe que: “Não ensejam recursos de revista ou de embargos decisões superadas por iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”.

Considerando o teor da Súmula, surgem discussões sobre o cabimento do recurso de embargos por divergência jurisprudencial, quando a Turma não conhece do recurso de revista com fundamento na referida Súmula.

Ocorre que a adoção da Súmula 333 desta Corte como óbice ao conhecimento do recurso de revista implica em adoção de tese de mérito, justamente porque se afirma que a decisão recorrida está em harmonia com o entendimento pacífico do TST sobre aquele determinado tema.

Nesse sentido é a Súmula 192 desta Corte, que, ao dispor nos itens II e V²⁴ sobre o cabimento da ação rescisória, textualmente afirma ser de mérito a decisão que não conhece de recurso de revista ou de embargos com amparo na Súmula 333.

Portanto, sendo de mérito a decisão que não conhece do recurso de revista com fundamento na Súmula 333, em tese seria permitido o exame do recurso de embargos por divergência jurisprudencial.

23 OJ 219/DDI-1, de 02.04.2001: “É válida, para efeito de conhecimento do recurso de revista ou de embargos, a invocação de Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, desde que, das razões recursais, conste o seu número ou conteúdo.”

24 Súmula 192 do TST: “AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais ns. 48, 105 e 133 da SDI-II, Res. 137/05 – DJ 22.08.05)

(...)

II – Acórdão rescindendo do Tribunal Superior do Trabalho que não conhece de recurso de embargos ou de revista, analisando argüição de violação de dispositivo de lei material ou decidindo em consonância com súmula de direito material ou com iterativa, notória e atual jurisprudência de direito material da Seção de Dissídios Individuais (Súmula 333), examina o mérito da causa, cabendo ação rescisória da competência do Tribunal Superior do Trabalho. (ex-Súmula 192 – Res. 121/03, DJ 21.11.03)

(...)

V – A decisão proferida pela SDI, em sede de agravo regimental, calcada na Súmula 333, substitui acórdão de Turma do TST, porque emite juízo de mérito, comportando, em tese, o corte rescisório. (ex-OJ n. 133 – DJ 04.05.04)”.

De fato, sempre tive por viável e natural o conhecimento do recurso de embargos por divergência jurisprudencial contra decisão de Turma que, embora não tenha conhecido do recurso de revista, haja adotado tese de mérito acerca do tema objeto dos embargos²⁵.

A jurisprudência da SBDI-1 firmou-se no sentido do cabimento do recurso de embargos por divergência jurisprudencial, nessa hipótese²⁶.

Sucedee, todavia, que justamente a iterativa, notória e atual jurisprudência de mérito que impediu o conhecimento impedirá, de igual sorte, o conhecimento do recurso de embargos.

25 “PRELIMINAR DE NULIDADE POR DESRESPEITO AO PROCESSO LEGAL. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA E EXAME DE MÉRITO. O exame do teor da violação a lei e a constatação da consonância de decisão regional com súmula do TST no exame dos pressupostos intrínsecos do recurso de revista, ainda que adentre no mérito da controvérsia, não enseja nulidade nem caracteriza ofensa ao devido processo legal” (E-RR-601.048/1999.1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 15.09.2006).

E da fundamentação do julgado extrai-se o seguinte excerto:

“A Turma examinou o cabimento do recurso de revista e a observância dos seus pressupostos intrínsecos. É possível que na análise da violação a lei e da contrariedade a súmula desta Corte o órgão julgador adentre no mérito, tanto é assim, que, nessa hipótese, o TST atrai para si o juízo rescisório, a teor da Súmula 192, item II, desta Corte. Por isso, eventual manifestação acerca da configuração de ofensa a lei ou de aplicação de súmula não enseja o desrespeito ao devido processo legal”.

26 “EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. MANIFESTAÇÃO MERITÓRIA QUANTO À VIOLAÇÃO. LEI NOVA (LEI Nº 11.496/07). CABIMENTO DOS EMBARGOS POR DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. Quando o recurso de revista não é conhecido, mas a Turma, ao julgá-lo, expende juízo de mérito quanto à existência de violação de lei ou do Texto Constitucional, é cabível o recurso de embargos por divergência jurisprudencial. É a mesma inteligência que informa a Súmula 192, item II, do TST. Não obstante esse entendimento, no caso, a divergência jurisprudencial trazida pela parte mostrou-se inespecífica, atraindo a incidência da Súmula 296, item I, do TST. Embargos não conhecidos. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos” (Proc. TST-E-RR 1.202/2003-315-02-00.2 – Ac. SBDI-1, DJ 25.04.2008, Rel. Min. Vantuil Abdala).

6.2. BANCO DO BRASIL. APOSENTADORIA INCENTIVADA. NOVO PLANO DE CARGOS COMISSIONADOS. INAPLICABILIDADE AOS APOSENTADOS PELA NORMA REGULAMENTAR ANTERIOR. RECURSO DE REVISTA QUE NÃO MERECEU CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO RECURSO DE EMBARGOS POR DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. 1. Apresenta-se viável o conhecimento do recurso de embargos por divergência jurisprudencial contra decisão de Turma que, embora não tenha conhecido do recurso de revista, haja adotado tese de mérito acerca do tema objeto dos embargos. No caso concreto, a Turma não conheceu do recurso de revista, mas consignou que o novo plano de comissionamento importou em alteração lesiva das condições fixadas no plano de aposentadoria incentivada, ofendendo o art. 468 da CLT. 2. Considerando que regem a aposentadoria as normas em vigor na data da jubilação que, ao fim e ao cabo, devem ser interpretadas restritivamente, revelam-se improcedentes os pedidos de complementação de aposentadoria e integração de comissões previstas em novo Plano de Cargos Comissionados do Banco do Brasil, instituído após a jubilação do reclamante, porquanto apenas foram contemplados os empregados em atividade. Recurso de embargos de que se conhece e a que se dá provimento” (E-RR-538.754/1999.8 Ac. SBDI-1, DJ 28.04.2006, Redator Designado Min. Brito Pereira).

5.6 – Embargos por Contrariedade a Súmula de Índole Processual

Na diretriz do atual art. 894, inciso II, da CLT, com a redação que lhe atribuiu a Lei nº 11.496/07, os Embargos à SBDI-1 do TST somente se viabilizam quando: a) a decisão embargada houver adotado tese de mérito acerca dos pontos suscitados nos embargos; b) os dispositivos de lei ou da Constituição que, a juízo do recorrente, tenham sido interpretados divergentemente forem os mesmos contidos no modelo apresentado (acórdão de outra Turma ou da SDI, Súmula ou Orientação Jurisprudencial).

Enquanto persistir essa limitação não mais caberá esse recurso por violação de lei federal ou de norma constitucional, ainda que em suas razões o embargante aponte com clareza os fundamentos pelos quais, no seu entendimento, a norma mencionada sofreu a violação invocada.

Uma questão que resulta dessa nova diretriz é a do cabimento dos embargos por contrariedade a súmula de índole processual.

Considero cabível o recurso nessa hipótese e, para ilustrar, veja-se a seguinte hipótese:

O Tribunal Regional do Trabalho julga improcedente pedido de pagamento de horas extras sob o fundamento de não haver prova da prestação de horas extraordinárias. No recurso de revista, o reclamante/recorrente pretende reformar essa decisão indicando a prova de que cumprira jornada de 10 horas. A Turma, por sua vez, entendendo provado que o reclamante cumpriu esta jornada, provê seu recurso de revista.

O exemplo é dado para ilustrar situação extrema e serve para trazer à reflexão duas vertentes no exame superficial do dispositivo. Primeira: se se negar recurso de embargos nessa circunstância, estar-se-á permitindo que a Turma do Tribunal reexamine fatos e provas; segunda: embora a divergência jurisprudencial a ensejar o recurso de embargos se dê com aresto isolado ou súmula de direito material, na hipótese, é possível se aceitar o recurso de embargos por súmula de direito processual, como no caso a Súmula 126 do TST. Na hipótese, verificou-se nítida contrariedade (não divergência) à Súmula processual, a justificar o cabimento do recurso.

6 – CONCLUSÕES

a) A Lei nº 11.496/07 não é fiel a pelo menos um dos fundamentos que a inspiraram. Com efeito, segundo a exposição de motivos do projeto, este foi inspirado na perspectiva de evitar o exame em duplicidade da violação de lei

federal, fundamento que justificou sua aprovação nas comissões por onde tramitou. Entretanto, não ressaltou a hipótese de violação à Constituição, nem aquela em que a violação (à lei ou à Constituição) se verifica, pela primeira vez, na decisão da Turma.

Ora, pelo menos nessa última hipótese, eventual recurso de embargos não ensejaria a repudiada duplicidade de exame da violação; far-se-ia o primeiro exame dessa violação em sede de embargos à SBDI-1, porquanto perpetrada pela Turma surgindo, daí, questão diversa daquela veiculada no recurso por ela julgado, v.g., equívoco no exame dos pressupostos do recurso de revista e do agravo, negativa de prestação jurisdicional etc.

b) A limitação dos embargos à SBDI-1 no TST à divergência jurisprudencial, isto é, vedando-se o recurso por violação à lei ou à Constituição, implica reduzir não os recursos, mas a competência do Tribunal Superior do Trabalho para o exercício da sua função primordial, qual seja a de preservar a unidade do direito do trabalho, assegurando sua interpretação uniforme.

c) O art. 894, inciso II, da CLT, com a redação que lhe confere a Lei nº 11.496/07, não restringe o cabimento dos embargos aos feitos do procedimento ordinário, nem à fase de conhecimento. Por isso, se no procedimento sumaríssimo a Turma conhecer do recurso de revista por contrariedade à súmula do TST ou por violação à Constituição (assim como na fase de execução) e lhe der interpretação diversa daquela que outra Turma ou a SDI havia emprestado em caso idêntico, são cabíveis os embargos à SBDI-1 fundados na divergência jurisprudencial.