ACÓRDÃO
(Ac.TP-2661/86)
msas/amt

1. PREQUESTIONAMENTO - OPORTUNIDADE - CONFIGURAÇÃO - Diz-se prequestionada determinada matéria quando o órgão prolator da decisão impugnada haja adotado, explicitamente, tese a respeito e, portanto, emitido juízo. Incumbe à parte interessada provocar o julgador sobre o tema que entende englobar o fato jurígeno suficiente a alterar o desfecho da controvérsia.

1. R E L A T Ó R I O:

Na forma regimental é do ilustre Relator Ministro RANOR BARBOSA.

"Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista Nº TST-E-RR-3726/79, em que é Embargante EDUARDO AGUEDA SANTOS e Embargado BANCO DO BRASIL S/A.

O Sr. Ministro Ranor Barbosa - Invocando a alínea b do artigo 894 da Consolidação das Leis do Trabalho, o autor vem, às fls.238 usque 254, embargar a decisão de fls.195/196, alegando feridos os artigos 128, 485, 535, 536 e 538 do Código de Processo Civil, 836 da Consolidação das Leis do Trabalho e 153, § 3º, da Constituição Federal, além de acostar arestos que pretende divergentes.

Conquanto mencione o referido acórdão prolatado no Processo E-RR-3.726/79, na verdade, os embargos atacam os arestos que o complementaram: o Acórdão da Primeira Turma de nº 212/83, fls.202/203, que, respondendo a embargos declaratórios oferecidos pelo réu, esclareceu que o requisito "idade" foi abolido, mediante ato empresarial favorável ao empregado, e que a média a ser adotada no cálculo da complementação de proventos é a trienal, prevista na Portaria nº.

nº 966/47, uma vez que o deferimento da complementação ocorreu na forma desse ato interno; o Acórdão da Primeira Turma de nº 1.405/83, fls.212/213, que considerou os embargos declaratórios oferecidos pelo autor, às fls.205 à 207, incabíveis, porque referentes a acórdão proferido em embargos declaratórios interpostos pela parte contrária, e, em face disto, entendeu o recurso diretamente relacionado ao acórdão pronunciado na revista e o supôs intempestivo, porque datado de 13 de maio de 1983, enquanto aquele que assim teria sido embargado fora publicado em dezembro de 1983; por último, ataca o Acórdão da Primeira Turma de nº 2.270/83, que adota a tese de que os embargos declaratórios não se prestam para modificar o acórdão declarado, em admitindo, então, a egrégia Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho superados os entraves antes levantados, quanto à intempestividade e ao descabimento de embargos declaratórios, em decisão relativa a outro recurso da espécie oferecido pela parte contrária, vale dizer, reconsiderando sua posição, em face dos embargos declaratórios do autor às fls.205/207.

O embargante, às fls. 253/254, assim resumiu seus objetivos: primeiro, devolução dos embargos declaratórios à egrégia Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho para exame de mérito, afastados os óbices invocados pelo acórdão de fls.212/213; segundo, exclusão da média trienal para aferimento dos salários da complementação; e terceiro, ou que se explicite que a média trienal apenas se aplicará à complementação dos proventos a cargo do banco.

Admitidos pelos despachos de fls.255, os embargos foram impugnados às fls.257, e o Ministério Público do Trabalho opinou pelo desprovimento do recurso."

2. F U N D A M E N T A Ç Ã O:

2.1. TEMPESTIVIDADE

O presente recurso de embargos é tempestivo.

Publicado o primeiro Acórdão dia 10 de de

dezembro de 1982 (fls.195/196) (sexta-feira), os embargos declaratórios foram protocolizados no dia 13 seguinte, sem que se tenha consumido um só dia do prazo.

O prazo, então, ficou suspenso.

Publicado o segundo Acórdão (fls.202/203) dia 06 de maio de 1983 (sexta-feira), os embargos de declaração do empregado foram oferecidos no dia 13,próximo, consumindo-se quatro dias.

Suspenso novamente o prazo.

O terceiro Acórdão (fls.212/213) foi publicado no dia 24 de junho de 1983 (sexta-feira) e os embargos declaratórios foram interpostos no mesmo dia.

O quarto Acórdão (fls.235/236) foi divulgado dia 23 de setembro de 1983 (sexta-feira) e os presentes embargos foram protocolizados dia 27, seguinte, no sexto dia do prazo.

2.2. DA TEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS

Julgado o recurso de revista interposto pelo Reclamante, o Reclamado protocolizou embargos declaratórios, sem gastar nenhum dia do prazo para interposição do recurso principal, pois, a decisão foi publicada na sexta-feira,dia 10 de dezembro de 1982, e o apelo foi apresentado ao protocolo do Tribunal no dia 13 de dezembro de 1982, dia útil imediato seguinte.

É sabido que os embargos declaratórios suspendem o prazo para interposição de outros recursos, para ambas as partes. A doutrina é pacífica em assim interpretar a regra do artigo 538 do Código de Processo Civil, conforme se pode extrair da excelente obra do Ministro Coqueijo Costa:

> "Os embargos de declaração suspendem o prazo para a interposição de outros recursos (artigo 538 do Código de Processo Civil). Deve-se entender: para qual-

qualquer das partes, como estatuído nos embargos de primeiro grau (artigo 465, parágrafo único)".
(Direito Judiciário do Trabalho, SP: Forense, ed., p.475)

Esclarece BARBOSA MOREIRA:

"O termo inicial da suspensão do prazo se dá na data da interposição dos embargos e dura até a publicação do acórdão que os decida. Deste, então, começa a refluir, "pelo tempo que reste, o prazo de interposição de outro recurso." (p.429)

A jurisprudência também é firme em acolher a mesma tese, conforme denotam os seguintes arestos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - MODIFICAÇÃO DO DECIDIDO

1. Podem ter efeito modificativo, em certos casos, entre os quais o de a decisão embargada CONTER OMISSÃO CUJO SUPRIMENTO IMPUNHA NECESSARIAMENTE A ALTERAÇÃO DO SEU DISPOSITIVO. Jurisprudência conhecida e reiterada do Supremo Tribunal Federal.

2. Sua interposição suspende o prazo para outro recurso, relativamente a qualquer das partes; cessada a suspensão, recomeça o prazo a correr pelo que dele sobejar.

3. Recurso extraordinário do autor, conhecido e provido; recurso extraordinário adesivo do réu, julgado prejudicado. (RE-88.958-SP, rel.Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE in RTJ nº 86, pág.359).

1914 - "Interposição de embargos de declaração suspende o prazo recursal para ambas as partes, a teor do artigo 465 do Código de Processo Civil. Revista a que se dá provimento." (TST-3ª.T-Processo RR-766/81; Rel.Min. BARATA SILVA;DJ, de 18 de dezembro de 1981).

1919 - "A oposição de embargos declaratórios suspende, nos termos do artigo 538 do Código de Processo Civil, o prazo para qualquer recurso, inclusive embargos de declaração opostos pela outra parte. A interposição de recurso de revista tem como data da suspensão os primeiros embargos, mesmo que o recorrente seja o 2º embargante. Ação rescisória que se julga procedente" (TST, PLENO, Proc.AR-36/81; Rel.Min.FERNANDO FRANCO; DJ,de 16 de dezembro de 1983).

1983).

Destarte, conforme salienta o Embargante, com apoio na jurisprudência que transcreve - nos moldes exigidos pelos verbetes 23 e 38 da Súmula - às fls.241/242, e em violência aos artigos 538 e 536 do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios por ele interpostos às fls.205/207 são tempestivos.

Com efeito, como o prazo para recorrer estava suspenso (sem que tivesse sido gasto um só dia), publicada a segunda decisão no dia 06 de maio de 1986, os embargos declaratórios protocolizados no dia 13 de maio de 1986, estavam rigorosamente dentro do prazo recursal. Assim, o Acórdão de fls.212/213, que declara a intempestividade, diverge dos arestos paradigmas e fere a letra dos artigos 536 e 538 da lei processual comum.

Conheço os embargos.

2.3. DO CABIMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS

A decisão embargada consigna:

> "Não cabem embargos declaratórios de Acórdão em embargos declaratórios anteriores, interpostos pelo outro litigante que não o embargou anteriormente." (fls.213)

O Embargante estima que o artigo 535 do Código de Processo Civil (referido, por engano, como 435) não agasalha o impugnado entendimento, porque a expressão legal não cria exceção, sendo vedado ao intérprete fazê-lo. A doutrina de PONTES DE MIRANDA na qual se apóia, realmente não permite dúvidas:

> "Se a decisão nos embargos de declaração também é obscura, duvidosa, contraditória, ou omissa, podem ser opostos outros embargos de declaração." (In "Comentários ao Código de Processo Civil", tomo VII, pág.428, Forense, 1975, SP).

Por outro lado, o aresto de fls.243/244, da lavra ilustre do Ministro MARCELO PIMENTEL confirma:

"A expressão "de outros recursos" não é limitativa. Não impede que haja oposição de embargos declaratórios a acórdão que julgou recurso de igual índole. E a isso não impede justamente porque se estes forem procrastinatórios a própria norma fixa o atalho à sua manobra.

À decisão que julga embargos declaratórios podem sempre opor-se outros de igual categoria, pela própria parte já embargante, como pela adversa, ou enfim por qualquer das integrantes da relação processual. Daí a suspensão do prazo, pois qualquer delas pode usar de novo recurso, eventualmente necessário.

Socorre-me do magistral PONTES DE MIRANDA ao dizer que "se a decisão nos embargos declaratórios também é obscura, duvidosa, contraditória ou omissa podem ser opostos outros embargos de declaração"(In "Comentário ao Código de Processo Civil", tomo VII, Forense, 1975, pág.428).

Se a lei determina que o oferecimento dos embargos de declaração suspende o prazo para a interposição de outro recurso, há um sentido amplo, e qualquer tipo de recurso é admissível; o prazo que sobejar recomeçará seu curso com a publicação da decisão.

A suspensão do prazo recursal implica na paralisação da contagem, pela interposição do recurso, sem prejuízo do lapso já decorrido.

O procedimento processual de uma das partes não pode prejudicar os direitos da outra. Daí a suspensibilidade, que aproveita, tanto à parte que os opõe, quanto ao seu adversário." (TP-RO-MS-435/80 - Ac. 3088/80).

Com estas exatas razões, conheço o recurso por ambas as alíneas do artigo 894, consolidado.

2.4. DOS EFEITOS MODIFICATIVOS DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS

O Embargante alega que o Acórdão de fls. 236 (também provocados pela interposição de novos embargos declaratórios pelo Reclamante) consigna a impossibilidade de se dar efeito modificativo ao acórdão anterior.

Apóia sua pretensão em divergência jurisprudencial, citada às fls.247/250 e no artigo 535, II do Có-

Código de Processo Civil. Refere-se, ainda, ao artigo 338, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

> "Se os embargos forem recebidos, a nova decisão se limitará a corrigir a inexatidão, ou a sanar a obscuridade, dúvida, omissão ou contradição, salvo se algum outro aspecto da causa tiver de ser apreciado como conseqüência necessária."

Na hipótese dos autos, a conseqüência necessária seria o acolhimento dos embargos, para se modificar a decisão embargada, pois não poderia a Turma apreciar matéria que não fora objeto da resposta e nem das decisões já proferidas nos autos, abrangida pela preclusão, com efeito de coisa julgada.

De fato, tenho sustentado em diversas ocasiões que em virtude das regras que possibilitam o exame - extraordinário - de recurso pela Turma ou pelo Pleno, mesmo em caso de decisão fora do pedido, deve a parte apontar o defeito perante o próprio órgão julgador, para que ele adote tese acerca da matéria.

De qualquer modo, o conflito de julgados está caracterizado, pelo que, também neste ponto, admito os embargos.

2.5. DA PRECLUSÃO E DA COISA JULGADA

A decisão de fls.202/203, a título de omissão, conferiu efeito modificativo ao Acórdão que deu provimento ao recurso de revista, para admitir a média trienal no cálculo da complementação de aposentadoria de ex-empregado do Banco do Brasil.

Todavia, a matéria não consta do contraditório, porque não foi argüida na contestação de fls.17/22, tampouco na impugnação ao recurso ordinário de fls.134/140 e muito menos nas contra-razões ao recurso de revista, de fls. 159/161.

Este é o tema dos primeiros embargos de-

declaratórios opostos pelo Reclamante, justamente contra o Acórdão que, acolhendo os declaratórios da empresa, deu o efeito modificativo à decisão original.

Assim, ao conhecer de matéria preclusa e que não integrou o contraditório, a Turma violou os artigos 128, 473 e 485 do Código de Processo Civil, bem como o artigo 153, § 3º da Carta Magna.

Entendo que não houve violação ao artigo 836, da Consolidação das Leis do Trabalho, porque a questão não foi objeto de decisão anterior.

Conheço os embargos.

2.6. NO MÉRITO

Dou provimento, pois, ao apelo para declarar tempestivos os primeiros embargos declaratórios protocolizados pelo empregado; para, igualmente, declarar a possibilidade de cabimento de embargos declaratórios contra acórdão em embargos declaratórios e, ainda, para admitir a hipótese, no caso concreto, de efeito modificativo em embargos de declaração. Quanto a este aspecto, apóio-me na jurisprudência adiante colacionada:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUPRIMENTO DE OMISSÃO. CONSEQÜENTE MODIFICAÇÃO DO JULGADO. Prazo do recurso. Feriados da Semana Santa. 1- Não tem efeito de suspender o decurso do prazo do recurso extraordinário a superveniência dos feriados da Semana Santa. 2- Reconhecida, em suprimento de omissão do julgado, a intempestividade do recurso extraordinário importa dar a conseqüência necessariamente decorrente, não conhecendo do recurso extraordinário. 3- Embargos declaratórios da Fazenda prejudicados. Embargos dos Recorridos recebidos. Publ.DJ de 23 de abril de 1982.
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - MODIFICAÇÃO DO DECIDIDO - 1. Podem ter efeito modificativo, em certos casos, entre os quais o de a decisão embargada CONTER OMISSÃO CUJO SUPRIMENTO IMPUNHA NECESSARIAMENTE A ALTERAÇÃO DO SEU DISPOSITIVO. Jurispru-

Jurisprudência conhecida e reiterada do Supremo Tribunal Federal. 2. Sua interposição suspende o prazo para outro recurso, relativamente a qualquer das partes; cessada a suspensão, recomeça o prazo a correr pelo que dele sobejar. 3. Recurso extraordinário do autor, conhecido e provido; recurso extraordinário adesivo do réu, julgado prejudicado. (RE-88.958-SP, rel.Min.XAVIER DE ALBUQUERQUE in RTJ nº 86, pág.359).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - MODIFICAÇÃO DO JULGADO - Embargos de declaração acolhidos para, desfeita a contradição e suprimida a omissão indicadas, conhecer-se do recurso extraordinário e se lhe dar provimento, julgando-se improcedente a reclamação trabalhista, por não assistir aos reclamantes o alegado direito adquirido aos qüinqüênios auferidos no regime anterior a que estavam vinculados.
Publ. DJ-22 de junho de 1984 - pág.10138.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - EFEITO MODIFICATIVO - ENGENHEIRO - SALÁRIO-MÍNIMO PROFISSIONAL - Os embargos declaratórios podem ter, excepcionalmente, efeito modificativo no acórdão, se houve omissão influente no resultado do julgamento.
Ao engenheiro admitido antes do advento do Decreto-Lei nº 1820/80, é conferido o direito ao pagamento da diferença entre o salário efetivamente pago e o salário-mínimo profissional previsto na Lei nº. 4.950-A/66, observadas as parcelas prescritas que, em verdade, são indevidas.
Precedentes deste Tribunal.
Embargos recebidos para, suprindo a apontada omissão, dar parcial provimento aos recursos.
Publ.DJ-23 de agosto de 1984 - pág.13344.

972 - Não repudia a lei que embargos declaratórios possam assumir, excepcionalmente eficácia modificativa do julgado, segundo o magistério do Colendo Supremo Tribunal Federal (RE-55.940-DJ de 09 de julho de 1964; RE-59.040-RTJ 40/46; RE-60.146-RTJ 40/771; RE-71.226-DJ de 30 de abril de 1971; RE-69.765-DJ de 20 de novembro de 1972; RE-75.170-DJ de 29 de setembro de 1975; RE-94.076-DJ de 03 de julho de 1981 e RE-88.958-2-DJ de 16 de maio de 1978) (TST, ED-E-RR-1.587/80, ILDÉLIO MARTINS, ac.TP-1.040/81, DJU- 31 de agosto de 1984, p.14.017).

Invoco o artigo 157 do Regimento Interno desta Corte, numa fase seguinte para, no caso deste autos,ao

ao invés de determinar o retorno dos mesmos à Turma, julgar de pronto a controvérsia.

Está preclusa a questão da falta de integração do tema da média trienal à lide, uma vez que ao longo do processo o Banco do Brasil somente se defendeu alegando inexistência de alteração contratual prejudicial ao empregado , mas, sobretudo em razão da natureza extraordinária desta instância que não permite conhecer matéria não prequestionada explicitamente na origem, considero por isso, preclusa a questão do respeito à média trienal no cálculo da complementação de proventos.

Em face do exposto, dou provimento aos embargos para excluir da condenação o respeito à média trienal.

3. C O N C L U S Ã O:

A C O R D A M os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho,por maioria, conhecer dos embargos, vencidos os Excelentíssimos Senhores Ministros Ranor Barbosa e José Ajuricaba e, no mérito, ainda por maioria, acolhê-los para excluir a média trienal no cálculo da complementação de aposentadoria, tornando subsistente a decisão da Turma quanto ao mais, vencido o Exmo. Sr. Ministro Ranor Barbosa.
Requereu juntada de voto convergente o Exmo.Sr.Ministro Vieira de Mello.

Brasília, 06 de dezembro de 1986.

COQUEIJO COSTA - Presidente do Tribunal Superior do Trabalho

MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO - Redator Designado

Ciente: LUIZ DA SILVA FLORES - Subprocurador Geral.

JUSTIFICATIVA DE VOTO CONVERGENTE DO EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO VIEIRA DE MELLO

São os seguintes aspectos discutidos nos embargos:

1- Tempestividade dos embargos declaratórios - 2 - Cabimento de embargos declaratórios em embargos declaratórios - 3 - O efeito modificativo atribuído aos embargos declaratórios e, por último, aponta-se o exame de matéria preclusa em ofensa a coisa julgada.

Quanto ao primeiro tópico - tempestividade dos primeiros embargos declaratórios opostos pelo Reclamante - não obstante se achar justificado o seu conhecimento, em face das divergências, tenho como desnecessário o seu exame, porquanto tal questão ficou superada no momento em que a turma efetivamente julgou os segundos embargos declaratórios manifestados pela parte, fixando a tese de que se houve apreciação de matéria preclusa, deveria ser objeto de alegação de nulidade pela via do recurso próprio cabível na espécie.

Adoto o mesmo entendimento no que diz respeito ao segundo item do cabimento de embargos declaratórios em embargos da mesma natureza.

Relativamente ao efeito modificativo do mencionado recurso, os presentes embargos se viabilizam.

A conseqüência lógica, em relação a esse aspecto, à luz da jurisprudência prevalente, seria o retorno dos autos à Turma de origem para o exame da questão suscitada. Mas, como a preclusão é renovada nestes, afigura-se mais acertado que se julgue desde logo a questão, pois a solução aqui adotada alcançará a finalidade pretendida, pelo que passo a examiná-la, de plano, em nome da celeridade e economia processuais.

Efetivamente, não consta do contraditório qualquer referência à matéria atinente à média a ser considerada para o cálculo da complementação. Tanto que os graus ju

Gráfica - TST

jurisdicionais percorridos não apreciaram a controvérsia sob esta ótica. Logo, inoportuna a manifestação do Reclamado suscitando o tema pela via dos embargos declaratórios, em flagrante tentativa de inovar a defesa.

A decisão que determinou a observância da média trienal no cálculo da complementação de aposentadoria, extrapolou os limites fixados na lide, já que a falta do imprescindível prequestionamento do tema nos graus ordinários, inviabilizou sua apreciação nesta Corte extraordinária.

Conheço por violação dos artigos 128 e 473 do Código de Processo Civil e, no mérito, acolho os embargos para, excluindo a referida matéria, considerar subsistente a decisão da Turma quanto ao mais.

Brasília, 06 de novembro de 1986.

Ministro VIEIRA DE MELLO.

PUBLICADO NO D.J.
Em 13/fevereiro 1987