

## VOTO

### O Senhor Ministro Dias Toffoli:

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade em face do art. 1º da EC nº 45/04, que alterou o art. 144, §§2º e 3º, da CF/88.

Os feitos foram minudentemente relatados pelo Min. Gilmar Mendes e a sessão virtual de julgamento teve início em 22/5/20, findando em 28/5/20, sob a seguinte ata de julgamento:

“Após os votos dos Ministros Gilmar Mendes (Relator), Alexandre de Moraes, Cármem Lúcia, Roberto Barroso e Celso de Mello, que julgavam improcedente a ação direta de inconstitucionalidade; e dos votos dos Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, que julgavam parcialmente procedente o pedido formulado, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “de comum acordo”, constante do § 2º do artigo 114 da CRFB; o julgamento foi suspenso para aguardar o voto do Ministro Dias Toffoli (Presidente), que não participou deste julgamento por motivo de licença médica. Afirmou suspeição o Ministro Luiz Fux. Plenário, Sessão Virtual de 22.5.2020 a 28.5.2020.”

Cumpri-me votar nesta nova assentada.

Dos votos proferidos, observo inexistir divergência quanto à constitucionalidade do §3º do art. 114, na redação conferida pelo art. 1º da EC 45/04, entendimento ao qual adiro sem ressalvas pelos fundamentos constantes das manifestações já proferidas.

No ponto objeto da divergência, qual seja, o §2º do art. 114, na redação atribuída pelo art. 1º da EC nº 45/04, acompanho o Min. Relator e os que lhe acompanharam pela constitucionalidade do dispositivo combatido.

A meu sentir, a norma em tela não configura óbice inconstitucional ao acesso à Justiça, mas tão somente instrumento de fomento às negociações coletivas e a meios alternativos de solução de controvérsias.

Com efeito, permanece possível o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica, o qual, todavia, fica condicionado: (i) à recusa das partes à negociação coletiva ou à arbitragem; e (ii) ao comum acordo quanto

ao ajuizamento do dissídio, que poderá, então, ser decidido pela Justiça do Trabalho.

Trata-se, como destacou o Relator, de “norma de procedimento, condição da ação, e não em barreira a afastar a atuação da jurisdição”.

Esta Corte já se pronunciou no sentido de que “a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição”. Foi a ementa do julgado:

“Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada

no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extinguir-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (RE 631240/MG, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, Tribunal Pleno, DJe de 10/11/14)

Sob tal premissa, alinho-me à compreensão do Relator no sentido de que a norma combatida enseja a composição na resolução de conflitos coletivos, priorizando a normatização autônoma face à imposição do poder estatal.

Pelo exposto, voto pela improcedência da ação.