

REFORMA DA PREVIDÊNCIA E DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO

Pension Reform and Deconstitutionalization

Lucas Soares de Oliveira¹

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. A teoria da desconstitucionalização; 3. Previdência Social e reserva de constituição; 4. A desconstitucionalização levada a efeito pela EC 103/2019; 5. Desconstitucionalização e proibição do retrocesso; 6. Desconstitucionalização e autonomia federativa; 7. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO O presente artigo objetiva examinar as desconstitucionalizações promovidas pela Reforma da Previdência (EC 103/2019), em especial quanto à reserva de constituição, à proibição de retrocesso e à autonomia federativa em matéria previdenciária.

Palavras-chave: Reforma da Previdência. Desconstitucionalização. Proibição do Retrocesso. Autonomia Federativa.

ABSTRACT This article intends to examine the deconstitutionalizations promoted by the Pension Reform (Amendment to the Constitution number 103/2019), especially about the constitution reserve, the cliquet effect and the federative autonomy in social security matters.

Keywords: Pension Reform. Deconstitutionalization. Cliquet effect. Federative Autonomy.

*“Constituições são geralmente documentos generosos;
na gravidade dos fatos elas pouco se movem do local histórico.”*

(Friedrich Müller)

¹ Procurador do estado de São Paulo. Mestrando em Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

1. INTRODUÇÃO

A ideia de Reforma da Previdência, por natureza, constitui um assunto polêmico. Como qualquer proposta de intervenção em direitos sociais constitucionalmente garantidos, a Reforma desperta paixões, temores e repulsas. Não bastassem tais emoções, o texto EC 103/2019 não auxilia, em termos técnico-jurídicos, a redução das polêmicas; senão as aflora.

Um dos pontos de maior tensão na Reforma da Previdência encontra-se na delegação às normas infraconstitucionais de importante parcela do regramento outrora afetado à Constituição da República.

A EC 103/2019, nessa quadra, desloca para a classe normativa de emenda à Constituição estadual ou à Lei Orgânica distrital ou municipal a competência para estabelecer a *idade mínima* para as aposentadorias voluntárias dos servidores públicos ligados ao regime próprio dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (novo inciso III do § 1º do art. 40 da CRFB). A mesma emenda transfere à lei complementar de cada ente federativo o regramento do *tempo de contribuição* e dos *demais requisitos* para a aposentadoria voluntária no regime próprio (novo inciso III do § 1º do art. 40 da CRFB). Na mesma trilha, delega à lei ordinária de cada ente federativo as temáticas ligadas ao *cálculo de proventos de aposentadoria* de seus servidores e à *pensão por morte* legada a seus dependentes (novo § 3º do art. 40 da CRFB).

Com isso, tem-se afirmado que a Reforma da Previdência promoveu uma espécie de desconstitucionalização dos mencionados temas. A assertiva é pertinente, mas, para bem entendê-la, é preciso, antes, delimitar o conceito de desconstitucionalização, bem como as implicações dessa sistemática sobre importantes preceitos constitucionais.

Para tanto, este artigo se debruçará sobre aspectos relativos à teoria da desconstitucionalização, à reserva de constituição em matéria previdenciária, ao modelo de descongelamento normativo adotado pela EC 103/2019, à proibição do retrocesso e à autonomia federativa.

Se bem-sucedido, o texto servirá como mecanismo para a boa compreensão do fenômeno da degradação das espécies normativas promovido pela Reforma da Previdência, municiando o leitor de expedientes descritivos e críticos para a assimilação da temática.

2. A TEORIA DA DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO

A teoria da desconstitucionalização, classicamente, tem sido utilizada para explicar a relação da Constituição com a ordem constitucional pretérita, de modo a sinalizar a incorporação das normas constitucionais anteriores, cujo teor não seja conflitante com o da nova Constituição, mas, agora, em patamar hierárquico inferior.² Adverte-se que a desconstitucionalização, nesses termos, deve ser expressa, pois, do contrário, a nova Constituição tem o poder de revogar, globalmente, a anterior.³

Mais modernamente, porém, tem-se utilizado o vocábulo desconstitucionalização também para se referir ao fenômeno jurídico-político de degradação (ou descongelamento) de uma classe normativa, originalmente disposta na Constituição, mas cujo regramento é transferido ao domínio infraconstitucional.⁴ Por essa perspectiva, há desconstitucionalização quando um tema constitucional, por meio de emenda à Constituição, passa a ser normatizado por lei.

Por fim, há quem faça referência à desconstitucionalização como o processo de crise constitucional que transforma a própria noção de justiça do ordenamento, mercê de um esvaziamento do papel garantidor dos direitos e da própria Constituição.⁵

Naturalmente, pensando na atual Reforma da Previdência, apenas os dois últimos panoramas se apresentam como possíveis significados à desconstitucionalização. No entanto, fixar o âmbito do conceito desse instituto apenas inicia o problema.

2 Nesse sentido: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, pp. 553-555; SARLET, Ingo Wolfgang. A norma constitucional no “tempo”. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, p. 198-200; BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de Direito Constitucional**, p. 105; MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, p. 437; AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**, p. 129-130.

3 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, p. 554.

4 Nesse sentido, refletindo sobre o art. 192 da CRFB/1988: BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de Direito Constitucional**, p. 449; e AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**, p. 829; no mesmo sentido, mas em relação à EC 20/1998: TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p. 750.

5 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 27, 389 e 620.

3. PREVIDÊNCIA SOCIAL E RESERVA DE CONSTITUIÇÃO

A revelar a complexidade do tema em estudo, pince-se, à guisa de ilustração, duas provocações: a matéria previdenciária deve se alocar na Constituição? A delimitação amiúde da previdência social é um assunto essencialmente constitucional? Esses questionamentos são relevantes, pois, como ensina J. J. Gomes Canotilho,⁶ existem matérias sob a reserva de Constituição, cujo tratamento apenas poderia se dar por esse veículo soberano, impedindo-se, com isso, a desconstitucionalização.

Com efeito, a Constituição de um país, segundo alerta a melhor doutrina, deveria se ocupar dos assuntos inerentes à essência constitucional.⁷ Essa, com perdão pelo truísmo, mostra-se nos aspectos sem os quais um documento não se aquilata por Constituição. Embora complexa a tarefa de identificar a essência constitucional, tem-se entendido que não há Constituição sem a previsão (1) de normas fundamentais de estruturação, organização e exercício do poder; (2) de normas garantidoras de direitos fundamentais; e (3) de normas sobre a autopreservação do texto constitucional.⁸

Embora sejam esses os traços básicos e fundantes a uma Constituição, é bem verdade que os textos constitucionais nem sempre se limitam a tais matrizes. Em Constituições prolixas, como a de 1988, os textos vão bem além do básico ou do fundante. Com isso, quer-se dizer que nem toda norma disposta na Constituição é, materialmente, constitucional. Aliás, como lembra Luís Roberto Barroso,⁹ há densa previsão de direito infraconstitucional na Constituição, o que, logicamente, traz riscos à efetividade e à legitimidade constitucional.

Analisando o texto da EC 103/2019 e da “PEC paralela” (PEC 133/2019), percebe-se que, em termos gerais, os assuntos “desconstitucionalizados” não se encontram sob reserva de Constituição. A rigor, pode-se advogar, com propriedade, que a regulamentação da previdência social, tal como feita na Constituição da República, origina-se mais

6 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1140.

7 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1140.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *Classificação das Constituições*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 77.

9 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, p. 387, 449-451.

de uma preocupação política com a garantia de direitos ao povo do que propriamente de uma escolha constitucionalmente estruturante.¹⁰

O constituinte quis, sim, dificultar a supressão dos direitos previdenciários da população, impondo-se, por meio da Constituição, um rito legislativo mais rigoroso, próprio da rigidez constitucional, para que se procedesse à reforma em tal temática. Todavia, dentro do jogo político essa intenção sofreu alguns reveses e, hoje, ela parece encontrar-se de tal modo desvirtuada que a sua utilização, muitas vezes, tem se dado para eliminar ou dificultar a preservação desses direitos à população.

4. A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO LEVADA A EFEITO PELA EC 103/2019

Conquanto a desconstitucionalização da temática em questão seja em tese possível, o modo como ela foi feita é, no mínimo, estranho. Isso porque a Reforma delega pequenos espaços normativos à legislação infraconstitucional, porém, atrai ao corpo da Constituição outros assuntos nitidamente carecedores da relevância constitucional.

Um exemplo paradigmático pode ser encontrado na norma que passa a impor a avaliação médica periódica dos aposentados por incapacidade permanente (novo inciso I do § 1º do art. 40 da CRFB), o que, às escâncaras, não assume relevo constitucional para fazer parte da Constituição. Se bem-analisada, a inclusão do assunto no texto constitucional demonstra como a rigidez constitucional pode ser manipulada no jogo político em detrimento da população. Se a inclusão do tema previdenciário, antes, objetivou preservar direitos sociais aos cidadãos pela rigidez constitucional; hoje, a manipulação da coalizão no jogo político não só desconstitucionaliza direitos sociais antes alçados à condição constitucional, como também ergue à Constituição fatores burocráticos e restritivos aos direitos sociais, cuja disciplina sequer pertencia propriamente à lei, senão ao regulamento.

10 Sobre esse histórico de constitucionalização da seguridade social: ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à Previdência Social*, p. 45-82; CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*, p. 23-44; ALVIM, Ruy Carlos Machado. Uma história crítica da legislação previdenciária brasileira. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 18, p. 9, mar. 1979; TÁCITO, Caio. *Constituições brasileiras: 1988*, p. 26-28.

Ademais, malgrado se possa afiançar que a matéria ligada aos aspectos satelitários à previdência social (*v.g.*, idade mínima, tempo de contribuição, cálculo de benefícios etc.) é passível de desconstitucionalização, pois não alberga temas essencialmente constitucionais, o mesmo não se pode dizer quanto ao *direito fundamental à previdência social* (art. 6º da CRFB/1988).

Tal fato instiga uma indagação: incorporados os aspectos satelitários ao direito à previdência social na Constituição, é possível advogar a violação da proibição do retrocesso na hipótese de uma desconstitucionalização que desguarneça, gravemente, os cidadãos em seus direitos?

5. DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO E PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

A defesa da existência de uma proibição do retrocesso relaciona-se à noção de segurança jurídica.¹¹ Isso porque a segurança jurídica projeta sua proteção não só às ingerências retroativas aos direitos, mas também contra as medidas retrocessivas¹², tais como são as reformas que suprimem ou retiram conteúdo da Constituição, sobretudo em matéria de direitos sociais. A proibição do retrocesso pode ser sintetizada assim:

(...) o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas (...) que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na

11 Mais amplamente, baseando a vedação ao retrocesso no *princípio do Estado Democrático e Social de Direito*, no *princípio da dignidade da pessoa humana*, na *máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais*, no *princípio da proteção da confiança*, na *vinculação dos órgãos estatais às suas ações anteriores*, na *vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais e à vontade da Constituição* e no *dever de progressiva realização dos direitos fundamentais*, cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; e GALDINO, Flávio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. pp. 1052-1054.

12 Segundo explica Ingo Wolfgang Sarlet, as medidas retrocessivas são aquelas que “não chegam a ter caráter propriamente retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas consolidadas no patrimônio de seu titular, ou que, de modo geral, não atingem situações anteriores. Assim, por paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos” (SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; e GALDINO, Flávio [org.]. *Dicionário de princípios jurídicos*. p. 1045).

prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.¹³

A preocupação com a garantia da proibição do retrocesso em matéria previdenciária é bem manifestada por Ingo Wolfgang Sarlet, que diz:

Que também entre nós a crescente insegurança no âmbito da segurança social (aqui tomada em sentido amplo) decorre de uma demanda cada vez maior por prestações sociais (ainda mais em se cuidando de sociedades marcadas pelo incremento da exclusão social) e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade, revela, por sua vez, o quanto assume relevo a discussão em torno dos níveis possíveis de preservação (e, portanto, de proteção) das precárias conquistas sociais já alcançadas. Assim, também nós podemos (e devemos) nos perguntar o quão segura é (e pode ser), afinal de contas, a segurança social. Que tal questionamento, como já anunciado, diz de perto com a problemática da segurança jurídica e com a garantia (e garantia é segurança) de uma existência digna para todos, igualmente dispensa aqui maiores comentários. Ainda que o entendimento dominante pareça ser mesmo o de que uma supressão pura e simples dos sistemas de seguridade social, sem qualquer tipo de compensação, não é, em princípio, admissível, não tendo sequer sido seriamente defendida (pelo menos não abertamente e salvo exceções), a problemática relativa à proteção constitucional das conquistas na esfera da justiça social permanece no centro das atenções. Em outras palavras, cuida-se de investigar se, como e em que medida os direitos fundamentais sociais e, de modo geral, os sistemas de proteção social no âmbito da concretização dos direitos sociais e do princípio fundamental de justiça social, podem ser assegurados contra uma supressão e/ou restrições.¹⁴

Elucidando o pano de fundo de aplicação do *non cliquet*, o eminente professor prossegue advertindo:

Nesse contexto, impõe-se uma referência ao fato de que uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito da proibição do retrocesso social não se faz necessária tão somente quando se cuida

13 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. pp. 339-340.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; e GALDINO, Flávio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. p. 1047.

de revogação, mas também quando estamos diante de uma afronta legislativa ao conteúdo do direito fundamental social concretizado pelo legislador.¹⁵

Com essa percepção, na doutrina brasileira, grande parcela de juristas têm defendido que o princípio da proibição do retrocesso social emana do texto constitucional, instituindo uma cláusula de bloqueio às normas que se arvorem a revogar ou a afrontar os direitos conquistados e incorporados ao patrimônio jurídico dos cidadãos.¹⁶ Sendo assim, ganharia força o argumento da ilegitimidade da Reforma da Previdência em face da eficácia proibitiva do retrocesso social, cuja normatividade irradiaria do próprio direito fundamental à previdência e dos graus de concretização de seus termos na sociedade brasileira.

O ponto, porém, é polêmico.¹⁷ Até porque, como lembra André Ramos Tavares, na EC 20/1998, houve a desconstitucionalização da fórmula de cálculo do salário de contribuição e dos valores dos benefícios previdenciários, sendo tal fato marginal à crítica doutrinária (de antes e de hoje) pelo argumento da lesão à proibição do retrocesso.¹⁸

15 SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; e GALDINO, Flávio (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. pp. 1048-1049.

16 Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; e GALDINO, Flávio (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional e efetividade de suas normas**. p. 158; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. pp. 38-39; SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. pp. 165-178. Também nesse sentido, mas de forma bastante reflexiva e cautelosa: BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. pp. 85-93; e MENDONÇA, José Vicente dos Santos. **Vedação do Retrocesso: melhor quando tínhamos medo? Uma proposta para um uso controlado do argumento**. **Academia.edu**. Disponível em: <<https://bityli.com/sqi0e>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

17 Veja-se, por exemplo, a distinção de Jorge Miranda, escudado no Tribunal Constitucional português: “1^a) onde a Constituição contenha uma *ordem de legislar*, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível determinar com segurança as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, a margem de liberdade do legislador para *retroceder* no grau de proteção atingida é necessariamente mínima, já que só o poderia fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não viesse a *consequenciar* uma *inconstitucionalidade por omissão*; 2^a) noutras circunstâncias, porém, a *proibição de retrocesso social* apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o *princípio da alternância democrática* inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando essas assumam o caráter de opções legislativas fundamentais” (**Teoria do Estado e da Constituição**. p. 414).

18 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. p. 750. Entretanto, há um ponto

Por outro lado, não há como esquecer do julgamento da ADI 3.105,¹⁹ no qual o min. Celso de Mello, ao votar pela inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos inativos imposta pela EC 41/2003, afirmou que “a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos”, ressalvado o caso de implementação de políticas compensatórias.²⁰ Sem embargo do voto do min. Celso de Mello, como se sabe, a ADI 3.105 foi julgada improcedente e, com fundamento no princípio da solidariedade, as contribuições sobre os proventos e pensões foram declaradas constitucionais, rechaçando-se a tese da vedação ao retrocesso.

Para nós, a proibição do retrocesso não pode ser tida como uma panaceia. É crucial ter em mente que a admissão de argumentos dessa estirpe, sem os devidos temperamentos, pode implicar *congelamento* na gestão das políticas públicas, em menoscabo ao princípio majoritário e à autonomia do legislador. Por mais lúdico e belo que, na teoria, possa se apresentar o princípio da proibição do retrocesso; na prática, cobram-se algumas atenuações e explicações quanto ao seu conteúdo e sua aplicação. A consideração *tout court* de óbice intransponível à revogação ou alteração de patamares sociais concretizados outrora pode acarretar uma limitação excessiva aos grupos que chegarem ao poder político no porvir. Limitação essa que pode se desgastar ainda mais ante a mutabilidade congênita da sociedade contemporânea, que muda suas escolhas fundamentais rapidamente, indo do liberal ao social, do

em que o efeito *cliquet* deve ser mais atenciosamente analisado: o direito fundamental à transição razoável. Esse assunto, no entanto, demanda análise autônoma e circunstanciada, razão por que preferimos não ocupar o presente artigo com tal temática, reservando-a para uma pesquisa futura.

19 STF, Pleno, ADI 3.105, rel. min. Cezar Peluso, *DJ* de 18/8/2004.

20 Fazendo justiça à tese da proibição do retrocesso, ela serviu de palco para discussões em outras ações e recursos no âmbito do STF, a ilustrar: STF, 2ª Turma, ARE 745.745-AgR/MG, rel. min. Celso de Mello, *DJe* 12/11/2014); STF, 2ª Turma, ARE 639.337-AgR, rel. min. Celso de Mello, *DJE* de 15/9/2011); STF, Pleno, RE 398.041, rel. min. Joaquim Barbosa, *DJE* de 19/12/2008.

social ao liberal, de forma muito acelerada e volátil. Sem se mencionar, diga-se, o fato de que vivemos na *sociedade do risco*: desastres, crises, rupturas etc., são uma realidade inafastável hodiernamente e, muitas vezes, lidar com tais panoramas exige a alteração de conquistas sociais do passado, a fim de garantir a própria *possibilidade* de um futuro. A restrição de um direito pode, sim, ter por objetivo a promoção de outros direitos, em outros cenários, sendo tal fato muitas vezes desmerecido pelos defensores da normatividade da proibição do retrocesso.²¹

21 Uma última observação merece ser feita neste rodapé. Qualquer estudioso que porventura venha a se debruçar sobre a vedação ao retrocesso encontrará menção doutrinária a um jurista em específico: o festejado constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho. Isso porque J. J. Gomes Canotilho foi um dos pioneiros na defesa da vedação ao retrocesso (cf.: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 339-340), levando muitos estudiosos a — ainda hoje — atrelarem a defesa do *non cliquet* à autoridade de J. J. Gomes Canotilho. Acontece que J. J. Gomes Canotilho mudou de posição em relação à eficácia normativa do princípio da proibição do retrocesso. Como explica Marcelo Casseb Continentino: “em estudos mais recentes, J. J. Gomes Canotilho [Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 11] foi suficientemente claro em sua manifestação contrária a uma concepção rígida e inflexível do princípio da vedação do retrocesso, rompendo com a tese outrora defendida: ‘O rígido princípio da ‘não reversibilidade’ ou, formulação marcadamente ideológica, o ‘princípio da proibição da evolução reaccionária’ pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizamos noutros trabalhos. ‘A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’, o desafia da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.’ Vale ressaltar que J. J. Gomes Canotilho não está sozinho em sua posição. Entre outros, podemos lembrar José Reis Novais [Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 244-245], quem afirma que o princípio da proibição do retrocesso social ‘não tem, pura e simplesmente, nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade’, porque pressupõe uma ‘concepção determinista da história’ e um ‘optimismo inabalável’. O Tribunal Constitucional de Portugal, por sua vez, ao desenvolver a denominada ‘jurisprudência da crise’ [Sobre o tema, ver: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida & COUTINHO, Luís Pereira. *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014; PINHEIRO, Alexandre Sousa. *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/961/641>>], evoluiu substancialmente em seus posicionamentos, de modo que vem com certa cautela tolerando restrições a benefícios sociais anteriormente conquistados em face da crise econômica e financeira. Nesse contexto de emergência financeira, conforme se pode observar nos Acórdãos 399/2010, 396/2011 e 353/2012, o Tribunal Constitucional admitiu a redução salarial progressiva de 3,5% até 10% dos servidores públicos, a suspensão do adicional de férias e do décimo terceiro e a própria redução dos vencimentos dos servidores em até 25%” (CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal. *Conjur*. Disponível em: <<https://bitly.com/Evj13>>. Acesso em: 13 jul. 2020).

6. DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO E AUTONOMIA FEDERATIVA

Outra observação digna de nota se refere aos efeitos da desconstitucionalização na autonomia federativa.²² A começar, ao estabelecer a necessidade de emenda à Constituição Estadual para indexar a idade mínima de aposentação dos servidores públicos do respectivo ente federativo, a EC 103/2019 parece criar um *poder constituinte decorrente*²³ de reforma provocado. Na espécie, resta investigar: ao assim proceder, a EC 103/2019 cria um princípio constitucional sensível, estabelecido ou extensível? Se sim, a criação de uma norma de reprodução obrigatória pelo poder constituinte reformador é constitucional? Se não, pode-se defender uma violação ao pacto federativo, hábil, inclusive, a contaminar a emenda do vício de inconstitucionalidade?

Compreendemos que a EC 103/2019 não pode ser interpretada no sentido da *obligatoriedade* de criação pelos estados, Distrito Federal e municípios de normas constitucionais (ou orgânicas) para o esta-

22 No ponto, é curioso observar como o Brasil se distancia de outras nações na modelagem de seu vigente sistema de previdência social. Tem-se notícia, por exemplo, que, nos Estados Unidos da América, o governo nacional, ainda sob o influxo da grande depressão de 1930, criou o sistema nacional de proteção das pessoas idosas e dos desempregados e incentivou os Estados-membros a implantar esse sistema, limitando-se o ente federado central a fiscalizar a sua administração. Os Estados-membros teriam ampla liberdade de ação administrativa e legislativa. Apenas o Estado de Wisconsin promulgou uma lei de proteção ao desemprego, nesse período. Mais tarde, em 1935, surge a *Social Security Act.*, cujo teor estabeleceu o sistema nacional de seguro social americano das aposentadorias e pensões (*old age and survivors*). Mesmo com a *Social Security Act.*, a autonomia administrativa e legislativa dos Estados-membros norte-americanos continuou grande. Aliás, trata-se de algo natural à própria formação federativa por agregação estadunidense, que acaba reservando, quanto aos poderes federativos, uma distribuição centrífuga. É o que ensina com grande profundidade e autoridade: ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. *Fundamentos Constitucionais da Previdência Social*. p. 70.

23 O poder constituinte decorrente, enquanto espécie de poder constituinte instituído, entrega aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência “para exercer uma tarefa de caráter nitidamente constituinte, qual seja a de estabelecer a organização fundamental de entidades componentes do Estado Federal. Tem o Poder Constituinte Decorrente um caráter de complementariedade em relação à Constituição; destina-se a perfazer a obra do Poder Constituinte Originário nos Estados Federais, para estabelecer a Constituição dos seus Estados componentes” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. p. 19). Todavia, não se pode descuidar o fato de que, mesmo no âmbito do poder constituinte decorrente, “Elemento caracterizador do Estado-membro de um Estado Federal é a sua autonomia. É, verdadeiramente, a autonomia o traço distintivo dos Estados-Federados” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. p. 53). Dessa maneira, é preciso curar para o fato de que o poder constituinte decorrente deve derivar da Constituição, não podendo superá-la em suas cláusulas mestras — entre as quais se encontra a autonomia federativa — nem privar os estados de sua auto-organização.

belecimento da idade mínima para a aposentadoria de seus servidores. Trata-se de uma *faculdade*, a nosso ver. Lembramos que, em nome da presunção de constitucionalidade das normas e do princípio da interpretação conforme a Constituição, a EC 103/2019 deve ser analisada, nos pontos em que não há inconstitucionalidade manifesta, à luz da primazia de sua preservação, bem como da necessidade de adoção de interpretações plausíveis e compatíveis com o texto constitucional.²⁴ Por isso, pensamos que, para tutelar a autonomia federativa e garantir a eficácia da EC 103/2019, enquanto não alteradas as constituições ou leis orgânicas dos entes federados, a disciplina da idade mínima para as aposentadorias de seus servidores se dará com base em seu antigo texto. Essa conclusão é reforçada, mesmo adotada, expressamente no § 9º do art. 4º da EC 103/2019.²⁵ Destarte, a escolha pela adesão a um projeto de Reforma caberia ao ente subnacional.

Por derradeiro, há uma inescapável observação a ser feita em relação aos efeitos da desconstitucionalização levada a cabo pela EC 103/2019 sobre o pacto federativo: a forma de Estado brasileira, com grandíssimo número de entes federados – com 26 (vinte e seis) estados, 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) municípios e o Distrito Federal –, pode propiciar uma hipertrofia legislativa contraditória e atécnica, o que tende a agravar a assimetria de informação jurídica sobre os temas previdenciários e ocasionar injustiças fáticas.

7. CONCLUSÃO

O presente artigo, de estilo ensaístico, buscou abordar o fenômeno da desconstitucionalização no âmbito da EC 103/2019. Por meio de técnicas descritivas, o texto buscou expor a tônica da nova realidade constitucional trazida pela EC 103/2019, focando nos pontos em que a Reforma optou por entregar à legislação infraconstitucional a regulação dos temas previdenciários que antes faziam parte da Constituição

24 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 174 e s.

25 § 9º - Aplicam-se às aposentadorias dos servidores dos estados, do Distrito Federal e dos municípios as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.

da República. É cedo para estabelecer conclusões definitivas sobre os temas ora ventilados. O principal objetivo do texto é propiciar a reflexão crítica sobre a desconstitucionalização e seus reflexos sobre as noções de reserva de Constituição, de proibição do retrocesso e do pacto federativo. Assim sendo, a meta do artigo é cumprida pela boa equalização expositiva e crítica de tais temáticas, fornecendo ao leitor as ferramentas para formar a sua própria convicção sobre as alterações levadas a cabo pela Reforma da Previdência. É o que se espera!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. **Fundamentos Constitucionais da Previdência Social**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALVIM, Ruy Carlos Machado. **Uma história crítica da legislação previdenciária brasileira**. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 18, p. 9, mar. 1979.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso Direito Constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Direito constitucional e efetividade de suas normas. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal**. *Conjur*. Disponível em: <<https://bityli.com/Evj13>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder constituinte do estado-membro**. São Paulo: RT, 1979.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. **Vedação do Retrocesso: melhor quando tínhamos medo? Uma proposta para um uso controlado do argumento**. Academia.edu. Disponível em: <<https://bityli.com/sqi0e>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A norma constitucional no “tempo”**. *In*: Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Classificação das Constituições. *In*: Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Proibição de retrocesso. *In*: Torres, Ricardo Lobo; Kataoka, Eduardo Takemi; e Galdino, Flávio (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiro, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TÁCITO, Caio. **Constituições brasileiras: 1988**. Brasília: Senado Federal, 2018, v. VII. pp. 26-28.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019