

## O Princípio da Proibição do Retrocesso Social como instrumento de efetivação do direito à saúde no Brasil: ratificando o Sistema Único de Saúde constitucional

The Principle of the Prohibition of Social Regression as an instrument for the realization of the right to health in Brazil: ratifying the constitutional Unified Health System

El Principio de la Prohibición de la Regresión Social como instrumento para la realización del derecho a la salud en Brasil: ratificación del Sistema Único de Salud constitucional

Jarbas Ricardo Almeida Cunha<sup>1</sup>

Defensoria Pública da União, Porto Alegre, RS, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-5332-2642>

 [jarbas.ricardo@yahoo.com.br](mailto:jarbas.ricardo@yahoo.com.br)

Submissão em: 29/06/23

Revisão em: 25/08/23

Aprovação em: 28/08/23

### Resumo

**Objetivo:** sistematizar a relação entre o Princípio da Proibição do Retrocesso Social e o direito à saúde no Brasil, com o escopo de ratificar o Sistema Único de Saúde de acordo com a Constituição Federal.

**Metodologia:** estudo exploratório com revisão de literatura e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, analisando as primeiras abordagens sobre o Princípio e sua relação direta com o direito à saúde no contexto jurídico nacional. **Resultado:** o Princípio da Proibição do Retrocesso Social é instrumento imprescindível para a efetivação do direito à saúde, bloqueando as atuais propostas legislativas e institucionais que buscam retroceder esse importante direito constitucional. **Conclusão:** analisando as primeiras doutrinas e jurisprudências que abarcavam o Princípio da Proibição do Retrocesso Social em nosso país, constata-se, hermeneuticamente, sua validade na interpretação sobre o direito constitucional à saúde.

### Palavras-chave

Direito à Saúde. Constituição Federal. Sistema Único de Saúde.

### Abstract

**Objective:** to systematize the relationship between the Principle of the Prohibition of Social Regression and the right to health in Brazil, with the aim of ratifying the Unified Health System according to the Federal Constitution. **Methods:** exploratory study in literature review and jurisprudence of the Federal Supreme Court, analyzing the first approaches on the Principle and its direct relationship with the right to health in the national legal context. **Result:** the Principle of the Prohibition of Social Regression is an essential instrument for the realization of the right to health, blocking current legislative and institutional proposals that seek to regress this important constitutional right. **Conclusion:** by analyzing the first doctrines and jurisprudences that covered the Principle of the Prohibition of Social Regression in our country, we can, hermeneutically, verify its validity in the interpretation of the constitutional right to health.

### Keywords

Right to Health. Federal Constitution. Unified Health System.

### Resumen

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Políticas Públicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; Analista Técnico de Políticas Sociais.

**Objetivo:** sistematizar la relación entre el Principio de la Prohibición de la Regresión Social y el derecho a la salud en Brasil, con el objetivo de ratificar el Sistema Único de Salud de acuerdo con la Constitución Federal. **Metodología:** estudio exploratorio en revisión de literatura, y jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, analizando los primeros planteamientos sobre el Principio y su relación directa con el derecho a la salud en el contexto jurídico nacional. **Resultado:** el Principio de Prohibición de la Regresión Social es un instrumento esencial para la realización del derecho a la salud, bloqueando las actuales propuestas legislativas e institucionales que buscan retroceder ese importante derecho constitucional. **Conclusión:** analizando las primeras doctrinas y jurisprudencias que han abarcado el Principio de la Prohibición de la Regresión Social en nuestro país, podemos verificar, hermenéuticamente, su validez en la interpretación del derecho constitucional a la salud.

#### **Palabras clave**

Derecho a la Salud. Constitución Federal. Sistema Único de Salud.

### **Introdução**

O Princípio da Proibição do Retrocesso Social será apresentado como uma proposta jurídico-política com o escopo de consolidação do direito constitucional à saúde em nosso país. Gestado por documentos e tratados internacionais, veremos sua recepção exclusivamente em nossa doutrina pátria, anotando suas principais influências e impactos. Também descreveremos as repercussões sobre esse Princípio mediante a análise das decisões da nossa mais alta corte – o Supremo Tribunal Federal (STF) e, conseqüentemente, cotejaremos com propostas que retrocedem o direito à saúde. Por fim, apresentaremos os fundamentos que nos permitem fixar o Princípio da Proibição do Retrocesso Social como instrumento a ser utilizado para a aplicação do direito à saúde, com base em nosso Sistema Único de Saúde (SUS) constitucional.

Preliminarmente, tomando o Princípio da Proibição do Retrocesso Social em referência aos tratados internacionais, temos que sua sistematização inicial se deu a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 1948 (1) que explicita, em seu art. 30, a proteção de direitos e liberdades em quaisquer Estados ou grupo de indivíduos, sem permissão ao retrocesso.

Posteriormente, na redação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966 (2), em seu art. 2.1, também há menção implícita ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social quando propugna a plena efetividade dos respectivos direitos de modo progressivo e linear, visando ao melhor desenvolvimento para os povos.

Dessa forma, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social caracteriza-se pela manutenção do núcleo essencial dos direitos sociais constitucionalizados, consubstanciando-se em uma agressão à Constituição quaisquer medidas anulatórias ou revogatórias desse núcleo essencial, sem o devido substitutivo que possa garantir a efetivação desses direitos (3).

O Princípio da Proibição do Retrocesso Social, portanto, está inserido na possibilidade de reconhecimento do grau de vinculação do agente de Estado, seja este de quaisquer dos poderes – Legislativo, Executivo ou Judiciário –, aos ditames constitucionais relativos aos direitos sociais. Uma vez alcançado determinado grau de concretização de uma norma constitucional definidora de direito social – aquela que descreve uma conduta, omissiva ou comissiva, a ser seguida pelo Estado ou por particulares –, está proibida a supressão ou a redução dessa concretização sem a criação de mecanismo equivalente ou substituto (4).

A doutrina e a jurisprudência, partindo de um ponto de vista lógico-dialético, demonstram a ambivalência da bivetorialidade (5) que caracteriza o agir do Estado em relação aos direitos sociais. Isto é, na medida em que há uma obrigação de concretizar um direito, assim como a criação de normas

infraconstitucionais, há, ao mesmo tempo, um dever anexo de não tomar medidas retrocessivas, que vão de encontro às conquistas ratificadas em termos de legislação, com o escopo de usurpá-las ou de relativizá-las ao alvedrio do momento, sob pena de deixar-se de cumprir, por via reflexa, o dever concretizador dos direitos sociais.

Com base nessas conceituações relativas ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social, é que vamos abordá-lo em nossa conjuntura brasileira, destacando sua influência na doutrina e na jurisprudência, e, em especial, sua relação frente ao direito à saúde. Veremos que o Princípio ora estudado serve como contenção às propostas que objetivam restringir e retroceder o SUS constitucional.

## Metodologia

Tratou-se de um estudo exploratório em revisão de literatura (6) sobre as relações entre a doutrina brasileira e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tentando abarcar a junção entre o Princípio da Proibição do Retrocesso Social e o direito à saúde no Brasil. Enveredou-se pelo acesso e pelo tratamento de fontes primárias e secundárias de dados, representadas pelas jurisprudências originais e inovadoras, além de doutrinas sistematizadoras que continham uma formulação e uma conceituação inéditas no contexto brasileiro sobre o Princípio da Proibição do Retrocesso Social e sua relação direta com a saúde. Foram analisadas as primeiras obras e jurisprudências no contexto nacional sobre essa relação e destacamos, também – mas a posteriori – o desenvolvimento dessas contribuições.

Foram realizados dois tipos de pesquisa metodológica. O primeiro, bibliográfico-doutrinário (6), em que buscamos os primeiros livros publicados no Brasil conceituando o Princípio da Proibição do Retrocesso Social. O segundo, pesquisa jurisprudencial (6) no portal do Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup> (STF), em que, igualmente, procuramos analisar as primeiras decisões da mais alta corte sobre o Princípio em destaque, mas também e especialmente, relacionando-o com o direito à saúde.

Na pesquisa bibliográfica-doutrinária, priorizou-se a análise sobre as primeiras obras publicadas em livro no Brasil que abarcassem o conceito do Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Os critérios para a seleção desses livros e artigos foram: i) autores em língua nacional; ii) que inauguraram o conceito do Princípio da Proibição do Retrocesso Social na doutrina brasileira; iii) que relacionavam – direta ou indiretamente – o estudo do Princípio com a nossa Constituição Federal e, de preferência, com o direito à saúde.

Foram selecionadas sete obras que conceituavam, pela primeira vez, esse Princípio. Outros quatro artigos publicados posteriormente foram selecionados na base de dados do Google Acadêmico, por discorrerem sobre as consequências dos livros anteriormente publicados.

Na pesquisa de jurisprudência no portal do Supremo Tribunal Federal, quando pesquisamos somente com o descritor *Princípio da Proibição do Retrocesso Social*, encontramos 68 decisões (achados). Refinando a pesquisa para relacionar o descritor *Princípio da Proibição do Retrocesso Social* ao descritor *direito à saúde*, reduzimos nosso universo de análise a 18 resultados (acórdãos). Destes 18, reduzimos para quatro acórdãos do STF. Essa redução se concretizou com base nos seguintes critérios: i) analisaram-se os dois primeiros acórdãos do STF que trataram de uma inédita conceituação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social; ii) analisaram-se os dois acórdãos publicados a posteriori, que guardavam direta relação entre o Princípio da Proibição do Retrocesso Social e o direito à saúde.

---

<sup>2</sup> <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>

Os outros 14 acórdãos não entraram em nossos critérios ou por repetirem *ad nauseam* os conceitos formulados – não inovando no desenvolvimento da temática – ou por não guardarem uma relação intrínseca entre o Princípio e a essencialidade do direito à saúde com base nos princípios, objetivos e diretrizes da Constituição Federal.

Ambas as pesquisas – bibliográfica-doutrinária e jurisprudencial – abarcaram doutrina e jurisprudência majoritariamente no período do início dos anos 2000, contexto do advento do Princípio da Proibição do Retrocesso Social no Brasil; ou seja, mais de 10 anos depois da aprovação da Constituição Federal de 1988.

## **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social no Brasil: doutrina e jurisprudência**

Relataremos a origem e o desenvolvimento do Princípio da Proibição do Retrocesso Social em nosso país, tanto na doutrina jurídica quanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Busca-se, com isso, utilizá-lo como instrumento democrático-constitucional de afirmação do direito fundamental à saúde de modo a trazer, por fim, segurança jurídica ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Também abordaremos exemplos de casos concretos que ameaçam retroceder o direito constitucional à saúde, como a ainda vigente Emenda Constitucional nº 95, de 2016 (7) e o projeto de restrição do SUS embutido na denominada *Cobertura Universal de Saúde* (8).

### *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na doutrina brasileira*

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (9) foi promulgada com a participação de amplos setores da população, em um misto de conflitos e acordos. Depois de mais de 20 anos sob o signo da ditadura militar (1964-1985), a sociedade brasileira foi protagonista de um ascenso de cidadania durante a década de 1980, que influenciou, sobremaneira, nossa Assembleia Constituinte (1986/1988). Vários movimentos sociais surgiram e se organizaram cumprindo o papel democrático de pressionar os legisladores originários em prol da constitucionalização dos direitos fundamentais sociais e de um inédito capítulo denominado *Da Ordem Social*<sup>3</sup> (10).

Do ponto de vista jurídico-político, nossa Constituição recebeu profícuas influências de tratados e documentos internacionais, pois, além de solidificar direitos liberais, também ratificou a importância dos direitos sociais e, completando a clássica geração dos direitos, os chamados direitos difusos e transindividuais. Tal feito tornou-a, assim, uma das constituições dirigentes mais completas e amplas do mundo ocidental (11).

Uma curiosidade desse período, que só confirma nosso caráter de país tardo-capitalista (12) é que, enquanto no Brasil se dava a tentativa da construção do Estado democrático e social de direito nos anos 1980, na Europa este se encontrava em uma de suas maiores crises. Tal fato evidencia a cautela que devemos ter ao analisar países do centro e da periferia da geopolítica mundial, com o cuidado de não verter as ditas *ideias fora do lugar*<sup>4</sup> (13).

<sup>3</sup> Inédito por sua sistematização normativa, que foi inserida na Constituição de 1988 de forma autônoma e aprofundada. Em nossa Constituição atual, o Título VIII, Da Ordem Social, é apresentado em oito capítulos: I – Disposição Geral; II –Seguridade Social; III – Da Educação e do Desporto; IV – Ciência e Tecnologia; V – Comunicação Social; VI – Meio Ambiente; VII – Família, Criança, Adolescente e Idoso; e VIII – Índios (8). Nas constituições anteriores, a mais próxima que se chegou ao nível de elaboração normativa atual foi a Constituição de 1934, a qual apresentava um capítulo sobre a Ordem Econômica e Social; nas demais, observam-se determinações esparsas e fragmentárias, sem uma sistematização efetiva sobre a temática da ordem social.

<sup>4</sup> Sucintamente, Roberto Schwarz, ao discutir o liberalismo no Brasil do século XIX, nota que o que era originalmente ideologia na Europa converte-se, nos trópicos, quando muito, em ideologia de *segundo grau*, daí o termo que utiliza como título de seu ensaio *As ideias fora do lugar* (13).

Já a partir da década de 1990, com o advento da globalização em nosso país e a consequente abertura do mercado e a flexibilização dos direitos, é que a nossa incipiente Constituição começa a sofrer ataques contra os direitos sociais, via emendas, medidas provisórias e vários projetos de lei de iniciativa tanto do Legislativo quanto do Executivo. A doutrina e a jurisprudência também iniciam a absorção dos ditames desse novo período econômico e social, em que vigem a desnacionalização e a desconstitucionalização de direitos, na tentativa açodada de legitimar o corpo doutrinário vigente (14). Juristas brasileiros resistentes, tais como Silva (15) e Barroso (16), começam a questionar as mudanças em questão e se levantam em defesa das conquistas da Constituição. Para tanto, utilizam como instrumento o Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

O primeiro jurista a analisar a questão sob essa óptica foi o constitucionalista Silva (15), que defendia que as normas definidoras de direitos sociais seriam concebidas como normas programáticas de eficácia limitada, mas que a necessidade de emanção de ato legislativo não afastava a obrigatoriedade de sua efetivação. Entendia, ainda, que essa edição de ato normativo infraconstitucional é obrigatória, constituindo imposição constitucional de atividade legiferante.

Silva (15) sustentava que imposições constitucionais advindas das normas constitucionais definidoras de direitos sociais indicam qual itinerário não seguir, de modo que seja tachada de inconstitucional a lei que percorrer o caminho vedado pela Constituição. E relata que lei nova não poderá desfazer o grau de efeitos da norma constitucional já alcançada e ratificada por lei anterior. Assim, está aqui a chave para a construção do princípio ora estudado.

Também se tornou consenso entre doutrinadores brasileiros, tais como Barroso (16) e Barcellos (17), que o legislador não pode revogar norma infraconstitucional regulamentando a norma constitucional programática sem a criação de mecanismo substitutivo, o que acarretaria o esvaziamento do comando constitucional, como se o legislador dispusesse diretamente contra ele.

A maioria dos constitucionalistas brasileiros, quando se trata do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, recorre ao clássico pensamento de José Afonso da Silva (15), mas destacamos também outros juristas com importantes enfoques sobre o assunto, como Sarlet (18), Miozzo (4), Martins e Jaborandy (19), Derbli (5), Conto (20) e, por último, Cunha (21).

Sarlet (18) pontua que nenhum direito deve ser interpretado como absoluto, nem mesmo o direito inalienável à vida. Seguindo essa lógica, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social não pode se apresentar como óbice a alterações no âmbito dos direitos fundamentais – cláusulas pétreas, porém, o núcleo essencial desses direitos deve ser protegido de maneira a jamais permitir a usurpação de progressos sociais e legais já alcançados. Os direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, representam a identidade do Estado democrático e social de direito, devendo ser protegidos sob a guarida principiológica do não retrocesso contra políticas casuísticas e arbitrárias, mesmo as de iniciativa de atividade dos parlamentares.

Já Miozzo (4) advoga pela tese de que o Princípio da Proibição do Retrocesso Social se encontra explicitado na Constituição de 1988, especificamente em seu art. 3º, inciso II, que explicita: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil [...] II - *garantir o desenvolvimento nacional*” (CF/88, grifos nossos).

Miozzo (4) sustenta que existe um mandamento constitucional dirigido ao Estado determinando um dever de progresso, ou seja, um dever de não ocasionar um retrocesso. Portanto, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social possui previsão constitucional específica: a de *garantir o desenvolvimento nacional*.

Essa interpretação é reforçada por Martins e Jaborandy (19), que defendem que, sob o ponto de vista da interpretação extensiva das normas constitucionais, o constituinte assegurou a irretroatividade da lei (art. 5º, XL), o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o princípio da garantia do desenvolvimento nacional (preâmbulo e art. 3º, II), o princípio do Estado democrático de direito (art. 1º, caput), o princípio da máxima eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e o princípio da proteção da confiança (art. 5º, XXXVI), todos relacionados ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Por sua vez, Derbli (5) sustenta que o Princípio tem teleologicamente a função de garantir o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais e, mais do que isso, a permanente obrigação constitucional de desenvolver essa concretização. Assim, não admite, de forma alguma, que se retroceda a um quadro sociojurídico já esgotado, distante do ideal proposto pela Constituição da República. Trata-se, desse modo, de uma teleologia dialética, pois ao mesmo tempo que é garantista (negativa) também é avançada (positiva):

A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: *é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. Vale dizer, proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do status quo, antes significando também a obrigação de avanço social* (5, grifos nossos).

Entendemos ser interessante, ainda, abordar o Princípio da Proibição do Retrocesso Social à luz dos poderes estatais, analisando sua relação com as três funções do Estado: a administração pública e, principalmente, as funções legislativa e judiciária. Afinal, para que o Princípio estudado obtenha a maior validade possível, torna-se fundamental investigar sua relação com o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

O positivismo do Direito brasileiro, em sua visão mais banalizada, entende que a clássica definição sistematizada por Montesquieu sobre a separação dos poderes tem apenas uma função objetificada, ferindo, dessa forma, o efeito vinculativo e dirigente de nossa Carta Política de 1988. O sentido que se deve buscar, ao interpretar o Princípio da Proibição do Retrocesso Social por meio da separação dos poderes, é que, além do controle – seja concentrado ou difuso – do poder, seria importante a cooperação harmoniosa com a finalidade da materialização dos preceitos constitucionais democráticos e sociais.

Destarte, o princípio da separação dos poderes, com seu *modus operandi checks and balances*, em consonância com o Estado democrático de direito, deve sempre evoluir como um instrumento de realização e, em hipótese alguma, como um empecilho para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Logo, interpretações antiquadas e em desacordo com a realidade devem ser evitadas, quando pensamos em separação dos poderes, para não cairmos na armadilha da denominada hermenêutica de bloqueio (22), que, a pretexto de não permitir a intromissão de determinado poder na seara de competência de outro, admite, em efetivo, a violação de direitos fundamentais sob uma aparência de legalidade. É axiomático que a separação de poderes tem o fulcro de definir as competências de cada

função estatal, mas tal intuito não pode servir de obstáculo para a realização dos direitos fundamentais sociais (23).

Acerca de tema tão delicado – o Princípio da Proibição do Retrocesso Social e sua relação com a separação dos poderes – temos a esclarecedora análise de Conto (20):

*O princípio da proibição do retrocesso social, compreendido como corolário do Estado Democrático de Direito, vincula a todos os poderes estatais. Todavia, suas repercussões são peculiares em cada uma das funções estatais. A aplicação do princípio no âmbito do Poder Legislativo leva à constatação irrefutável de uma diminuição na liberdade de conformação legislativa, notadamente em respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; quanto ao Poder Executivo, a aplicação do Princípio nas suas atividades peculiares denota a importância da elaboração de políticas públicas condizentes com os preceitos constitucionais e da impossibilidade de retroceder nos direitos fundamentais realizados, sem algum tipo de compensação; e, finalmente, ao Poder Judiciário, cabe realizar o controle dos atos dos poderes, buscando adequá-los aos preceitos constitucionais dirigentes (20, grifos nossos).*

Por fim, Cunha (21) também relata a importância do Princípio da Proibição do Retrocesso Social no contexto de proteção ao sistema constitucional-legal dos entes brasileiros, mas – especificamente – destaca a relação direta entre o Princípio e o Direito à Saúde frente às crises econômico-financeiras as quais os Estados vêm enfrentando.

Realizada a descrição analítica da construção conceitual do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, discutiremos, a seguir, sua inserção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), por se tratar de um instrumento constitucional e se referir aos direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde.

### ***O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF): origem e desenvolvimento***

Na jurisprudência do STF, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2.065-DF<sup>5</sup> (24), ocorrido em 17/02/2000, foi o primeiro em que se tentou construir uma elaboração inicial do conceito do Princípio da Proibição do Retrocesso Social. Tal esforço se deu por meio do voto do relator da matéria, o então ministro Sepúlveda Pertence, que assim se manifestou:

[...] Certo, quando, já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subsequentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa de preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; *mas não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência de complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de norma constitucional (24, grifos nossos).*

Já a primeira elaboração jurisprudencial explícita do princípio em comento na mais alta corte do país coube ao ministro Celso de Melo, no julgamento da ADI 3.105-DF<sup>6</sup> (25), realizado em

<sup>5</sup> Essa ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT) com o escopo de impugnar o art. 17 da Medida Provisória nº 1911-10/99, que revogava os arts. 6º e 7º da Lei nº 8.212/1991 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 8.213/1991, extinguindo, dessa forma, o Conselho Nacional de Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social.

<sup>6</sup> A referida ação direta de inconstitucionalidade foi movida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) com vistas à declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, caput, e respectivo parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 41/2003,

18/08/2004, e que apresentou como relatora a ministra Ellen Gracie. O voto do ministro Celso de Mello nivelou a compreensão sobre o Princípio da Proibição do Retrocesso Social aderente à melhor doutrina nacional e internacional, nos seguintes termos:

Refiro-me, neste passo, *ao princípio da proibição do retrocesso*, que, em tema de direitos fundamentais, de caráter social, e uma vez alcançado determinado nível de concretização de tais prerrogativas (como estas reconhecidas e asseguradas, antes do advento da EC nº 41/2003, aos inativos e aos pensionistas), *impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive* (25, grifos nossos).

Dando continuidade ao desenvolvimento terminológico do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, um julgado importante na conceituação ampla e estrutural desse instrumento constitucional na jurisprudência do STF ocorreu no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo – Ag No RE 639.337/SP (26), datado de 23/08/2011, e que apresentou como relator novamente o ministro Celso de Mello. O tema julgado foi a responsabilidade do município de São Paulo em matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência.

A redação do voto em comentário foi a oportunidade para o ministro relator sistematizar, de modo cabal, a conceituação e a utilidade na interpretação constitucional do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, nos seguintes termos:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – *O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.* – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v. g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. *Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.* (26, grifos nossos).

O ministro Celso de Mello, no conteúdo de seu voto, aborda a concretização dos direitos fundamentais de cunho social e ratifica a eficácia destes, demonstrando que o direito à educação, assim como o direito à saúde, é um direito público subjetivo, que deve, então, exigir o cumprimento por parte do Estado.

Na compreensão do ministro Celso de Mello, ao Estado, por sua vez, não cabe a alegação do princípio da reserva do financeiramente possível, já que os direitos fundamentais sociais normatizados em nossa Constituição Federal são consagrados como cláusulas pétreas. Portanto, devem ser efetivados mesmo com a ressalva da proporcionalidade e da razoabilidade na discussão sobre o orçamento.

---

que instituiu a contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e pensionistas. Por sete votos a quatro, o STF considerou constitucional a cobrança de inativos e pensionistas; portanto, estou citando voto vencido do ministro Celso de Mello.



Dessa forma, não há dúvidas de que foram consistentes as argumentações e os debates que auxiliaram a dar maior peso ao estudo do Princípio da Proibição do Retrocesso Social em nosso país, com suas contradições e análises inovadoras, marcando a passagem da discussão das bancas acadêmicas para os campos de batalha judicial.

De todas as definições aqui apresentadas, destaca-se o consenso conceitual – tanto doutrinário quanto jurisprudencial – acerca desse Princípio, que pode ser resumido da seguinte forma: vedação ao legislador/agente do Estado de suprimir arbitrariamente a disciplina constitucional ou infraconstitucional de um direito fundamental social já consolidado. Esse é o principal norte conceitual do Princípio da Proibição do Retrocesso Social. A partir dele, são sistematizadas variações que enriquecem e complementam o estudo desse instrumento jurídico.

### **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social como instrumento de afirmação do direito constitucional à saúde no Brasil: uma arma contra os retrocessos**

Constatamos que o Princípio em análise tem como função precípua obstaculizar qualquer tipo de retrocesso social que venha de encontro à efetivação de direito fundamental social normatizado em nossa Constituição Federal.

Entretanto, quais seriam os retrocessos sociais que estão ameaçando a consolidação do direito constitucional à saúde e inviabilizando os objetivos, os princípios e as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), previstos em nossa Carta Política?

Os retrocessos socio sanitários que apontamos são o princípio da reserva do financeiramente possível e o princípio do mínimo existencial. O primeiro, significando a defesa de uma restrição orçamentária, é representado pela ainda vigente EC nº 95, de 2016 (6), que implementou um limite de gastos públicos para os direitos sociais, inclusive para o direito à saúde, o qual reduz o orçamento ano a ano e consolida um desfinanciamento crônico da política pública de saúde.

Já o mínimo existencial é representado pelo advento da noção de Cobertura Universal de Saúde (CUS) (7); ideia lançada por organismos internacionais e que traz em seu bojo a delimitação da atuação estatal a uma ação pontual e focalizada por meio de incentivo orçamentário e de gestão para a implementação de um SUS básico. Tal projeto é concebido para entregar ações e serviços de saúde parcos para o atendimento dos mais pobres, representando um retrocesso a caros conceitos, como universalidade, integralidade e equidade.

Podemos apontar, aqui, os quadros que evidenciam retrocessos sociais, tanto no caso da EC nº 95/2016 quanto no caso da Cobertura Universal de Saúde, para termos uma ideia melhor dos retrocessos perpetrados contra a consolidação do direito constitucional à saúde no Brasil:

**Quadro 1.** Retrocessos sociais implementados pela EC nº 95/2016

| <b>Constituição Federal</b>  | <b>Retrocessos sociais</b>   |
|--|--|
| Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:   | <i>Viola limites materiais implícitos ao romper com a identidade constitucional, vocacionada à efetivação de direitos sociais.</i> |
| Art. 60. [...] § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, | Em tramitação no Senado Federal, não foram respeitadas as regras regimentais relativas à regular discussão da matéria.             |

|   |  |
|---|--|
| <p>considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.<br/>[...]<br/>§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:<br/>II - o voto direto, secreto, universal e periódico;</p> | <p>A Emenda Constitucional retira, por cinco legislaturas, a plenitude da atuação dos representantes eleitos, uma vez que estarão limitados na definição de temas centrais da gestão financeira da União com reflexo direto em direitos e garantias fundamentais:<br/>“Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”</p>                    |
| <p>III - a separação dos Poderes;</p>   | <p>A Emenda Constitucional, de iniciativa do Poder Executivo, cria limitações ao Poder Judiciário, portador de autonomia financeira:<br/>Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:<br/>[...]<br/>II - do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário;</p> |
| <p>IV – os direitos e garantias individuais.</p>  | <p><i>A Emenda Constitucional implica claro retrocesso na aplicação de recursos que importam na garantia de direitos fundamentais, como saúde e educação.</i></p>  |

Fonte: ADI 5.715 (27, grifos nossos).

## Quadro 2. Retrocessos sociais implementados pela Cobertura Universal de Saúde (CUS)

| Características     | CUS  | Sistema universal  |
|---------------------|--|--|
| Concepção de saúde  | Saúde regulada por agentes privados  | Saúde como direito universal   |
| Papel do Estado     | <b>Mínimo</b><br>Restrito à regulação do sistema de saúde; separação explícita de funções de financiamento/compra e prestação de serviços. | Bem-estar social.<br>Responsável pelo financiamento, pela gestão e pela prestação dos serviços de saúde. |
| Financiamento       | Combinação ( <i>pooling</i> ) de fundos públicos e privados (prêmios de seguros, contribuições sociais, filantropia, impostos).            | Fundo público com receitas de tributos (impostos gerais e contribuição para seguros sociais).            |
| Ênfase das reformas | Subsídio à demanda para aquisição de seguros;<br><i>Seletividade da cesta e focalização nos mais pobres.</i>                               | Subsídio à oferta para garantia de acesso equitativo.  |

|                                |  |   |
|--------------------------------|--|---|
| Elegibilidade / titularidade   | <i>Acesso segmentado, conforme filiação a algum seguro (privado ou público).</i>   | Acesso universal como condição de cidadania.  |
| Eficiência do sistema          | Aumenta custos operacionais e administrativos.<br>Gastos totais em saúde mais elevados.  | Menores custos operacionais e administrativos.<br>Reduz custos unitários por economia de escala; menores gastos totais por maior regulação da oferta. |
| Desenho do sistema de serviços | Serviços fragmentados, sem territorialização.  | Serviços organizados em rede, territorializados, orientados pela APS.   |
| Abordagem de APS               | Seletiva   | Integral  |
| Prestação                      | Serviços prestados principalmente pelo setor privado.  | Serviços prestados principalmente pelo setor público.   |
| Cesta de serviços              | <i>Restrita (pacotes básicos/mínimos).</i><br>Explícita.   | Abrangente (atenção integral).<br>Implícita.  |
| Integralidade                  | Centrada na assistência individual e em serviços biomédicos.<br>Dicotomia entre cuidados individuais e coletivos.  | Integração entre cuidados individuais e ações de saúde pública.<br>Integra promoção, prevenção e cuidado.   |
| Determinantes sociais de saúde | Não contempla abordagem DSS.<br>Possibilidade de ação intersetorial restrita.  | Contempla abordagem DSS.<br>Possibilidade de ação intersetorial facilitada.   |
| Cidadão                        | Consumidor/objeto.   | Protagonista/sujeito.   |
| Cidadania                      | <i>Residual</i>  | Plena   |
| Efeitos de solidariedade       | <i>Restritos</i>   | Abrangentes   |
| Equidade                       | <i>Cristaliza as desigualdades de acesso e uso conforme renda e inserção social.</i><br><i>Acesso condicionado à capacidade de pagamento individual.</i> | Garantia de acesso e uso a serviços de saúde entre os grupos sociais para necessidades iguais, independentemente da capacidade de pagamento.          |
| Ideologia                      | Liberal.   | Social-democrata.   |
| Países-alvo                    | Países de baixa e média renda.   | Todos os países.  |

Fonte: Giovanella et al. (8, grifos nossos).

Os Quadros 1 e 2<sup>7</sup> demonstram a síntese de um projeto de restrição eminentemente anticonstitucional em uma clara tentativa de inviabilizar o SUS; lastro jurídico-democrático de efetivação do direito constitucional à saúde em nosso país.

Caso esses retrocessos sigam no debate constitucional brasileiro sem nenhuma proposta alternativa em defesa do SUS que possa fazer frente a essa ofensiva restritiva, o direito fundamental à saúde poderá sofrer as seguintes perdas do ponto de vista da normatização constitucional: fragilização interpretativa de seu caráter de universalidade (art. 196, CF/88); retrocesso em sua classificação como único direito fundamental social de relevância pública (art. 197, CF/88); restrição em suas diretrizes –

<sup>7</sup> O Quadro 1 foi apresentado na ADI 5.715 (27), protocolada em 5 de junho de 2017 no STF e ainda aguardando julgamento. O Quadro 2 foi elaborado por Giovanella e colaboradores (8), contendo os elementos caracterizadores da Cobertura Universal de Saúde

descentralização, atendimento integral e participação da comunidade (art. 198, CF/88); desfinanciamento crônico – inviabilizando a parcela de contribuição orçamentária dos entes públicos (art. 198, §1º, §2º, §3º); e comprometimento de suas atribuições, como as de saneamento básico, vigilância sanitária e epidemiológica, saúde do trabalhador, entre outras (art. 200, CF/88).

Para que não ocorra um retrocesso social em suas normativas constitucionais, o direito à saúde deve ser hermenêuticamente protegido com a utilização criteriosa do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, com o fito de manutenção de seu núcleo essencial, isto é, de preservação de seus objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos pela nossa Constituição Federal (arts. 196 a 200) (9).

Como os direitos fundamentais sociais estão diretamente ligados ao supraprincípio da dignidade da pessoa humana, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social exerce uma função protetivo-constitucional imprescindível ao nosso Estado democrático de direito, como a garantia da segurança jurídica e a consequente preservação dos direitos já adquiridos (28).

Outrossim, repisa-se que o Princípio da Proibição do Retrocesso Social pode ser hermenêuticamente interpretado como ferramenta de proteção aos direitos fundamentais sociais, inclusive o direito constitucional à saúde, impedindo o Estado de modificar os direitos sociais, por meio da flexibilização ou da restrição, e afastando, com isso, o risco da insegurança jurídica.

O Princípio da Proibição do Retrocesso Social deve ser, portanto, utilizado como ferramenta de proteção ao direito constitucional à saúde, em todo o seu arcabouço normativo previsto pela Constituição Federal (arts. 196 a 200), garantindo a segurança jurídica sanitária de permanência do nosso sistema universal de saúde – o SUS.

Tal entendimento foi jurisprudencialmente ratificado, por exemplo, em decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Agravo Regimental (ARE) nº 727.864/PR (29), julgado em 4 de novembro de 2014, que impôs ao Estado o custeio de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em caso de inexistência de leitos na rede pública para o devido atendimento de seus pacientes, por meio do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU), pertencente ao SUS.

O ministro relator Celso de Melo, ao proferir sua decisão sobre o ARE em comentário, conceituou o Princípio da Proibição do Retrocesso Social em relação à questão suscitada sobre o direito constitucional à saúde da seguinte forma:

*Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário [...].*

*Na realidade, 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 (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais (29, grifos no original).*

Evidentemente, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, por si só, não será a panaceia para a resolução de todas as propostas de retrocesso contra o SUS e o direito à saúde, mas servirá como um dos elementos jurídico-políticos de proteção e de segurança jurídica para a tentativa de consolidação integral de objetivos, princípios e diretrizes da nossa Constituição Federal.

## Conclusão

Analisando a relação entre o Princípio da Proibição do Retrocesso Social e o direito à saúde no Brasil, com base em consulta de doutrina e jurisprudência, constatamos que o Princípio pode servir perfeitamente como instrumento de concretização do nosso SUS constitucional.

Medidas de cunho legislativo e institucional que pregam um retrocesso nos ditames constitucionais do SUS, tentando restringir seus princípios, diretrizes e objetivos, podem e devem ser bloqueadas e defendidas pelo Princípio da Proibição do Retrocesso Social; importante arma prevista implícita e explicitamente no documento normativo mais importante de nossa nação, a Constituição Federal.

Ratifica-se, então, o núcleo essencial do direito à saúde como um direito individual, social e difuso, devendo sempre ser preservado, mesmo em contexto de crises econômicas e/ou sanitárias, sob o risco de ineficácia e de desmoronamento não somente do SUS mas de todo o edifício do Estado democrático de direito em nosso país.

Nosso destino jurídico-político é, por mandamento constitucional, buscar o desenvolvimento do Estado, do povo e do território, constituindo-nos como uma nação social e economicamente próspera, provida de esperança no futuro. Para isso, contamos com a providencial aplicação hermenêutica do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, que, como vimos, está longe de representar uma abstração teórica, exercendo impactos e reflexos concretos em nossa realidade para o bem do Direito brasileiro.

## Conflito de interesses

O autor declara que não há conflito de interesses.

## Editores

Editora científica: Alves SMC

Editores convidados: Delduque MC, Gonet Branco PHM

## Referências

1. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos [Internet]. [S. l.: s. n.], 1948 [citado em 11 set. 2023]. Disponível em: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)
2. Organização das Nações Unidas. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais [Internet]. [S. l.: s. n.], 1966 [citado em 11 set. 2023]. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>
3. Canotilho JG. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Almedina; 2008.
4. Miozzo PC. A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica. Porto Alegre: Verbo Jurídico; 2010.
5. Derbli F. O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar; 2007.
6. Romanowski FNA, Castro MB de, Neris NW. Manual de tipos de estudo [Internet]. Anápolis: Centro Universitário de Anápolis; 2019 [citado em 11 set. 2023]. Disponível em: <http://repositorio.ace.edu.br/bitstream/ace/15586/1/MANUAL%20DE%20TIPOS%20DE%20ESTUDO.pdf>
7. Brasil. Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Brasília, 15 dez. 2016 [citado em 11 set. 2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emen das/emc/emc95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emen das/emc/emc95.htm)
8. Giovanella L et al. Sistema Universal de Saúde e Cobertura Universal: desvendando pressupostos e estratégias [Internet]. Revista Ciência e Saúde Coletiva. 2018 [citado em 11 set. 2023]; 23(6):1763-1776. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v23n6/1413-8123-csc-23-06-1763.pdf> doi <https://doi.org/10.1590/1413-81232018236.05562018>

9. Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal; 2022.
10. Bonavides P. Ciência política. São Paulo: Malheiros; 2019.
11. Trindade JDL. História social dos direitos humanos. São Paulo: Peirópolis; 2011.
12. Mandel E. O capitalismo tardio. São Paulo: Abril Cultural; 1982.
13. Schwarz R. As ideias fora do lugar. São Paulo: Companhia das Letras; 2014.
14. Faria JE. O estado e o direito depois da crise. São Paulo: FGV Direito SP: Saraiva; 2017.
15. Silva JA. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros; 2022.
16. Barroso LR. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva; 2017.
17. Barcellos AP. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar; 2012.
18. Sarlet IW. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2012.
19. Martins DVM, Jaborandy CCM. Vedação ao retrocesso social: uma análise comparada entre o contexto da jurisprudência de crise em Portugal e a crise econômica brasileira [Internet]. Revista Jurídica da Ufersa. 2017 [citado em 11 set. 2023];1(2):87-100. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rejur/article/view/7317> doi <https://doi.org/10.21708/issn2526-9488.v1.n2.p87-100.2017>
20. Conto M. O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2008.
21. Cunha JRA. O princípio da proibição do retrocesso social como norte para o desenvolvimento do direito à saúde no Brasil [Internet]. Brasília: IPEA; 2011 [citado em 11 set. 2023]. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo3.pdf>
22. Streck LL. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva; 2017.
23. Mascaro A. Estado e forma política. São Paulo: Boitempo; 2013.
24. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.065/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília: STF, 2000 [citado em 11 set. 2023]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1778260>
25. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.105/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília: STF, 2004 [citado em 11 set. 2023]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2192089>
26. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Regime Extraordinário – Ag no RE 639.337/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília: STF, 2011 [citado em 11 set. 2023]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>
27. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.715, de 2017. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília: STF, 2017 [citado em 11 set. 2023]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5203351>
28. Vasconcellos MO, Luiz FV. O princípio da proibição do retrocesso social e sua importância na contemporaneidade. Revista da Esmesc – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. 2015;22(28):39-58 doi <https://doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v22i28.p39>
29. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo – ARE 727.864/PR. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília: STF, 2014 [citado em 11 set. 2023]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anelxo/ARE727864.pdf>

### Como citar

Cunha JRA. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social como instrumento de efetivação do direito à saúde no Brasil: ratificando o Sistema Único de Saúde constitucional. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2023 jul./set.;12(3):166-179 <https://doi.org/10.17566/ciads.v12i3.1127>

### Copyright

(c) 2023 Jarbas Ricardo Almeida Cunha.

