

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

STELLA RODRIGUES OLIVEIRA

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NA SAÚDE: Análise da
jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

CURITIBA

2022

STELLA RODRIGUES OLIVEIRA

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NA SAÚDE: Análise da
jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof(a). Dr(a). Taysa Schiocchet

CURITIBA

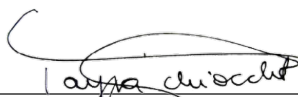
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NA SAÚDE: Análise da jurisprudência do STF

STELLA RODRIGUES OLIVEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Taysa Schiocchet

Orientador

Coorientador



Melina Girardi Fachin

1º Membro

**ROBERTO BENGHI DEL
CLARO:02389309984**

Digitally signed by ROBERTO BENGHI DEL
CLARO:02389309984
DN: c=BR, o=CP-Brasil, ou=Presencial,
ou=15769640000138, ou=Secretaria da Receita Federal
do Brasil - RF, ou=REB e-CPF A3, ou=sem brancos,
cn=ROBERTO BENGHI DEL CLARO:02389309984
Date: 2022.05.16 14:06:45 -03'00'

Roberto Del Claro

2º Membro

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter realizado meu sonho de ingressar na Universidade Federal do Paraná e ter me acompanhado nessa etapa tão importante da minha vida, por ter me guiado e iluminado até aqui.

Agradeço à minha família, por todo amor, apoio e confiança depositados em mim. Sinto que quando entrei na UFPR, não entrei sozinha, entrei com toda minha família, em especial, com meus avós Adelina e Rebeldino, com meus pais Sirlândia e Antonio Marcio, com meus irmãos Stefani e Tomaz, com minhas tias e primas etc. Eu sou porque nós somos!

Agradeço também aos meus amigos Ana Luiza, Ana Julia, Caroline, Marina e Pedro Henrique, por terem dividido tantos momentos e terem tornado a graduação mais leve, mais divertida, mais fácil. Aos meus colegas do curso e a todos aqueles que passaram pela minha vida e a fizeram mais feliz.

Agradeço aos professores da Faculdade de Direito, em especial, a minha orientadora, Taysa Schiocchet, pelos ensinamentos, pelas aulas de metodologia, pela paciência e empenho em me orientar nesse trabalho.

Por fim, agradeço a Universidade Federal do Paraná, por ser uma universidade pública e de qualidade, que abriu a minha mente para um mundo novo e me ajudou a construir a mulher que sou hoje.

RESUMO

Este artigo apresenta uma revisão bibliográfica sobre o princípio da proibição do retrocesso e uma análise a respeito de sua aplicação no Brasil, no âmbito da saúde, com base na jurisprudência selecionada do Supremo Tribunal Federal (STF). O problema do artigo reside em analisar como tem sido aplicado o princípio da proibição do retrocesso no Brasil, no âmbito da saúde, pelo STF. Logo, o objetivo geral também é analisar como tem sido aplicado o princípio da proibição do retrocesso no Brasil, no âmbito da saúde, pelo STF. Os objetivos específicos são apresentar o princípio da proibição do retrocesso, bem como, seus limites e potencialidades e, analisar sua aplicação no Brasil, no âmbito da saúde, com base na jurisprudência selecionada do STF, fazendo, ao final, considerações a respeito das implicações da proibição do retrocesso na saúde. A metodologia empregada foi o método dedutivo, para chegar à premissa geral, fez-se uma revisão bibliográfica em livros, artigos, sites e doutrina a respeito do princípio da proibição do retrocesso. Ainda, para a premissa particular, fez-se uma pesquisa jurisprudencial, no qual foram selecionados 5 acórdãos do STF e, como base neles, buscou-se fazer algumas considerações finais sobre a aplicação do argumento no Brasil, no âmbito da saúde. O trabalho se justifica pela relevância teórica, tendo em vista a ampla discussão na doutrina e jurisprudência e, relevância social, considerando suas implicações na garantia de direitos fundamentais. Por fim, conclui-se que o princípio pôde ser utilizado na preservação um estado de coisa já conquistado, como garantias para preservação da saúde e, em casos de omissão inconstitucional por parte do Estado em cumprir as obrigações constitucionais, para assegurar a execução e efetividade desse direito. Assim, é um importante parâmetro constitucional para assegurar a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, como o direito à saúde e, tem potencial para ser aplicado em momentos de crise e excepcionalidades do Estado, em que os direitos sociais são ameaçados.

Palavras-chave: 1. Princípio da Proibição do Retrocesso 2. Direito à Saúde 3. Jurisprudência. 4. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	7
2.	CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO.....	9
3.	LIMITES E POTENCIALIDADES DO ARGUMENTO NA PRÁTICA	11
4.	MATERIAL E MÉTODOS.....	16
5.	APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NO ÂMBITO DA SAÚDE PELO STF	19
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	27
	REFERÊNCIAS.....	29

1. INTRODUÇÃO

A proibição do retrocesso pode ser entendida como uma garantia aos direitos fundamentais em face de medidas estatais que impliquem na anulação, revogação ou aniquilação do seu núcleo essencial. Posto isso, essa noção tem encontrado crescente receptividade doutrinária e jurisprudencial em várias ordens jurídicas, principalmente devido a sua consagração no âmbito do direito internacional, que impõe a progressiva concretização da proteção social por parte dos Estados, em especial, sobre os direitos econômicos, sociais e culturais.

Por um lado, a aplicação do mencionado princípio não está livre de objeções, de modo que vários autores apontam a necessidade de observar alguns limites de aplicação, como a necessidade de observar as condições fáticas, jurídicas e orçamentárias de o Estado cumprir seus compromissos sociais. Ainda, defendem que o Poder Judiciário deve respeitar as escolhas alocativas dos escassos recursos disponíveis dos órgãos estatais.

Por outro, há autores que defendem a aplicação da proibição do retrocesso inclusive em momentos de crise, para garantir a proteção de direitos fundamentais, como à saúde. Posto isso, visou-se aprofundar a questão da aplicação do princípio da proibição do retrocesso no Brasil, no âmbito da saúde, a partir da análise de como o referido princípio foi aplicado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em discussões sobre saúde.

Dessa maneira, o problema do trabalho reside em analisar como tem sido aplicado o princípio da proibição do retrocesso no Brasil, no âmbito da saúde, pelo STF, para isso, pergunta-se, então, o que é o princípio da proibição do retrocesso? Quais são os seus limites e potencialidades? Como o princípio da proibição do retrocesso tem sido aplicado no Brasil no que diz respeito à saúde, a partir da jurisprudência do STF?

Logo, o presente estudo tem por objetivo geral analisar como tem sido aplicado o princípio da proibição do retrocesso no Brasil, no âmbito da saúde, pelo STF. Por sua vez, os objetivos específicos são apresentar o princípio da proibição do retrocesso, bem como, seus limites e potencialidades, a partir da revisão bibliográfica. E, analisar sua aplicação no Brasil, no âmbito da saúde, com base na jurisprudência selecionada do STF, fazendo, ao final, considerações a respeito das implicações da proibição do retrocesso na saúde.

A metodologia empregada foi o método dedutivo, visto que, parte de uma premissa geral para uma premissa particular, e com base nelas busca-se chegar a uma conclusão necessária. Para chegar à premissa geral, fez-se uma revisão bibliográfica em livros, artigos, sites e doutrina a respeito do princípio da proibição do retrocesso. Ainda, para a premissa particular, fez-se uma pesquisa jurisprudencial, no qual foram selecionados 5 acórdãos do STF e, como base neles, buscou-se fazer algumas considerações finais sobre a aplicação do princípio da proibição do retrocesso no Brasil no âmbito da saúde.

Para isso, foi realizado a pesquisa de julgados no *síte* do Supremo Tribunal Federal que continham as expressões “proibição do retrocesso” ou “vedação do retrocesso”, combinado com o termo “saúde”, sendo filtrado os acórdãos. Após seleção e filtragem, foram selecionados 5 julgados, sendo analisados os votos de Ministros dos seguintes acórdãos: ADI 5.779; ADI 5.501; ARE 745.745; ARE 727.864; e RE 581.352.

Ademais, para o levantamento de dados utilizou-se a técnica de pesquisa “documental indireta”, que realiza o levantamento de dados a partir da pesquisa documental e pesquisa bibliográfica, tendo em vista que o trabalho foi construído com base na revisão bibliográfica de livros, artigos, sites e doutrina. Bem como, utilizou-se a técnica de pesquisa “documental direta” na pesquisa e análise da jurisprudência selecionada do Supremo Tribunal Federal.

Logo, a presente pesquisa se justifica pela relevância teórica, tendo em vista que o tema é amplamente discutido no âmbito da doutrina e possui aplicação na prática, conforme pesquisa jurisprudencial. Outrossim, possui relevância social, considerando suas implicações na garantia de direitos fundamentais, como o direito à saúde, já consagrados no ordenamento jurídico brasileiro.

Posto isto, estrutura-se o artigo em três tópicos, quais sejam, I. Considerações introdutórias sobre o princípio da proibição do retrocesso, no qual, a partir de revisão bibliográfica, apresenta o princípio e o situa na ordem jurídico-constitucional brasileira; II. Limites e potencialidades do argumento na prática, em que, expõe objeções e critérios de autores para a aplicação do argumento; III. Aplicação do princípio da proibição do retrocesso no âmbito da saúde pelo STF, em que, com base na jurisprudência selecionada do tribunal, visa realizar uma análise de como tem sido aplicado o princípio no Brasil, no âmbito da saúde.

2. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Preliminarmente ao conceito da proibição do retrocesso ou proibição da regressividade – expressão mais utilizada no âmbito do direito internacional –, Courtis (2006) apresenta que é necessário ter em vista que a noção de regressividade pode ter dois campos de aplicação.

Primeiro, a noção de regressividade pode ser aplicada aos resultados de uma política pública, de modo que, está será regressiva sempre que seus resultados piorarem em relação aos resultados de um parâmetro temporalmente anterior. Esta concepção requer a análise de indicadores ou referências empíricas dos resultados de uma política pública.

A segunda noção de regressividade diz respeito a regressividade das normas jurídicas, que se refere à extensão dos direitos conferidos por uma norma. Assim, é necessário comparar uma norma que modificou ou substituiu outra, para determinar se aquela é uma norma é regressiva, isto é, se ela suprime, limita ou restringe direitos ou benefícios concedidos pela anterior. Conforme Courtis (2006), se avaliará se o nível de proteção oferecido pelo ordenamento jurídico posterior realmente piorou a situação fática em comparação com o ordenamento jurídico anterior.

Logo, a proibição da regressividade, atua no sentido de proibir que medidas estatais enfraqueçam ou retirem o nível de proteção concedido, criando obstáculos à satisfação das necessidades básicas das pessoas. Como exposto por Courtis (2006) ela impede que o legislador ou o titular do poder normativo adote normas que revoguem ou diminuam o nível de direitos econômicos, sociais e culturais consagrados por tratados internacionais de direitos humanos ou, pelo Estado no cumprimento sua obrigação de progressividade.

Para Sarlet (2010), a proibição do retrocesso, embora nem sempre sob este rótulo, já foi recepcionada no âmbito do constitucionalismo latino-americano e têm encontrado crescente receptividade doutrinária e jurisprudencial em várias ordens jurídicas.

À vista disso, Sarlet (2010) fundamenta a possibilidade de se reconhecer o princípio de proibição de retrocesso na ordem jurídico-constitucional brasileira a partir de diversos princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional. Tais como, dos princípios do Estado Democrático e Social de Direito; do princípio da dignidade da

pessoa humana, do dever de assegurar a máxima eficácia e efetividade às normas definidoras de direitos fundamentais; e do princípio da proteção da confiança.

Sarlet (2010) argumenta que não reconhecer o princípio da proibição do retrocesso, equivaleria a admitir que os representantes do Estado, ainda que vinculado aos direitos fundamentais, pudesse tomar livremente decisões que desrespeitasse as disposições constitucionais. Ademais, seus argumentos restariam enrobustecidos pelos fundamentos do sistema de proteção internacional, que impõe a progressiva concretização da proteção social por parte dos Estados, em especial, sobre os direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesse sentido, como exposto por Cambi (2011), o princípio da proibição de retrocesso está previsto em diversos documentos normativos, destacando-se o Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos (art. 5º, §§ 1º e 2º) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 5º, §§ 1º e 2º).

Ainda, a noção de proibição do retrocesso foi objeto de previsão também em Constituições, como por exemplo, a Constituição Portuguesa, que prevê expressamente no Artigo 18.3: *“As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”*¹

Assim, os juristas portugueses Canotilho e Moreira (1991), ao lesionarem sobre a eficácia jurídico-constitucional dos direitos sociais, esclarecem que o Estado, ao cumprir as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, esta deixa de consistir apenas numa obrigação positiva, e se transforma também em uma obrigação negativa:

As normas constitucionais que reconhecem direitos econômicos, sociais e culturais de carácter positivo têm pelo menos uma função de garantia da satisfação adquirida por esses direitos, implicando uma «proibição de retrocesso», visto que, uma vez dada satisfação ao direito, este «transforma-se», nessa medida, em «direito negativo» ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele. (CANOTILHO; MOREIRA.1991, p. 131)

¹ PORTUGAL. **Constituição Portuguesa.** Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>

Embora o princípio da proibição do retrocesso não esteja explícito na Constituição do Brasil, quando a noção começava a ganhar curso na doutrina constitucional brasileira, Barroso (2006), apontou que:

Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançado a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior. (BARROSO. 2006, p. 152-153)

A respeito da natureza principiológica dessa noção, Derbli (2007), aludindo a Ávila, explica que princípios são normas jurídicas de conteúdo finalístico dotadas de caráter prospectivo. Não obstante, é possível admitir a existência de princípios com caráter retrospectivo, e que a noção de proibição do retrocesso tem uma finalidade precipuamente negativa, tendo em vista que, direciona-se para um não retorno de um estado indesejável de coisas.

O autor afirma que *“a proibição do retrocesso social é um princípio constitucional, com caráter retrospectivo, na medida em que se propõe a preservar um estado de coisa já conquistado contra a sua restrição ou supressão arbitrária”*. (DERBLI. 2007, p. 201-202)

De acordo com Derbli (2007), a particularidade da proibição do retrocesso está na prevalência do caráter negativo de sua finalidade, embora exista, em menor escala, um elemento positivo de sua finalidade, que é a obrigação de avanço social, devendo o legislador ampliar, progressivamente, o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, observando as condições fáticas, jurídicas, bem como, orçamentárias do Estado.

3. LIMITES E POTENCIALIDADES DO ARGUMENTO NA PRÁTICA

Como exposto por Fileti (2009) a aplicação do princípio da proibição do retrocesso não está livre de objeções, o autor chega a apontar cinco deles, quais sejam: I. a indeterminação jurídico-constitucional do objeto dos direitos fundamentais;

II. a omissão do legislador e retrocesso social; III. a constitucionalização do direito legal; IV. a maior proteção consagrada dos direitos fundamentais sociais em face dos direitos de liberdade; V. a realidade fática e caráter relativo do princípio.

A primeira objeção diz respeito a indeterminação jurídico-constitucional do objeto dos direitos fundamentais, de forma que o legislador dispõe de liberdade de conformação e pode voltar atrás nas suas decisões, desde que respeite o princípio da confiança e justifique as medidas reducionistas. Fileti (2009) contrapõe, aludindo a Sarlet, que o reconhecimento dessa concepção daria poder ao legislador dispor do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais e eliminar normas concretizadoras de direitos sociais.

A segunda objeção trata da correlação entre omissão do legislador e retrocesso social, “*o retrocesso social pressupõe um ato comissivo, formalizado, do legislador, contrariamente aos preceitos constitucionais*” (FILETI. 2009, p. 163), e na omissão não há ato sujeito a refutação. Outra objeção está no fato de que uma norma infraconstitucional passaria a ter força de norma constitucional ao concretizar um direito social prestacional. No entanto, Fileti (2009) defende que uma norma constitucional definidora de direito social, pode passar a ser compreendida como intrínseca à disciplina prevista na própria Constituição.

A quarta oposição em relação a proibição do retrocesso é a suposta maior proteção consagrada dos direitos fundamentais sociais em face dos direitos de liberdade. Contudo, para Fileti (2009), o que se defende não é a maior proteção aos direitos fundamentais sociais, mas a mesma proteção dada ao núcleo essencial dado aos direitos de liberdade. Por fim, a última objeção diz respeito ao caráter relativo do princípio do retrocesso em face da realidade fática, devendo-se considerar que as relações sociais e econômicas são dinâmicas e não podem dissociar-se da realidade, da capacidade prestacional do Estado e da sociedade.

Dessa forma, argumenta Fileti (2009), que como princípio, a proibição do retrocesso não é absoluta e está passível de ponderação. Não obstante, fica excluída, em regra, a possibilidade de integral supressão da regulamentação infraconstitucional de um direito social ou garantia da manutenção de um direito social, visando manter o núcleo essencial da norma.

Nessa perspectiva de limites à aplicação da proibição do retrocesso, conforme Pierdoná, Francisco, Neto (2020), em momentos de crise, seja conjuntural ou estrutural, em que os Estados enfrentam problemas de escassez e crise orçamentária,

a consecução dos seus programas sociais são afetados, tendo em vista a realização de escolhas alocativas, com a conseqüente regressão social.

Para os autores, essas escolhas alocativas devem ser feitas como medidas extremas, quando já não for mais possível harmonizar o seu programa social com o orçamento estatal, tornando-se uma medida inevitável. Assim, a transparência de dados governamentais e o debate democrático e público são fundamentais preservar os serviços mínimos e indispensáveis à realização de direitos sociais.

De acordo com Pierdoná, Francisco, Neto (2020), o Estado deve redesenhar as tarefas estatais, adequando suas dimensões e proposições a projetos realistas e exequíveis. No entanto, esse redesenho não é simples, e deve ocorrer antes ou acompanhado de outras estratégias como superação da escassez de recursos por meio do aumento de arrecadação, para reequilíbrio e sustentabilidade de compromissos sociais. Dessa forma, argumenta os referidos autores que:

Com isso, é possível a substituição de pensamentos extremos e estáticos, como a tentativa de proibir em qualquer hipótese o retrocesso social, ou querer impor a implementação progressiva dos direitos sociais mesmo em tempos de escassez de recursos, por um modelo que tem por base o desenho de programa social sustentável e exequível, harmonizado com a eficiência socioeconômica. (PIERDONÁ, FRANCISCO, NETO. 2020, p. 66)

Nesse contexto, o papel do Direito seria o de controlador e organizador social, bem como, o de tutelador, *“quando se coloca à disposição da sociedade para tutelar a busca pelos seus objetivos e metas, exercendo-o de forma que o uso das escassas riquezas ocorra de maneira racional, eficiente e equilibrada”* (PIERDONÁ, FRANCISCO, NETO. 2020, p. 66).

Ademais, essa discussão também perpassa sobre quem deve decidir acerca da alocação desses valores e com que parâmetros. Nesse contexto, muitas discussões sobre a efetivação de programas sociais são levadas ao Poder Judiciário, o que para Pierdoná, Francisco, Neto (2020) podem se deparar com uma indevida principiologia da irrestrita afirmação dos direitos fundamentais.

Portanto, conclui os autores que a proteção social deve estar conectada com a realidade e demais imperativos do ordenamento jurídico. Assim, na análise da redução de benefícios sociais ou do ritmo de suas implementações o Poder Judiciário deve respeitar as escolhas dos outros poderes de alocação de escassos recursos disponíveis.

Nesse contexto, conforme Gonçalves e Silva (2018), diante da insuficiência de concretização de políticas públicas no âmbito da saúde pelos entes federativos, os indivíduos têm cada vez mais recorrido ao Poder Judiciário. Assim, percebe-se um conflito entre a necessidade de cumprimento do direito fundamental à saúde e a escassez dos recursos orçamentários, tendo em vista que, os recursos na sociedade são finitos e é necessário fazer escolhas para sua melhor alocação.

Para os autores, a satisfação dos direitos sociais envolve recursos escassos, pois são promovidos a partir da tributação, dessa maneira, a escassez de recursos deve ser considerada na criação, interpretação e aplicação do direito. “*Denota-se, assim, que a racionalidade econômica demanda a análise de custo-benefício, de maneira que, num ambiente de escassez, o atendimento de direitos sociais pelo Estado está limitado à disponibilidade orçamentária.*” (GONÇALVES; SILVA. 2018, p. 251-252).

Portanto, para Gonçalves e Silva (2018) a concretização do direito à saúde deve considerar que a satisfação desse direito possui limites na disponibilidade orçamentária do ente federativo. Ainda, que o legislador ou administrador são democraticamente legitimados para elaborar e executar políticas públicas, bem como, decidir sobre a afetação de seus recursos.

Nesse sentido, Mendonça (2016) defende que para o uso controlado do argumento deve-se considerar que quanto a “*vedação do retrocesso da eficácia jurídica*” – acepção que entende que uma vez tornada aplicável uma norma constitucional não autoaplicável, esta não pode ser revogada por inteiro, sem colocar nada no lugar –, não há riscos democráticos no uso do seu argumento.

No entanto, no que se refere a “*vedação do retrocesso da efetividade constitucional*” – que entende que não pode haver redução na qualidade dos direitos fundamentais sociais já efetivados, incluindo alterações legislativas e regulamentares, redução de prestações materiais e alterações organizacionais –, Mendonça (2016) propõe alguns critérios para seu uso, quais sejam: I. uma circunscrição material; II. uma abrangência formal, III. uma abrangência material; IV. e alguns requisitos.

A circunscrição material, delimita que o princípio da vedação do retrocesso só se aplica a situações em que há "consenso básico profundo". A abrangência formal afasta a aplicação do princípio às emendas à constituição, veículo legislativo que goza de presunção de democraticidade; as leis orçamentárias, que possuem restrições particulares; e à estrutura da organização de serviços públicos, eis que o controle do

que é retrocesso seria inexecutável. A abrangência material entende que a aplicação do princípio não se restringe aos direitos sociais.

Por fim, Mendonça (2016) apresenta três requisitos para uma adequada aplicação da vedação do retrocesso, quais sejam, apresentar-se justificativa plausível para a alteração; preservar-se o núcleo do direito alterado; e, observar a razão pública. Concluindo que, para o uso controlado do argumento, deve-se ter em vista que trata-se de uma garantia da eficácia jurídica já conquistada pela Constituição e garantia de conteúdos civilizacionais mínimos.

Nesse sentido, vale refletir sobre a potencialidades da aplicação do princípio da proibição do retrocesso social em questões atuais, como a situação da pandemia do Covid-19, que consoante Fürst (2020), pode ser relacionado com a vedação ao retrocesso social, tendo em vista que a pandemia foi capaz de provocar conflitos entre economia, trabalho, saúde, dignidade humana etc.

Fürst (2020) exemplifica que tendo em vista os impactos que o Covid-19 causaria à saúde pública, foi editada a Lei 13.979/2020, regulamentada pela Portaria do Ministério da Saúde 356/2020, que estabeleceu medidas para contenção da disseminação do Covid-19, como, por exemplo, isolamento e quarentena, previstos no artigo 3º da Lei 13.979/2020, medidas que foram adotadas por governadores e prefeitos.

Nesse sentido, houve argumentos na linha de que distanciamento social como forma proposta de proteção à saúde pública implicaria uma crise econômica que seria um problema ainda maior do que a questão sanitária e que a proteção de empregos era tão relevante quanto a de vidas.

No entanto, argumenta Fürst (2020), que medidas para contenção da disseminação do Covid-19, como o distanciamento social, seria um novo instrumento de efetividade do direito fundamental à saúde e que uma tentativa de modificar tal medida sem um critério científico de saúde pública, representaria um retrocesso social. Para o autor, os desafios colocados pela pandemia não podem servir de escusa para uma reação inconstitucional e que prejudique os preceitos democráticos do país.

Posto isso, a próximo tópico visa aprofundar a questão da aplicação do princípio da proibição do retrocesso no Brasil, no âmbito da saúde, a partir da análise de como o referido princípio foi aplicado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em discussões sobre saúde.

4. MATERIAL E MÉTODOS

Na execução de uma pesquisa, consoante Lakatos e Marconi (2003), o primeiro procedimento é a coleta de dados, que no presente caso, foi a coleta documental. Após a coleta dos dados, eles são elaborados e classificados de forma sistemática, para isso, os dados devem seguir os seguintes passos: seleção, codificação, tabulação.

A seleção é o exame minucioso dos dados, na presente pesquisa foi realizado a seleção de julgados no site do Supremo Tribunal Federal que continham as expressões “proibição do retrocesso” ou “vedação do retrocesso”, combinado com o termo “saúde”, sendo filtrado os acórdãos.

A escolha do Supremo Tribunal Federal se deu porque este é responsável pela defesa da Constituição e responsável pela produção da jurisprudência constitucional de grande importância, de forma a possibilitar a análise da repercussão do referido princípio na prática.

Já a codificação é a técnica operacional utilizada para categorizar os dados que se relacionam, nesse sentido, foi feita uma análise dos acórdãos da forma a seguir explicitada.

A primeira pesquisa resultou o total de 32 acórdãos no site do Supremo Tribunal Federal, da análise sobre as ementas desses acórdãos foi retirado aqueles em que o assunto principal não era o direito a saúde. Na segunda análise, sobre o inteiro teor dos acórdãos, foi retirado aqueles que não tratavam sobre o princípio da vedação do retrocesso social no âmbito da saúde, mas sim, em outras áreas ou apenas citava o princípio, sem argumentar sobre este, o que resultou o total de 5 acórdãos.

O último passo apresentado por Lakatos e Marconi (2003) é a tabulação, que é a disposição dos dados em tabelas, para melhor verificação das inter-relações entre eles.

Posto isso, segue tabela com todos os acórdãos resultados da pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal que continham as expressões “proibição do retrocesso” ou “vedação do retrocesso”, combinado com o termo “saúde”, por ordem cronológica, dos mais recentes para os mais antigos. Ainda, colocou-se (*) nos acórdãos em que foram analisados os votos dos ministros.

Acórdão	Órgão julgador:	Ministro(a) Relator(a):	Julgamento:
*ADI 5779	Tribunal Pleno	Nunes Marques Redator: Edson Fachin	14/10/2021
ADI 6442	Tribunal Pleno	Alexandre de Moraes	15/03/2021
ADPF 748 MC-Ref	Tribunal Pleno	Rosa Weber	30/11/2020
*ADI 5501	Tribunal Pleno	Marco Aurélio	26/10/2020
ADI 4468	Tribunal Pleno	Celso de Mello	13/10/2020
ADI 2096	Tribunal Pleno	Celso de Mello	13/10/2020
ADI 5852	Tribunal Pleno	Dias Toffoli Redator: Luiz Fux	24/08/2020
ADPF 656 MC	Tribunal Pleno	Ricardo Lewandowski	22/06/2020
ADI 6380 MC	Tribunal Pleno	Marco Aurélio Redator: Alexandre de Moraes	15/05/2020
ADI 6342 MC-Ref	Tribunal Pleno	Marco Aurélio Alexandre de Moraes	29/04/2020
ADI 6349 MC-Ref	Tribunal Pleno	Marco Aurélio	29/04/2020
ADI 1764	Tribunal Pleno	Gilmar Mendes	20/04/2020
ADC 43	Tribunal Pleno	Marco Aurélio	07/11/2019
ADI 5592	Tribunal Pleno	Cármem Lúcia Redator: Edson Fachin	11/09/2019
ADO 26	Tribunal Pleno	Celso de Mello	13/06/2019
ADI 5938	Tribunal Pleno	Alexandre de Moraes	29/05/2019
ADI 3239	Tribunal Pleno	Cezar Peluso Redatora: Rosa Weber	08/02/2018
ADI 4066	Tribunal Pleno	Rosa Weber	24/08/2017
ARE 968896 AgR- segundo	Segunda Turma	Dias Toffoli	19/05/2017
RE 760931	Tribunal Pleno	Rosa Weber Redator: Luiz Fux	26/04/2017
RE 381367	Tribunal Pleno	Marco Aurélio Redator: Dias Toffoli	26/10/2016

ADI 5468	Tribunal Pleno	Luiz Fux	30/06/2016
ADI 5501 MC	Tribunal Pleno	Marco Aurélio	19/05/2016
ADPF 347 MC	Tribunal Pleno	Marco Aurélio	09/09/2015
*ARE 745745 AgR	Segunda Turma	Celso de Mello	02/12/2014
RE 658312	Tribunal Pleno	Dias Toffoli	27/11/2014
*ARE 727864 AgR	Segunda Turma	Celso de Mello	04/11/2014
ADI 4350	Tribunal Pleno	Luiz Fux	23/10/2014
ARE 704520	Tribunal Pleno	Gilmar Mendes	23/10/2014
*RE 581352 AgR	Segunda Turma	Celso de Mello	29/10/2013
ARE 639337 AgR	Segunda Turma	Celso de Mello	23/08/2011
STA 223 AgR	Tribunal Pleno	Ellen Gracie Redator: Celso de Mello	14/04/2008

FONTE: Stella Rodrigues Oliveira (2022)

Por fim, foram analisados os votos dos Ministros dos seguintes acórdãos, ADI 5.779, voto do Min. Edson Fachin (Páginas 23-41); ADI 5.501, voto do Min. Edson Fachin (Páginas 1-35); ARE 745.745, voto do Min. Celso de Mello (Páginas 1-26); ARE 727.864, voto do Min. Celso de Mello (Páginas 1-33); e RE 581.352 voto do Min. Celso de Mello (Páginas 1-34).

Após manipulação dos dados e obtidos os resultados, o passo seguinte é a análise e interpretação deles. De acordo com Lakatos e Marconi (2003) a análise e interpretação são duas atividades distintas, na análise, o pesquisador visa conseguir respostas às suas indagações e estabelecer as relações necessárias entre os dados obtidos e as hipóteses formuladas, as comprovando ou refutando, mediante a análise; já na interpretação, o pesquisador procura ampliar as respostas, vinculando-as a outros conhecimentos, faz ilações mais amplas dos dados discutidos.

Na presente pesquisa, após análise dos dados, quais sejam, a revisão bibliográfica sobre o tema e pesquisa jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal sobre os argumentos a respeito do princípio do retrocesso no âmbito da saúde, buscou-se fazer algumas considerações finais sobre a aplicação do argumento no Brasil.

5. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NO ÂMBITO DA SAÚDE PELO STF

A Constituição Brasileira consagrou expressamente a saúde como direito fundamental da pessoa humana, previsto no artigo 6º da CRFB, bem como nos artigos 196 a 200, que contém uma série de normas sobre o direito à saúde. Tal como, a garantia de acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde e imposição de dever ao Estado de prestar a assistência e promover políticas públicas para prevenção e tratamento de doenças.

Como exposto por Sarlet (2002), a saúde além de um direito previsto na Constituição, é também um dever, afirmação que se depreende do artigo 196 da CRFB, que dispõe: *"a saúde é direito de todos e dever do Estado..."*², sublinhando a obrigação do Estado para com a efetivação deste direito. Ainda, é possível reconhecer que a saúde gera um correspondente dever de respeito para os particulares, igualmente vinculados na condição de destinatários de direitos fundamentais.

O direito à saúde, assevera Sarlet (2002), pode ser considerado, simultaneamente, direito de defesa (negativos), no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e particulares, de forma que sua agressão é, em tese, inconstitucional, e pode ser objeto de uma demanda judicial, em sede de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade. Bem como, direito à prestação (positivos), impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem sua efetivação, tornando o particular credor de prestações materiais relacionadas a saúde.

É nesse contexto que torna-se relevante considerar a proibição de retrocesso como um princípio que impede que o legislador desconstitua o grau de concretização de uma ou mais normas infraconstitucionais que concretizaram o direito à saúde constitucionalmente previsto. Especialmente quando se trata de normas constitucionais que acabam por depender de normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade.

Conforme Sarlet (2002), a Constituição trouxe de forma genérica o direito à saúde, não definindo em que consiste o objeto desse direito, de forma que, quem vai

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

definir e concretizá-lo é o legislador Federal, Estadual e/ou Municipal, a depender da competência legislativa prevista na Constituição. Ainda, será o Poder Judiciário que irá interpretar as normas da Constituição e as normas infraconstitucionais que a concretizarem, quando acionado no caso concreto.

Nesse sentido, cabe mencionar o caso concreto apresentado no artigo de Campos (2019), que analisou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.595, que diz respeito à alteração da sistemática de financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Emenda Constitucional (EC) nº 86/2015³, considerando a vedação ao retrocesso social como baliza principiológica e normativa.

Como exposto por Campos (2019), o Procurador Geral da República que propôs a ADI nº 5.595 pugnou pela declaração de inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º da EC nº 86/2015, por se tratar de dispositivos que reduziam o financiamento federal para as ações e serviços públicos em saúde (ASPS), mediante piso anual progressivo para custeio pela União, e nele incluíam a parcela decorrente de participação no resultado e a compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, previsto no art. 20, § 1º da CRFB.

Neste caso, o Procurador Geral da República entendeu que a EC nº 86/2015 caracterizaria uma violação aos direitos à vida e à saúde; uma afronta ao princípio da vedação de retrocesso social; uma contrariedade ao princípio da proporcionalidade; e um descumprimento do dever de progressividade na concretização dos direitos sociais.

Posto isso, foi formulado pedido de medida cautelar, concedido pelo Relator Ministro Lewandowski, que *“apontou a garantia de financiamento estável e progressivo, como mecanismo da dimensão objetiva ou institucional do direito fundamental à saúde, a fundamentar a concessão da medida cautelar na ADI nº 5.595.”* (CAMPOS. 2019, p. 162)

Nos interessa ressaltar que, o Ministro Lewandowski asseverou que a EC nº 86/2015 feria o dever de progressividade disposto no art. 5º, §§ 1º e 2º, bem como, a garantia de irredutibilidade do art. 194, parágrafo único, IV da CRFB, lastreados na

³ “A EC nº 86/2016 manteve o SUS subfinanciado; vinculou os recursos do pré-sal ao piso mínimo, assim como as emendas parlamentares; além de desconsiderar o PLP nº 321/2013, que elevaria o financiamento do SUS em apenas 0,8% do PIB, isto é, de 3,9% para 4,7% do produto interno bruto (PIB), enquanto os bons sistemas públicos em outros países contam, em média, com 8% do PIB.” (CAMPOS. 2019, p. 160)

preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, caput e III) e nos tratados internacionais sobre os direitos econômicos, sociais e culturais dos quais o país é signatário.

Portanto, para Campos (2019), o acesso à saúde envolve o debate acerca das escolhas alocativas orçamentárias e que nesse sentido, a *“vedação do retrocesso social está presente no debate como fundamento jurídico e material para a limitação do poder reformador do constituinte derivado, havendo divergência quanto aos contornos dessa limitação.”* (CAMPOS. 2019, p. 166). Assim, a decisão judicial comentada retoma a discussão acerca da força normativa dos princípios constitucionais, como a vedação do retrocesso social.

Nesse seguimento, para analisar a repercussão do princípio da proibição do retrocesso no âmbito da saúde, que no presente artigo, foi realizado a seleção de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, em que se aplicou o argumento. Para isso, foi realizado a pesquisa, no site do tribunal, das expressões “proibição do retrocesso” ou “vedação do retrocesso”, combinado com o termo “saúde”, sendo filtrado os acórdãos. Após seleção e filtragem, foram selecionados 5 acórdãos, em que foram analisados os votos dos ministros, a seguir apresentados.

A ADI 5.779, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), de relatoria do Ministro Nunes Marques, julgada em 14/10/2021, declarou inconstitucional a Lei 13.454/2017, que autorizava a produção, a comercialização e o consumo dos inibidores de apetite. O Redator do acórdão, Ministro Fachin, a respeito da controvérsia sobre se o Congresso Nacional poderia autorizar a produção de substância potencialmente ofensiva a saúde humana, dispensando o registro, conduz à uma resposta negativa.

O Ministro Fachin ressalta que a Lei 8.080/90, que dispõe sobre o sistema único de saúde, atribui ao órgão de vigilância sanitária, no seu art. 6º, § 1º, I, as competências para *“o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo”*⁴. Ademais, a Lei nº 6.360/1976 dispõe sobre o controle de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, cosméticos, saneantes etc., para garantir a segurança, eficácia e qualidade dos produtos destinados a saúde humana.

⁴ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Brasília, 19 de setembro de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>

Nesse sentido, a Anvisa é a agência responsável por essas ações de vigilância sanitária e, “*ao normatizar as regras de segurança, qualidade e eficácia, a agência garante a participação de empresas e consumidores no mercado de medicamentos em condições mais equilibradas*”⁵. Posto isso, o Ministro Fachin fundamenta que o controle de medicamento por parte do Estado é indispensável para a proteção do direito à saúde.

Além disso, o Ministro Fachin expõe as obrigações atribuídas ao Estado, com base nas disposições sobre saúde no âmbito internacional, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, internalizado pelo Decreto n. 591/1992, e o Protocolo de São Salvador.

Ainda, conforme o Ministro Fachin, a concretude ao direito à saúde estabelecida pela Lei 6.360/76 e as Resoluções aprovadas pela agência reguladora, Anvisa, representam verdadeiras conquistas para a proteção à saúde, motivo pelo qual, uma norma que venha a derogá-la ou não garanta igual proteção, incorre no chamado princípio da proibição do retrocesso.

Nesse sentido, o Ministro Fachin define a proibição do retrocesso a partir da jurisprudência do próprio Tribunal, no ARE 639.337 de relatoria do Ministro Celso de Mello⁶. Dessa forma, argumenta que “*ao deixar de atribuir a essa substância as mesmas garantias de segurança por quais passam os demais produtos destinados à saúde humana, há inconstitucionalidade material, ante a proteção insuficiente do direito à saúde.*”⁷

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5779, Relator(a): NUNES MARQUES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022. Pág. 27.

⁶ “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 conseqüência 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, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.” (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14- 09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5779, Relator(a): NUNES MARQUES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022. Pág. 36.

Questão parecida é discutida na ADI 5.501, ajuizada pela Associação Médica Brasileira (AMB), de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgada em 26/10/2020, que declarou inconstitucional a Lei 13.269, de 13 de abril de 2016, que autorizava o fornecimento de certa substância para tratamento de câncer, sem registro no órgão competente.

De acordo com o Relator Marco Aurélio, embora o Estado tenha o dever de ofertar remédios, também é de sua responsabilidade zelar pela qualidade e segurança dos produtos em circulação no país, por isso, a Constituição previu a criação de agências reguladoras, como a Anvisa. No entanto, para exercer esse monitoramento, a substância deve ser antes registrada no Ministério da Saúde, na forma do artigo 12 da Lei nº 6.360/1976: *“Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”*⁸.

Nada obstante, cabe trazer o voto do Ministro Fachin que apresenta novamente os argumentos de necessidade de regulação, vigilância sanitária e controle dos medicamentos, que tem por finalidade garantir a segurança, eficácia e qualidade do produto destinado a saúde, consoante dispositivos da Lei 6.360/76. Bem como, expõe as obrigações atribuídas ao Estado, com base nas disposições sobre saúde no âmbito do sistema internacional.

Entretanto, aqui, sobre a questão se o Congresso Nacional poderia autorizar a produção de substância potencialmente ofensiva a saúde humana, dispensando o registro, a resposta foi condicional. O Ministro Fachin pondera que, em que pese a Anvisa não detenha competência privativa para autorizar a comercialização de medicamentos, *“a liberação da produção e comercialização de qualquer substância que afete à saúde humana deve ser acompanhada de medidas necessárias para garantir a proteção suficiente do direito à saúde.”*⁹

Portanto, o Ministro Fachin novamente argumenta que a Lei 6.360/76 e as Resoluções aprovadas pela Anvisa significam verdadeiras conquistas para à proteção à saúde, e uma norma que venha a derogá-la ou não garanta igual proteção, incorre

⁸ BRASIL. **Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976**. Brasília, 23 de setembro de 1976. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5501, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-283 DIVULG 30-11-2020 PUBLIC 01-12-2020. Pág. 28.

no chamado princípio da proibição do retrocesso, na forma como definida pela Ministro Celso de Mello na já citada ARE 639.337.

Não obstante, considerando a gravidade da doença apresentada pelo paciente e cumprindo alguns requisitos, o Ministro Fachin entendia ser possível reconhecer para pacientes terminais, a constitucionalidade da Lei 13.269/2016, que autorizava o fornecimento de certa substância, sem registro no órgão competente.

Por sua vez, no ARE 745.745, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgada em 02/12/2014, que adveio do caso concreto em que se discutia omissão inconstitucional do Município ao não instituir rede de proteção e assistência à saúde da criança e do adolescente. A questão central versava sobre a possibilidade do Judiciário, sem ofender o princípio da separação de poderes, determinar, ao Município, a adoção de medidas ou providências para assegurar a execução e efetividade de direitos, quando este for injustamente omissivo no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas.

Para o Ministro Relator a intervenção jurisdicional torna-se legítima, quando há recusa arbitrária dos órgãos estatais competentes em conferir concretude a direitos constitucionalmente estabelecidos, como o direito à saúde.

Não obstante, o Ministro Mello faz considerações a respeito da cláusula da “reserva do possível”, que considera que a efetivação e implementação de determinados direitos, demanda prestações estatais positivas e depende das possibilidades orçamentárias do Estado. No entanto, argumenta que a cláusula não pode ser invocada, pelo Estado, a fim de se exonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais, fazendo prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado ao invés de proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde.

Ademais, o Ministro Mello invoca o princípio da proibição do retrocesso como um parâmetro constitucional, *“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”*¹⁰. Para o Relator, a cláusula que proíbe o retrocesso representa uma dimensão negativa para os direitos sociais de natureza

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 745745 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014. Pág. 20

prestacional, impedindo que seus níveis de concretização venham a ser reduzidos ou suprimidos, sem que sejam implementadas políticas compensatórias.

O Ministro Relator fundamenta a aplicação do princípio nas lições de Canotilho, para quem, o núcleo essencial dos direitos sociais já efetivados por medidas legislativas deveria ser considerado constitucionalmente garantido, de modo que, quaisquer medidas estaduais que, na prática, acabem por anular, revogar ou aniquilar esse núcleo essencial, são inconstitucionais. Assim, *“a liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.”*¹¹

Além disso, é citado o julgado do Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 39/84), cujo Relator foi o Conselheiro Vital Moreira, que reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública, invocando a cláusula da proibição do retrocesso. De acordo com o acórdão, enquanto certas tarefas constitucionais não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem, no entanto, uma vez criadas, está passa a obrigar o Estado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

Por fim, conclui o Ministro Mello, considerando a essencialidade do direito à saúde, a omissão do Estado em cumprir suas obrigações, notadamente nas normas inscritas nos arts. 196 e 197 da CRFB, importa em grave ofensa aos direitos fundamentais.

Esse mesmo fundamento é encontrado no ARE 727.864, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 04/11/2014, do caso concreto em que se discutia o dever de custeio, pelo Estado, do atendimento de pacientes do SUS, atendidos por instituições privadas. Novamente, a questão central versava sobre a possibilidade de o Judiciário, sem ofender o princípio da separação de poderes, determinar, no caso, ao Estado, a adoção de medidas ou providências para assegurar a execução e efetividade de direitos, quando este for injustamente omissivo no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas.

Do mesmo modo, o Ministro Relator entende que o encargo de implementar políticas públicas pode ser, excepcionalmente, atribuída ao Judiciário, quando há

¹¹ Idem. Pág. 22

recusa arbitrária dos órgãos estatais competentes em conferir concretude a direitos constitucionalmente estabelecidos. Ainda, novamente o Ministro Mello faz considerações sobre a “reserva do possível” e adverte que a cláusula não pode ser invocada pelo Estado para, dolosamente, se desobrigar de cumprir suas obrigações constitucionais, principalmente, aquelas fundamentais.

Assim, a omissão inconstitucional dos órgãos do Poder Público em cumprir as obrigações previstas constitucionalmente, ainda que se trate de omissão parcial, deve ser repelida. Posto isso, o Ministro Mello invoca o princípio da proibição do retrocesso, como um parâmetro constitucional, apresentando o princípio a partir da doutrina de Canotilho e o Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional português.

Por fim, no RE 581.352 AgR, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 29/10/2013, em que o caso concreto discutia a ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais, em face do dever estatal de assistência materno-infantil, o Ministro Relator invoca o princípio da proibição do retrocesso como um parâmetro constitucional, da mesma forma que nos acórdãos de sua relatoria acima mencionados, apresentando o princípio a partir da doutrina de Canotilho e o Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional português.

Dessa maneira, exposto os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que invocam o princípio da proibição do retrocesso em acórdãos que discutem o direito à saúde, passa-se agora para análise e considerações finais.

A respeito de quem dos ministros mais invocou o argumento, evidencia-se que o Ministro Celso de Mello é quem mais identifica hipóteses de incidência da proibição do retrocesso, ao utilizá-lo como parâmetro constitucional. O Ministro Edson Fachin inclusive cita o Ministro Celso de Mello ao definir o princípio da proibição do retrocesso nos termos da jurisprudência do Tribunal.

No que se refere à quando o princípio da proibição do retrocesso foi utilizado, percebe-se que os acórdãos analisados estão em um recorte temporal de 8 anos, sendo o último de 2021.

A respeito de como o argumento tem sido aplicado, percebe-se que os votos se fundamentam na essencialidade do direito à saúde e, em que pese, ponderem com a cláusula do reserva do possível, os Ministros acabam por ser mais garantistas e invocam o princípio da proibição do retrocesso para assegurar a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde.

Ainda, os argumentos são embasados na doutrina de Canotilho, que expõe que a proibição do retrocesso é a garantia contra as medidas que, na prática, acabem por anular, revogar ou aniquilar o núcleo essencial de direitos sociais já efetivados. E, no *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal, que entendeu que uma vez cumprido uma tarefa constitucionalmente imposta, está passa a ter sua existência constitucionalmente garantida.

Por fim, no que se refere-se ao que isso implica em termos de saúde, percebe-se que o princípio pôde ser utilizado na preservação um estado de coisa já conquistado e proteger a saúde humana. Como nos casos em que defendeu a aplicação das disposições sobre vigilância sanitária e as resoluções de agências reguladoras, garantindo a segurança, eficácia e qualidade de produtos e medicamentos que poderiam afetar a saúde humana

Bem como, em casos de omissão inconstitucional por parte do Estado em cumprir as obrigações constitucionais, servindo como argumento para possibilitar ao Judiciário, sem ofender o princípio da separação de poderes, determinar a adoção de políticas públicas, para assegurar a execução e efetividade de direitos.

Ademais, pode ser invocado em casos de omissão inconstitucional por parte do Estado em cumprir as obrigações constitucionais, sendo um argumento para possibilitar ao Judiciário, sem ofender o princípio da separação de poderes, determinar a adoção de políticas públicas para assegurar a execução e efetividade de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto no presente artigo, a proibição do retrocesso é garantia aos direitos fundamentais em face de medidas estatais que impliquem na anulação, revogação ou aniquilação do seu núcleo essencial. Tal argumento é embasado, principalmente, nos fundamentos do sistema de proteção internacional, que impõe a progressiva concretização da proteção social por parte dos Estados, em especial, sobre os direitos econômicos, sociais e culturais.

Em que pese alguns autores apontem objeções e limites à aplicação do referido princípio, como a necessidade de observar as condições fáticas, jurídicas e orçamentárias de o Estado cumprir seus compromissos sociais e, que o Poder Judiciário respeite as escolhas de alocação dos escassos recursos disponíveis dos

órgãos estatais. O que se percebe-se é que o argumento é amplamente discutido no âmbito da doutrina e possui aplicação na prática, conforme levantamento jurisprudencial.

Posto isso, no presente artigo realizou-se a pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que aplicaram o princípio da proibição do retrocesso no âmbito da saúde. Após seleção e filtragem, foram selecionados 5 julgados, sendo analisados os votos de Ministros dos seguintes acórdãos: ADI 5.779; ADI 5.501; ARE 745.745; ARE 727.864; e RE 581.352.

Ao final, verificou-se que o Ministro Celso de Mello foi quem mais identificou hipóteses de incidência da proibição do retrocesso, ao utilizá-lo como parâmetro constitucional. Ainda, que sua utilização é atual, tendo em vista que os acórdãos analisados estão em um recorte temporal de 8 anos, sendo o último de 2021.

A respeito de como o argumento tem sido aplicado, percebe-se que os votos são fundamentados na essencialidade do direito a saúde e, em que pese, ponderem com a cláusula do reserva do possível, invocam o princípio da proibição do retrocesso, para assegurar a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde.

Ainda, os argumentos são embasados na doutrina de Canotilho, que expõe que a proibição do retrocesso é a garantia contra as medidas que, na prática, acabem por anular, revogar ou aniquilar o núcleo essencial de direitos sociais já efetivados. E, no *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal, que entendeu que uma vez cumprido uma tarefa constitucionalmente imposta, esta passa a ter sua existência constitucionalmente garantida.

Por fim, no que se refere ao que isso implica em termos de saúde, percebe-se que o princípio pôde ser utilizado na preservação um estado de coisa já conquistado, como garantias para preservação da saúde. E, em casos de omissão inconstitucional por parte do Estado em cumprir as obrigações constitucionais, para assegurar a execução e efetividade desse direito.

Portanto, percebe-se que a proibição do retrocesso é um importante parâmetro constitucional para assegurar a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, como o direito à saúde. E, tem potencial para ser aplicado em momentos de crise e excepcionalidades do Estado, em que os direitos sociais são ameaçados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidade da Constituição brasileira.** /Luís Roberto Barroso. – 8. Ed. -Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Brasília, 19 de setembro de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>

BRASIL. **Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976.** Brasília, 23 de setembro de 1976. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5779**, Relator(a): NUNES MARQUES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5501**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-283 DIVULG 30-11-2020 PUBLIC 01-12-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 745745 AgR**, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 727864 AgR**, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 581352 AgR**, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário** / Eduardo Cambi. - 2. ed. rev. e atual. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPOS, TLC. A vedação ao retrocesso social: o debate judicial acerca dos impactos da Emenda Constitucional nº 86/2015 no financiamento do Sistema Único de Saúde. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. 2019 out./dez.; 8(4): 156-167.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COURTIS, Christian. ***Ni um passo atrás: la prohibición de regresividad em matéria de adereços sociales*** / compilado por Christian Courtis – 1ª ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988** / Felipe Derbli. - Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FILETI, Narbal. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social** / Narbal Fileti - Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FÜRST, Henderson. “Vedação de retrocesso em situação de pandemia”. **Gen Jurídico**. Publicado por Henderson Fürst, 01 de abril 2020. Disponível em: <

GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Marco Aurélio Souza da. A judicialização do direito à saúde no constitucionalismo brasileiro: escassez, custos e eficiência econômico-social. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n. 1, p. 238-264, abr. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29084>>.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica** / Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos. - 5. ed. - São Paulo: Atlas 2003.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: melhor quando tínhamos medo? Uma proposta para um uso controlado do argumento. In: MENDONÇA, José Vicente; FERRARI, Sérgio. (Org.). **Direito em público: homenagem ao professor Paulo Braga Galvão**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/25797541/Veda%C3%A7%C3%A3o_do_Retrocesso_melhor_quando_t%C3%ADnhamos_medo_Uma_proposta_para_um_uso_controlado_d_o_argumento>

PORTUGAL. **Constituição Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>

SARLET, Ingo Wolfgang. A Assim Designada Proibição de Retrocesso Social e a Construção de um Direito Constitucional Comum Latino-Americano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.