

# **CAPÍTULO I**

# **DIREITOS HUMANOS E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

*DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/estadodir07>*

*Bruno de Farias Favaro  
Reginaldo de Souza Vieira*

**SUMÁRIO**

## INTRODUÇÃO

O presente capítulo tem por objetivo analisar a teoria da vedação ao retrocesso social e sua relação com o direito à saúde no Brasil. Trata-se de questão extremamente relevante e controversa, uma vez que a crise econômica e a instabilidade institucional vivenciadas no país vêm dando azo a diversas medidas governamentais tendentes a cercear direitos anteriormente garantidos nas áreas do trabalho, da assistência social, da previdência social e da saúde<sup>1</sup>.

A proibição de retrocesso pode ser definida como um princípio não expresso no ordenamento jurídico, segundo o qual as garantias constitucionais implementadas pela legislação infraconstitucional não são passíveis de reforma ou cerceamento por meio de novas leis, ainda que de caráter temporário. Trata-se, portanto, de verdadeiro limite na atuação do legislador, a quem, segundo essa baliza, não é permitido regredir nas conquistas sociais anteriormente alcançadas. Essa teoria possui aplicação prática extremamente problemática, uma vez que se relaciona principalmente aos direitos fundamentais de segunda dimensão, de caráter prestacional, os quais dependem da existência de recursos e investimentos para sua efetivação enquanto projeto social.

Inicialmente, o estudo versará sobre os Direitos Humanos em uma perspectiva crítica, discorrendo sobre seu conceito, sua relação com os direitos fundamentais e sua classificação em diferentes dimensões. No seguir, estudar-se-á o princípio da proibição de retrocesso, perquirindo sobre suas origens e características no direito comparado. Igualmente, investigar-se-á a abrangência e amplitude da teoria, bem como sua correlação com os princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana. Analisar-se-ão também suas manifestações no Direito brasileiro, além da oposição ao princípio da reserva do possível. Por fim, será verificada a aplicabilidade da

---

1 Nesse sentido: a Lei n. 13.135/2015 imprimiu várias mudanças na Lei de Benefícios da Previdência Social; a Lei n. 13.467/2017 alterou diversas disposições da CLT e a proposta de reforma da previdência votada em 2019.

vedação ao retrocesso no direito fundamental à saúde, inclusive com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo conjugado com pesquisa predominantemente qualitativa. A pesquisa de jurisprudência no sítio do Supremo Tribunal Federal foi efetuada com os termos “proibição”, “retrocesso” e “social”, resultando em 28 julgados realizados entre 2011 e 2016. Destes, selecionaram-se dois processos julgados em 2014 que versaram sobre o dever estatal de prestação do direito à saúde, vinculados ao escopo do estudo.

## **DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES**

No limiar do século XXI, os estudos, análises e discussões relacionadas aos Direitos Humanos constituem parte essencial de qualquer projeto para o futuro da humanidade. Com efeito, a par do inegável desenvolvimento da ciência, da tecnologia e do conseqüente desenvolvimento na produção de bens, a verdade é que grande parcela da população mundial ainda hoje é vítima da fome, doença e violência que afligiam os povos antigos no início da história escrita.

Se, por um lado, a modernidade não cumpriu suas promessas de liberdade, igualdade e fraternidade sequer na Europa e nos Estados Unidos da América, o que dizer sobre o Brasil, onde os indicadores socioeconômicos, mesmo no novo milênio, apresentam números assustadoramente reduzidos? (SARLET, 2009, p. 448) Por tal motivo, segundo Herrera Flores (2009, p. 17), “[...] os Direitos Humanos constituem o principal desafio para a humanidade nos primórdios do século XXI”.

Esse contexto produz a necessidade de profunda reflexão quanto à natureza dos Direitos Humanos, bem como sobre as disputas e conflitos que redundam na sua gênese e positivação nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Nesse sentido, buscando superar a visão moderna e eurocêntrica firmada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Herrera Flores (2009, p. 28) sustenta que tais direitos são processos que exsurgem como o “[...] resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida.” O autor espanhol, desse modo, visa a rechaçar a visão moderna e jusnaturalista de que os Direitos Humanos são algo previamente dado, concebendo-os como resultado de tensões entre diferentes grupos pela transposição do poder e pelo protagonismo nos meandros da sociedade.

Já para Comparato (1998, p. 28):

O pleonasma da expressão Direitos Humanos, ou direitos do homem, é assim justificado porque se trata de exigências de comportamento fundadas essencialmente na participação de todos os indivíduos no gênero humano, sem atenção às diferenças concretas de ordem individual ou social, inerentes a cada homem.

No mesmo viés crítico, Rosillo Martínez (2015) classifica os Direitos Humanos como a juridificação dos meios necessários para a produção e reprodução da vida. Nesse ponto, ao invocar a teoria do autor mexicano, a temática dos Direitos Humanos passa a se relacionar com o objeto principal do presente estudo, ou seja, a proibição do retrocesso. De fato, o “produzir e reproduzir a vida” transcende ao mero conceito de sobrevivência, tratando-se, em verdade, da possibilidade de o ser humano ter suas necessidades materiais satisfeitas, fazer escolhas em seu projeto de vida e desenvolver suas potenciais capacidades. Cuida-se, enfim, de liberdade em sua real acepção, pois ninguém é verdadeiramente livre se não tem suas exigências fisiológicas garantidas.

Outrossim, é importante esclarecer que os Direitos Humanos e os fundamentais possuem conteúdos semelhantes, entretanto se distinguem porque sua normatização ocorre em diferentes planos ou esferas. A esse respeito, como aponta Wolkmer (2012, p. 23), “[...] alguns autores tendem a

distinguir a denominação de ‘direitos humanos’ (direitos numa esfera global) de ‘direitos fundamentais’ (direitos tutelados e consagrados na constituição de um país), dando a entender que cada um possui um sentido e um alcance”. Assim também converge Vieira (2013, p. 16), para quem:

Os direitos fundamentais surgem com a constitucionalização dos direitos humanos – ou seja, com sua positivação no texto constitucional dos Estados –, aplicáveis e vinculáveis de maneira imediata às entidades públicas e privadas. Já os direitos humanos se caracterizam por serem reconhecidos em documentos internacionais e considerados válidos para todos os povos.

Feita tal distinção, vale remeter à classificação proposta por Wolkmer (2012), segundo a qual os Direitos Humanos podem ser divididos em cinco “dimensões”. Segundo ele, os direitos de primeira dimensão são os civis e políticos, relacionados à liberdade, à igualdade e à propriedade. O titular deles é o homem individualmente considerado. Classificam-se como “negativos” porque impõem ao Estado o respeito ao patrimônio jurídico de cada indivíduo, criando um dever de não fazer. Surgiram no decorrer dos séculos XVIII e XIX como reflexo da hegemonia da burguesia, principalmente nos EUA e na França, com as Declarações de Direitos da Virgínia em 1776 e da França em 1789.

Os Direitos Humanos de segunda dimensão, por sua vez, são os sociais, ligados ao trabalho, à saúde e à educação. Tal qual ocorre com os direitos civis e políticos, os direitos de segunda dimensão possuem destinatários que podem ser individualmente delimitados. São, todavia, considerados “positivos”, pois exigem do Estado uma atuação ativa para que se efetivem. Sua gênese ocorreu no início do século XX, com a crise do liberalismo e o aparecimento do Estado do Bem-Estar Social, pautada no keynesianismo e no intervencionismo estatal. Podem-se citar, como principais fontes normativas históricas, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 (WOLKMER, 2012).

Para Bonavides (1993, p. 517), tais direitos “Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.

Já os Direitos Humanos de terceira dimensão, nos dizeres de Wolkmer (2012, p. 25), “[...] são os direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade e de desenvolvimento”. Ao contrário das duas primeiras dimensões, os direitos de terceira dimensão não possuem como titular o homem individualmente considerado, mas sim grupos e coletividades. Seu desenvolvimento foi motivado pelos horrores da Segunda Guerra Mundial, notadamente o genocídio e a grave destruição ambiental. Dentre eles, destacam-se o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor. No Brasil, a Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) constituiu um importante marco legislativo na efetivação desses direitos.

No que concerne aos Direitos Humanos de quarta dimensão, constituem-se em “novos direitos”, pertinentes a questões bioéticas, como a reprodução assistida, a eutanásia, a clonagem, a contracepção e os transplantes de órgãos. Emergiram de forma mais relevante no final do século XX e, no Brasil, possuem como diplomas legislativos relevantes a Lei n. 9.434/97 (Lei de Doação de Órgãos) e a Lei n. 11.105/05 (Lei Brasileira de Biossegurança). Os Direitos Humanos de quinta dimensão, a seu turno, são os das mídias eletrônicas, da internet e do ciberespaço, surgidos como reflexo da passagem da era industrial para a era digital do século XXI. Todavia, especialmente no Brasil, ainda há forte carência de legislação que regule tais direitos (WOLKMER, 2012).

Note-se, Wolkmer não se vale do termo “dimensões” em detrimento das tradicionais “gerações” por simples razões estéticas, mas sim por entender que “[...] esses direitos não são substituídos ou alterados de tempos em tempos, de forma unilateral e sequencial, mas resultam em processos materiais de interações e lutas sociais, fazendo-as e complementando-se.” (WOLKMER, 2012, p. 25). Tal opção semântica é adequada, porquanto o referido caráter complementar impede que a juridificação de novos direitos redunde em desvalorização das conquistas obtidas em momentos históricos

anteriores, ao mesmo tempo em que afasta qualquer postura alheia ao inexorável desenvolvimento da humanidade. Evita-se, desse modo, incorrer em reducionismo historicista e monocultural, que admite a existência apenas dos Direitos Humanos de primeira dimensão, conforme a gênese inicial ocorrida no final do século XVIII na Europa e nos Estados Unidos da América.

Não se cuida, como já referido, de mera divergência semântica na classificação dos direitos, mas sim da constatação concreta de que as diferentes formas de organização de Estado e configuração política privilegiam determinada gama de direitos em detrimento das demais. Nesse aspecto, vale mencionar o pensamento de Herrera Flores (2009, p. 75), segundo o qual:

Se os direitos humanos pertencem a uma esfera transcendente a toda a ação política, assume-se passivamente o mundo que nos foi dado a viver. Existiria uma realidade – uma ontologia da passividade – que não podemos modificar porque está acima da nossa capacidade de atuar em sociedade: o “mundo” concebido sob a forma do existente, do determinado, do hegemônico, de modo a reduzir o campo do político-estratégico àquilo logicamente compatível com a ideia de uma objetividade social fechada em si mesma.

Realmente, na racionalidade hegemônica neoliberal, o dualismo cartesiano do “*ego cogitum*” não representa mero devaneio, mas possui fins instrumentais de dominação. Se apenas o “pensar” importa, o único direito humano a ser protegido é a liberdade, a fim de que cada indivíduo possa exercer o seu “*cogitum*”. As condições materiais para tanto (saúde, alimentação, moradia), nessa perspectiva, deixam de ser objeto dos Direitos Humanos, pois cada pessoa deve se esforçar para, egoisticamente, garantir para si e sua família condições de vida. A dignidade humana, nessa lógica, não é responsabilidade da comunidade, mas dos próprios indivíduos.

Em contrapartida, Herrera Flores completa (2009, p. 75):

Para construir uma teoria crítica e complexa dos direitos, necessitamos de outra forma de entender a ação social. Nós a denominamos ontologia da potência, que significa a ação política cidadã sempre em tensão com as tendências dirigidas a reificar, quer dizer, a coisificar as relações sociais. Uma ontologia assim permite compreender e colocar em prática o político-estratégico de um modo socialmente compatível com uma política democrática de textura aberta. O ser não é estático, o ser é aquilo que se entende sob a forma do possível. Portanto, entre os direitos humanos e as políticas concretas há uma estreita relação de interdependência.

A título de exemplo, como ilustra Viana (2006), no início do século XX o Estado do Bem-Estar Social introduziu uma ampla política de assistência social, com relevante intervenção estatal para garantia dos direitos de segunda dimensão. Para Garcia-Pelayo (2009, p. 6), o Estado Social significou “[...] historicamente, a tentativa de adaptação do Estado tradicional (pelo que entendemos, neste caso, o estado liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial”. Segundo o autor espanhol, ele sucedeu ao Estado Liberal como a nova modalidade de governo nos países neocapitalistas tanto por “exigência ética” quanto por “necessidade histórica”. Isso ocorreu porque a nova configuração de Estado se fez necessária para corrigir as disfunções da sociedade industrial competitiva, na medida em que apenas suas reformas sociais poderiam evitar a revolução e alteração do paradigma de poder.

Todavia, a reestruturação produtiva e governamental advinda do subsequente Estado neoliberal exauriu o ímpeto pela proteção dos direitos sociais, elegendo os direitos civis de primeira dimensão como o (praticamente) único a ser protegido pelo poder público. Por conseguinte, constata-se que o retrocesso social não se constitui em um fenômeno aleatório, mostrando-se como resultado das alterações estruturais da sociedade, das posturas dos governos e, notadamente, da subserviência destes ao mercado.

Por tais motivos, adotar uma posição passiva e acomodada em nada contribui para a concretização e manutenção dos Direitos Humanos. Não se deve esperar, de forma contemplativa, que eles nos sejam garantidos, mas sim lutar por eles. “Lutar”, aqui, não significa, necessariamente, pegar em armas, mas também atuar nos espaços econômicos, políticos e sociais em que tal intervenção se mostre possível. Pode-se fazê-lo, exemplificativamente, exercendo o direito de voto com responsabilidade; educando os filhos com base no respeito, solidariedade e alteridade; denunciando as ofensas a direitos cometidas contra si e contra terceiros; participando dos espaços democráticos de participação popular. Enfim, pode-se fazer a diferença dentro do próprio universo cotidiano, por menor que ele seja.

## **A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO**

A proibição de retrocesso pode ser definida como a “[...] proteção dos direitos fundamentais contra o legislador.” (SARLET, 2009, p. 442) e também contra o poder público em geral. Trata-se, em outras palavras, do princípio segundo o qual os direitos fundamentais positivados nos ordenamentos nacionais não são passíveis de reforma ou cerceamento por meios de novas leis, ainda que de caráter temporário.

A vedação ao retrocesso tem sua origem na teoria da irreversibilidade desenvolvida por Konrad Hesse, jurista alemão que defendeu, em 1978, a vinculação do legislador ao Estado Social idealizado pela Lei Fundamental de Bonn (CAPELETI; VIDAL, 2016). Hesse (2009, p. 133) então sustentou que:

A Lei Fundamental só se pode modificar por meio de uma lei destinada expressamente a completar ou reformar seu texto (art. 79.1 GG). Com isso, fica excluído o enfraquecimento dos direitos fundamentais: as leis não podem apartar-se de um direito fundamental nem sequer quando tenham sido aprovadas com a maioria necessária para uma reforma constitucional.

Todavia, sua teoria encontrou forte resistência e não foi implementada na época, notadamente pelas limitações financeiras vivenciadas na Alemanha.

Além da experiência alemã, conforme Sarlet (2009, p. 449), a teoria constitucional de Portugal também acolheu a vedação retrocesso, tanto que seu Tribunal Constitucional baseou-se nela para declarar a inconstitucionalidade de uma lei que revogara parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde.

Percebe-se, a partir das experiências alemã e portuguesa, que as questões econômicas são decisivas quanto à aplicabilidade ou não da proibição ao retrocesso. De fato, os direitos sociais constituem o local dos principais embates quanto ao seu caráter cogente, pois é nessa seara que se exige a atuação positiva do Estado, com importante dispêndio de recursos públicos.

Para fins conceituais, cumpre consignar que proibição de retrocesso se relaciona estreitamente ao princípio da segurança jurídica, pois visa a garantir estabilidade nas instituições e nas relações jurídicas. De fato, tolher direitos anteriormente garantidos é mais vil do que nunca os ter concedido, pois as pessoas embasam neles seus projetos de vida. Por exemplo, uma família que educa uma criança com a expectativa de que ela um dia terá acesso a uma universidade pública e, eventualmente, sofre a decepção de não ter tal direito garantido tem seus planos e projeto de vida frustrados. Igualmente, na seara previdenciária, um trabalhador que embasa seu caminho profissional em uma futura e potencial aposentadoria pode ter todo o seu planejamento previdenciário frustrado por mudanças bruscas na legislação.

Por tal motivo, mais do que a segurança jurídica, a vedação ao retrocesso é condição para a garantia da própria dignidade humana, pois, novamente com o aporte de Rosillo Martinez (2015), não é possível produzir e reproduzir a vida sem que exista certa estabilidade das relações jurídicas e dos direitos, ainda que não adquiridos. Nesse aspecto, vale remeter à lição de Celso Bandeira de Mello (2014, p. 127):

Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si

mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro: é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos futuros são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.

Destaca-se novamente, em um recorte mais abrangente dentro da realidade brasileira, que a vedação ao retrocesso não possui previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio. Apesar disso, ela se faz presente em diversas manifestações concretas da Constituição Federal (CF) de 1988, como, por exemplo, nas limitações à reforma constitucional – artigo 60, parágrafo 4º – e na garantia dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada – artigo 5º, XXXVI (BRASIL, 1988).

Nada obstante, a discussão sobre a teoria em análise toma maior corpo quando se refere a “atos com efeitos prospectivos” (SARLET, 2009, p. 445), ou seja, em relação a alterações legislativas que repercutam em potenciais direitos ainda não adquiridos, notadamente de natureza social. A tese é arrojada, pois parte do pressuposto de que a proteção aos direitos fundamentais (artigo 5º, parágrafo 1º, da CF) não abrange apenas a vedação à reforma constitucional, mas também vincula a própria atuação do legislador ordinário. Dessa forma, a partir do momento em que uma norma programática da Constituição é efetivada pela legislação infraconstitucional, ela assume o status de direito fundamental, não sendo mais possível sua posterior exclusão do ordenamento jurídico.

A par do posicionamento favorável à teoria, não se pode olvidar que sua aplicação prática é profundamente problemática. Isso ocorre porque os direitos sociais, na maioria das vezes, possuem natureza prestacional, exigindo uma atuação positiva do Estado e o dispêndio de recursos. Por isso,

a implementação dessas normas constitucionais não depende apenas de ações no plano legislativo, mas também de políticas públicas e da existência de numerário que possa custeá-las. Vale ressaltar que políticas públicas, neste contexto, são entendidas como “[...] o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente).” (SOUZA, 2007, p. 69). Conseqüentemente, nesse ponto, o princípio da reserva do possível passa a integrar a equação relativa à vedação ao retrocesso, como percebe Mendonça (2003, p. 215-216):

O assunto assume particular relevância quando se sabe que a maior parte dos direitos prestacionais emanam de normas assim caracterizadas. Mas a plena realização desses direitos não se prende apenas ao plano legislativo: também está condicionada à existência de políticas públicas. Desse modo, a garantia constitucional fica obstada por dois condicionantes, que, a rigor, resumem-se a um só: os direitos sociais não se realizam porque, ou falta a legislação infraconstitucional que densifique os comandos constitucionais que os prescrevem, ou falta o plano de ação administrativa que concretize o que a lei ordena – o que só ocorre porque as demandas sociais (e, muitas vezes, as promessas constitucionais) são infinitas, mas os recursos para *atuá-las praticamente* por via estatal, não. A doutrina formula, então, a reserva do possível, segundo a qual os direitos prestacionais materiais serão realizados conforme as disponibilidades orçamentárias do momento, a juízo do legislador infraconstitucional.

Todavia, ainda que o legislador possua o poder discricionário de decidir politicamente sobre a destinação dos recursos públicos, cuida-se de discricionariedade mínima no que é pertinente à promoção dos direitos fundamentais. De fato, em se tratando de garantias relacionadas ao princípio

da dignidade humana, diminui-se sobejamente o espaço de opção do Poder Legislativo e o argumento da reserva do possível perde força em seu confronto com a noção do mínimo existencial.

Mesmo partindo do pressuposto de que a proibição do retrocesso não constitui norma absolutamente cogente, também é certo que ela não pode ser admitida como totalmente desprovida de conteúdo obrigatório, pois, como argumenta Sarlet (2009, p. 459), não se pode aplicar a “lógica do tudo ou nada”. Em igual sentido, Mendonça (2003, p. 216) adere ao discurso de que as normas prestacionais possuem uma concretude inata, devido à presença do princípio da dignidade humana em seu núcleo essencial.

Além de todos esses aspectos, a discussão demanda também uma breve reflexão axiológica. O retrocesso social aqui referido atinge, principalmente, as classes menos favorecidas economicamente, as quais, compostas por trabalhadores, aposentados do regime geral e beneficiários de políticas assistenciais, são as que mais dependem dos direitos prestacionais previstos na Constituição. Por isso, segundo a lógica da reserva do possível, nas fases de crise econômica, pretende-se que toda a sociedade contribua para o reequilíbrio estrutural da coletividade, incumbindo à classe pobre aceitar o retrocesso dos direitos sociais como forma de contribuir para a reestruturação econômica. Porém, ainda que os pobres se sacrifiquem nos períodos de “estiagem”, nos períodos de “bonança” eles são excluídos do acesso às vantagens do esplendor econômico. Ou seja, as classes menos abastadas precisam se sacrificar para recuperar uma estabilidade econômica da qual não gozarão.

Consequentemente, considerando que a vedação ao retrocesso é condição para a garantia da dignidade humana e da segurança jurídica, trata-se de um importante parâmetro e limite que deve vincular a atuação do legislador ordinário. Da mesma forma, conquanto sua aplicação deva se dar dentro do contexto fático e com observância às possibilidades materiais, não se pode negar que o princípio possui caráter cogente, ainda que não absoluto.

## A VEDAÇÃO AO RETROCESSO NO DIREITO À SAÚDE

No Brasil, embora não se trate de norma expressa na Constituição Federal, a proibição do retrocesso tem permeado diversas discussões relacionadas a direitos sociais e a políticas públicas. Tal fato foi impulsionado pela profunda crise institucional vivenciada no país, bem como por importantes reformas que vêm sendo levadas a cabo pelo governo nas áreas trabalhista, previdenciária e assistencial. Da mesma forma, a diminuição dos recursos disponíveis para investimentos vem repercutindo negativamente nos serviços de saúde, gerando excessiva judicialização de questões relacionadas ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Embora o presente trabalho não tenha por objetivo investigar a judicialização em si, é importante observar que a intervenção do Poder Judiciário nos conflitos em saúde redundará em inevitável enfrentamento da questão atinente à proibição de retrocesso. Isso ocorre porque o Estado brasileiro – que mostrou certo avanço nos direitos sociais após a Constituição Federal de 1988 e a estabilidade econômica vivenciada nas décadas seguintes – parece pretender caminhar para trás em relação aos direitos prestacionais, valendo-se da turbulência econômica e da instabilidade institucional como justificativa para tanto.

Dentro desse complexo contexto, o Supremo Tribunal Federal tem adentrado na discussão sobre o retrocesso social em alguns julgados, demonstrando que o direito à saúde também deve ser protegido contra o legislador infraconstitucional.

A título de exemplo, cita-se o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 727864/PR, no qual o STF analisou o cabimento do custeio, pelo Estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública. Em tal julgado, o relator Ministro Celso de Mello reconheceu a densidade normativa do artigo 196 da Constituição Federal e defendeu o caráter cogente das normas constitucionais programáticas, notadamente na área da saúde. Em seu voto,

o eminente ministro também se reportou à teoria da proibição do retrocesso, como segue:

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 incorrente na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Entendimento análogo também foi adotado pelo STF no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 745745/MG, que versou sobre manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente no município de Belo Horizonte. Em tal julgado, a suprema corte reafirmou que a reserva do possível é inaplicável sempre que sua invocação puder comprometer o núcleo básico do mínimo existencial, bem como reforçou a incidência da vedação ao retrocesso quanto ao direito fundamental à saúde.

Portanto, nos casos mencionados, prevaleceu na corte constitucional brasileira o entendimento de que o direito à saúde não admite redução nos níveis de satisfação já alcançados, por se tratar de direito que integra o espectro do mínimo existencial. Admitiu-se, portanto, o caráter cogente do princípio da vedação ao retrocesso social.

Entretanto, é importante frisar que o acolhimento da teoria tem ocorrido com certa timidez pelo Supremo Tribunal Federal, tanto que não

houve efetiva declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo com base em tal fundamento. Quiçá isso poderia ter ocorrido no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5.246 e n. 5.230, que versaram sobre a inconstitucionalidade das medidas provisórias n. 664/2014 e n. 665/2014<sup>2</sup> por violação da proibição de retrocesso social. Todavia, as referidas ações foram extintas sem julgamento do mérito, pois se reconheceu a prejudicialidade devido às várias alterações que ocorreram no texto das medidas provisórias quando de sua conversão nas Leis n. 13.134/2015 e n. 13.135/2015.

## CONCLUSÃO

Percebe-se, a partir dos apontamentos expostos, que os Direitos Humanos devem ser compreendidos por uma perspectiva crítica, de forma a equacionar todas as tensões e conflitos que redundam na sua gênese e positivação nos ordenamentos jurídicos nacionais. Com base nessa visão abrangente, conclui-se que o ser humano precisa de segurança e de estabilidade para produzir e reproduzir a vida, de forma a ter suas necessidades materiais satisfeitas, fazer escolhas em seu projeto de vida e desenvolver suas potenciais capacidades. Nesse contexto, a proibição de retrocesso surge como um princípio elementar para a efetivação dos Direitos Humanos, pois evita que as usuais oscilações políticas e econômicas justifiquem o vilipêndio de garantias constitucionais por meio da legislação infraconstitucional.

É importante frisar, todavia, que o acolhimento da teoria da vedação ao retrocesso em alguns casos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não impede que, na prática, o poder público recue nos avanços obtidos no direito à saúde. Com efeito, conquanto o Direito e a Justiça constituam importante via para garantia dos direitos sociais, apenas mediante a comunhão de esforços de todo os sujeitos e instituições envolvidos na saúde pública é possível impedir que as conquistas nessa área

---

2

As quais introduziram a reforma previdenciária.

sejam desperdiçadas. Isso ocorre porque o Poder Judiciário não possui a estrutura, o aparelhamento e nem tampouco os recursos necessários para administrar a saúde pública no país. Portanto, a proibição de retrocesso não deve apenas pautar a atuação no plano legislativo, mas também servir como parâmetro para que a Administração Pública logre êxito em bem administrar os recursos de que dispõe, a fim de que os serviços de saúde não sejam comprometidos pelo mau uso do dinheiro público.

Para tanto, se faz necessário o fortalecimento das instâncias de controle social e da participação social na gestão da política pública de saúde, em consonância ao insculpido da Constituição da República do Brasil de 1988, que consagrou o Estado Democrático de Direito. Portanto, em diálogo e em consonância como o princípio da dignidade humana, essa concepção de Estado Democrático de Direito, de matriz social, tem a democracia não somente como uma regra eleitoral mas como a essência que permeia as ações estatais em todos os seus atos e que impõe aos poderes do Estado e demais órgãos o dever de criar, estimular ampliar, fortalecer e dar condições para que a participação popular e as instâncias de controle social possam participar efetivamente da gestão das políticas públicas e evitar os retrocessos sociais que não se coadunam com o contrato social que originou o texto constitucional de 1988.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Emendas Constitucionais de Revisão. Brasília, DF: Presidência da República, 1988... Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 17 jan. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.135, de 17 de junho de 2015**. Altera as Leis nºs. 8.213, de 24 de julho de 1991, n. 10.876, de 2 de junho de 2004, n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e n. 10.666, de 8 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília,

DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13135.htm). Acesso em: 18 mar. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm). Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. **Medida Provisória n. 664, de 30 de dezembro de 2014**. Altera as Leis nos. 8.213, de 24 de julho de 1991, n. 10.876, de 2 junho de 2004, n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a Lei n. 10.666, de 8 de maio de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2014a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/mpv/mpv664.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/mpv/mpv664.htm). Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. **Medida Provisória n. 665, de 30 de dezembro 2014**. Altera a Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990, que regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, altera a Lei n. 10.779, de 25 de novembro de 2003, que dispõe sobre o seguro desemprego para o pescador artesanal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2014b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/mpv/mpv665.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/mpv/mpv665.htm). Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.230**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2015a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4702470>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.246**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2015b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4717190>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 727864/PR**. Relator: Min. Celso de Mello, 4 nov. 2014c. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2014a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218726>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 745745/MG**. Relator: Min. Celso de Mello, 2 dez. 2014b. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em 17 jul. 2017.

CAPELETI, C. R. C.; VIDAL, P. W. G. T. Direitos sociais e sua efetivação: uma análise a partir dos princípios da proporcionalidade e da proibição do retrocesso social. **Rev. Direito em Debate**, Ijuí, v. 25, n. 45, p. 70-97, set. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/5873>. Acesso em: 15 jul. 2017.

COMPARATO, F. K. **Fundamento dos Direitos Humanos**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 1997. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatofundamento.pdf/view>. Acesso em: 3 jul. 2017.

GARCIA-PELAYO, M. **As transformações do Estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HERRERA FLORES, J. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HESSE, K. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTÍNEZ, A. R. **Fundamentação dos Direitos Humanos desde a filosofia da libertação**. Ijuí: Editora Unijuí, 2015.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDONÇA, J. V. dos S. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. *In*: BINENBOJM, G. (coord.). Direitos fundamentais. **Rev. da Associação de Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. XII, p. 205-236, 2003.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do do Advogado Editora, 2009.

VIEIRA, R. de S. **A cidadania na república participativa**: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os conselhos de saúde. 2013. 527 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107508/319593.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 abr. 2017.

WOLKMER, A. C. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” Direitos. *In*: WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. (org.). **Os novos Direitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012.