

CONSTITUCIONALISMO E SOLIDARIEDADE NA PANDEMIA DE COVID-19

CONSTITUTIONALISM AND SOLIDARITY IN THE COVID-19 PANDEMIC

Luís Antonio Zanotta Calçada

Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Pós-graduado em Direito Administrativo. Pós-graduado em Gestão Pública. Auditor-fiscal da Receita Estadual. E-mail: lzanotta@terra.com.br.

Janriê Rodrigues Reck

Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestrado pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Procurador Federal. E-mail: janriereck@unisc.br

Aprovado em: 15/12/2023

RESUMO: O presente artigo busca avaliar a posição da solidariedade no âmbito constitucional, analisando essa com relação à pandemia de COVID-19. A partir do constitucionalismo como construção histórica será apresentada a solidariedade inserida nas cartas constitucionais, tanto como direito ou como princípio. Então se fará a análise da presença da solidariedade com relação ao direito fundamental da saúde, especificamente no cenário brasileiro, com verificação de casos práticos ocorridos no decorrer da pandemia de COVID-19, para constatar se apesar dos ditames constitucionais essa está presente ou não. Tal análise será realizada a partir da revisão bibliográfica documental, jurisprudencial e normativa, nacional e estrangeira.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Solidariedade. COVID-19. Constituição. Saúde.

ABSTRACT: This article aims to seek the position of solidarity in the constitutional article, analyzing this relationship to the COVID-19 pandemic. From constitutionalism as the historical construction will be delivered to both the constitutional charters as a right or as a principle. Then, an analysis will be made of the presence of solidarity in relation to fundamental health, specifically of practical cases in Brazil, with the course of the COVID-19 pandemic, to verify if something of constitutional dictates is present or not. Such analysis will be carried out from the documentary, jurisprudential and normative literature review, national and foreign.

Keywords: Constitutionalism. Solidarity. COVID-19. Constitution. Health.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Constitucionalismo. 2 Solidariedade como Direito e o Princípio da

Solidariedade. 3 Solidariedade na Saúde e no Combate à Covid-19. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição é a base formadora da sociedade atual. Tanto o Estado quanto as relações sociais (eficácia horizontal) estão devidamente constitucionalizadas. Dos primórdios do constitucionalismo, inúmeras noções surgiram e foram aprimoradas, mas algumas estão arraigadas desde o início.

Um dos pontos sob o qual a própria Constituição possui base é a noção de solidariedade entre as pessoas. Não existe solidariedade por conta da Constituição, mas sim a solidariedade em construir uma sociedade no qual haja a proteção de todos é o cerne das cartas. Solidariedade, então, é constitucionalmente presente na sociedade.

Em momentos de dificuldades a solidariedade acaba por aplacar os corações dos mais necessitados e estimular o dos que podem contribuir com o bem-estar dos demais. No caso de pandemias, a solidariedade é de grande importância para que a sociedade possa navegar pelo tormentoso momento sanitário de forma a assegurar a segurança de todos.

No caso da pandemia de COVID-19 (coronavírus) a solidariedade deve existir e pode ser verificada sob dois principais prismas. O primeiro, é a solidariedade entre os cidadãos, feita de forma espontânea ou mesmo fomentada pelo Estado. Aqui, cita-se a questão do uso de máscaras para evitar a disseminação do vírus. De outro lado, agora sob a esfera do direito constitucional, pode-se vislumbrar como a solidariedade no exercício das competências em matéria de saúde e da atuação entre os entes.

Assim, o presente estudo tem a finalidade de realizar estudos correlacionando a solidariedade, e o que está implicado nessa, com o constitucionalismo e a pandemia de COVID-19 com os dois prismas supracitados.

Considerada a temática proposta, o método a ser empregado será o indutivo. A partir da conceituação e evolução do constitucionalismo, até a modernidade, será apresentada a solidariedade como direito e como princípio e, a partir dessas questões, como a solidariedade pode ser vista considerada a pandemia de COVID-19. A pesquisa terá uma abordagem qualitativa, com investigação bibliográfica e documental.

1 CONSTITUCIONALISMO

Canotilho (2003, p. 51), constitucionalismo pode ser considerado “a teoria (ou ideologia)

que ergue o princípio do governo limitado indispensavelmente à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade". Desse excerto verifica-se dois pontos cruciais do tema: constitucionalismo como carta política – de organização e como documento garantidor dos direitos dos cidadãos. Tal caráter dual também é considerado quando se vislumbra que "contrato constitucional e as normas fundamentais aparecem como os dois lados de uma moeda: enquanto o contrato constitucional foca no processo, as normas fundamentais descrevem o produzido" (GRIMM, 2016, p. 90).

Historicamente a visão moderna de constitucionalismo é oriunda das Constituições norte-americanas (1787) e francesa (1791). Na francesa, por exemplo, são normatizadas a formação do Estado e as relações entre administração (Estado) e administrados (cidadãos), com a proteção da sociedade a partir da restrição de comportamentos por parte dos governantes, ou seja, uma limitação do poder estatal na vida dos cidadãos.

Faz-se a menção sobre uma visão moderna do constitucionalismo como forma de limitação do poder dos governantes, pois na antiguidade já existia essa busca. Conforme Loewenstein (1976, p. 154) os hebreus já limitavam o poder dos governantes, sendo os primeiros que praticaram o constitucionalismo sob esse viés, mas não como uma democracia, mas sim a partir de um governo teocrático, calcados na lei Senhor, e "o dominador, longe de ostentar um poder absoluto e arbitrário, estava limitado pela lei do Senhor, submetida aos governantes e aos governados".

Além de tal menção aos Hebreus, de acordo com o mesmo autor (1976, p. 159) o caráter de uma constituição formal foi estabelecido com a Constituição das colônias americanas e, posteriormente, com as já citadas Constituições norte-americana e francesa. Apesar de tal observação, tem-se que realizar a menção da existência anterior de documentos escritos que possuíam o condão de limitar o poder dos governantes, como a Magna Carta de João Sem-Terra de 1215.

Como frisado, a visão de um Estado francês, com o advento da Constituição de 1791, é da existência da proteção dos cidadãos contra eventuais desmandos do Estado (principalmente calcado em um Estado absolutista). Dessa maneira, formalizou uma carta política, a ser devidamente definidora de direitos e da construção do Estado. A carta estabelecida a formação do Estado, mas ao mesmo tempo protegia dos cidadãos. Essa proteção tanto era uma restrição aos poderes dos governantes como um direito dos cidadãos a ser respeitado por àqueles. Destaca-se que a definição de tal proteção foi uma reação ao caráter ilimitado de poderes que possuía o sistema absolutista.

O momento histórico era da formação de um processo político (constitucional) e não a

visão moderna de exaltação de direitos dos administrados. Não se pretende desconsiderar aqui a existência dos direitos de primeira geração (ou dimensão) como garantias fundamentais dos indivíduos. Na época do Estado liberal, principalmente com relação à irresignação do poder absolutista, era de um dever do Estado de não intervenção na sociedade, na individualidade da comunidade, ou seja, de direitos negativos, diferente de uma visão de direitos positivos atual. O Estado liberal constitucionalizou o Estado-Nação deixando o cidadão livre para o realizar o próprio desenvolvimento social.

Pode-se explicar a Constituição como delineador do processo político do Estado também sob o aspecto da sociológico. Conforme a doutrina de Luhmann, a sociedade é composta por sistemas parciais e, nesses, estão inclusos a política e o direito, consideradas as especializações/diferenciações funcionais. A política tem como função realizar decisões vinculadas coletivamente (TORRES NAFARRATE, 2004, p. 143) e o direito assegurar a manutenção das expectativas – decididas politicamente no caso (ARNOLD; RODRÍGUEZ, 1999, p. 167). Sistemas parciais podem “interagir” com outros para a realização de suas operações próprias (sempre dentro da especialização funcional), a partir de um acoplamento. Justamente a Constituição se trata de um acoplamento estrutural entre o sistema parcial política e o sistema parcial direito. Dessa forma, a política se utiliza das operações do sistema direitos, ocorrendo também a utilização, pelo direito, das operações do sistema parcial política. Quando a política é utilizada pelo sistema direito, cabe a esse operar “mediante a proteção de limites erigidos pela sociedade” (LUHMANN, 2016, p. 47). Tais “limites erigidos” pela sociedade são justamente os consensos sobre as decisões (operação da política), determinando, no caso do presente estudo, do processo constitucional. O Direito, de outro lado, mantém as expectativas de que aquelas decisões (o processo) serão efetuadas.

Nesse primeiro momento do constitucionalismo moderno, o norte das cartas era o Estado e não a sociedade. Como já ressaltado, pode-se vislumbrar os direitos fundamentais de primeira geração mais como restrições ao poder do Estado (viés negativo). Conforme a doutrina de Sarlet (2015, p. 46-47) esses tinham a finalidade de proteger os cidadãos do Estado, limitando a atuação dos governantes e, como corolários, garantiam um campo onde a autonomia individual dos indivíduos era intocável.

Com a Revolução Industrial e as novas relações trabalhistas, constatou-se que a sociedade (mais especificamente o mercado) sem a intervenção do Estado estatal não garantiu a felicidade e prosperidade para os indivíduos, conforme ensina Grimm (2006, p. 161):

A redescoberta do componente jurídico-objetivo dos direitos fundamentais se funda precisamente na rejeição das premissas liberais, de acordo com as quais a

liberdade juridicamente igual, sem a intervenção estatal conduz automaticamente à prosperidade e à justiça. Essa dedução se mostrou absolutamente teórica.

Como resposta aos acontecimentos da sociedade, o Estado, ao invés de manter-se na restrição de atos estatais, começou a regulamentar direitos para os cidadãos, para a garantia de melhores condições de vida para os administrados. Tal ato, como dito, foi reflexo da verificação de que a proteção contra atos que privassem os cidadãos de liberdade e protegessem esses de abusos governamentais não os protegiam contra atos perpetrados pelos demais membros da sociedade, mais especificamente dos detentores de capital em detrimento dos menos favorecidos.

Dessa forma, ao se verificar que a “mão invisível” do mercado, sem participação do Estado diretamente na vida das pessoas, não funcionou, que justamente a não-intervenção do Estado gerou desigualdades sociais, acabou sendo necessária a proteção, pelo Estado, da sociedade contra si mesma. O Estado começou a estabelecer direitos, intervindo em relações privadas (cita-se, por óbvio, as trabalhistas). É uma visão de proteção “da sociedade contra a sociedade”.

De alheios às relações sociais (ou mais especificamente – restringidos) o Estado transformou-se em reguladores e participantes da vida social. O Estado Liberal (negativo) foi substituído pelo Estado Social (positivo). De acordo com Canotilho (2008, p. 125) “o Estado de direito pretendeu dar uma resposta ao uso ilegítimo do poder; o Estado social procurou resolver o problema da falta de dinheiro e, portanto, o problema da pobreza”. Essa mudança de comportamento do Estado se refletiu nas normas constitucionais. O âmbito de atuação das normas formadora do Estado e do processo político passou a incluir a proteção do indivíduo.

México (1917) e Alemanha (1919 – Constituição de Weimar) iniciaram o movimento de estabelecer nas cartas magnas direitos sociais. Ocorre que tais direitos constitucionais acabaram não ser terem tido efetividade, ficaram como promessas de cumprimento pelo Estado Social. Esse Estado mais atuando nas relações dos indivíduos, determinando direitos sociais e com a pretensão de garantir “a vida boa aristotélica” ocasionou o “Estado Providência (Welfare State), que assume imediatamente a tarefa de satisfazer todas as necessidades e ações dos indevidos ‘do berço ao túmulo’” (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, p. 103). Ocorre que mesmo com a concepção do Estado Social não evitou os acontecidos ocorridos na Segunda Guerra Mundial, justamente pelas normas constitucionais dependerem, para terem efetividade, de atuação do legislador. A resposta social, no pós-guerra, foi justamente o incremento da presença da Constituição na sociedade. A Constituição afastou o legiscentrismo, no qual a efetividade das garantias fundamentais dependia do legislador, e passou a proteger os cidadãos de forma direta.

No pós-guerra ficou para trás a Constituição como normatizadora do processo político,

forma de delinear a conformação do Estado e de “carta de intenções” de direitos (justamente pela necessidade da vontade do legislador em dar efetividade a esses), voltando a finalidade para o indivíduo, garantindo direito. Ao invés de meramente veicularem programas dependentes dos parlamentos para a implementação dos direitos, as normas constitucionais garantidoras de direitos passam a ser autoaplicáveis. Consagra-se a efetividade aos direitos, com a possibilidade de arguição direta pelos administrados em desfavor do Estado. Os seres humanos passam a ser o norte das cartas.

Com isso a Constituição resta mais centrada no ser humano e na dignidade desse do que na definição de processos políticos. Prova de tal afirmação é a própria Constituição brasileira de 1988 que, logo após definir fundamentos (dentre os quais o da dignidade da pessoa humana) princípios e objetivos da nação, elenca um rol de direitos fundamentais para, somente após, determinar a formação política do país. A dignidade humana, para Häberle (2003, p. 3), é a premissa antropológico-cultura para a existência de estados constitucionais de cunho europeu e atlântico.

Sobre o tema Elkins e Ginsburg (2021) realizaram pesquisa tendo como base as Constituições dos países, no âmbito mundial. Da análise dos dados da pesquisa, verifica-se que a primeira vez que a expressão dignidade constou nas cartas constitucionais de um Estado foi entre 1845 e 1849, não havendo qualquer menção de 1850 até 1918. No período de 1919 a 1945, no máximo 5 países (de um média de 73 países que informaram existir Constituição no período) responderam que foi referida a expressão “dignidade do homem” ou “dignidade humana” nos documentos. De 21% em 1950 e 43% em 1990, as expressões pesquisadas constavam em 68% das Constituições em 2020. Tais números comprovam, de fato, a virada em direção à proteção dos seres humanos que nortearam as Constituições, principalmente após a Segunda Guerra Mundial.

Pode-se ver esse movimento (foco de uma carta de processo político para uma com foco na sociedade) com base nos direitos fundamentais, da forma em que foram constitucionalizados ao longo do tempo. Os direitos de não intervenção do Estado na sociedade são denominados pela doutrina como direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão); já os direitos prestacionais, em que o Estado deverá prover a população (direitos sociais), têm sido denominados como direitos econômicos, sociais e culturais de segunda geração (ou dimensão). Além disso, cabe a menção da existência de direitos de terceira - ambiente, autodeterminação, recursos naturais e desenvolvimento - e quarta - bioética, engenharia genética, informática e outras utilizações das modernas tecnologias, ligados à sociedade de informação e à sociedade de risco – gerações (SARLET, 2015, p. 45-52). Para Miranda (2014, p. 30), deve ser considerado que o estudo dos direitos fundamentais por gerações tem um caráter mais didático, pois os direitos já conquistados

continuam existindo e o seu entendimento é influenciado pelos novos direitos fundamentais.

Ao não serem substituídos os direitos já reconhecidos por novos, verifica-se que houve o devido aumento na constitucionalização de aspectos ligados intimamente aos indivíduos, com a proteção estatal, o que comprova que as normas constitucionais passaram a ter a centralidade cada vez maior no cidadão.

Para o propósito deste estudo é necessário verificar qual a posição da solidariedade na Constituição e nos direitos fundamentais.

2 SOLIDARIEDADE COMO DIREITO E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Solidariedade é uma expressão muito utilizada em momentos de dificuldade da sociedade. E em uma sociedade cada vez mais individualista, solidariedade é algo cada vez mais necessário nas relações humanas. Di Lorenzo (2010, p. 131) destaca que diferentemente do uso popular de compaixão para com o próximo, a solidariedade não é um mero sentimento, mas sim “princípio personalista que rege a ordem social”.

Na mesma senda de tratar da ordem social, Avelino (2005, p. 250) define a solidariedade como:

Atuar humano, de origem no sentimento de semelhança, cuja finalidade objetiva é possibilitar a vida em sociedade, mediante respeito aos terceiros, tratando-os como se familiares fossem; e cuja finalidade subjetiva é se auto-realizar, por meio da ajuda ao próximo

Para Rorty (1994, p. 235), a partir de uma forma filosófica, a solidariedade “é dizer que há algo dentro de cada um de nós — a nossa humanidade essencial — que ressoa com a presença dessa mesma coisa em outros seres humanos”. Tal aspecto bem traduz o fato de não se tratar de um sentimentalismo ou de mera ternura para com os necessitados. A solidariedade, nessa visão, é algo intrínseco ao ser humano, situada no âmago de cada um dos indivíduos, alheio ao sentimento de caridade e altruísmo.

Se juntamos a visão de solidariedade como forma de vida em conjunto com os demais com o ressoar interno de nossa humanidade, pode-se encontrar bases internas aos seres humanos que contribuem para a convivência em sociedade, contrária a visão de construção com base em contrato social. Todavia, se considerarmos todas as mazelas que os próprios seres humanos infligiram (e ainda o fazem) uns nos outros, é de se questionar a existência de uma “humanidade essencial”. Ou, de outra forma, se a solidariedade é também um constructo social para a vivência

em sociedade.

A partir da constatação da amplitude de conceitos que a solidariedade pode ter, Reis e Konrad (2015, p. 79) as dividem para melhor entendimento, em valor moral, valor ético e valor jurídico, assim as delineando:

Sob o aspecto moral, a solidariedade é entendida como generosidade, bondade e compaixão, intimamente ligada à ideia de caridade proveniente do cristianismo. Na perspectiva ética, o sentido encontra-se conectado à solidariedade filosófica, ou seja, a partir da cooperação com o outro, como dever se responsabilidade para com o outro sob uma perspectiva de alteridade. Já como valor jurídico-social, pretende reunir as pessoas sob uma perspectiva do bem comum, dizendo respeito a todas as partes de um todo social.

Mesmo com esses diversos sentidos, Remedio (2016, p. 265) indica que o cerne da solidariedade e de seus sentidos “está relacionada à união, compartilhamento ou vínculo existente entre as próprias pessoas, e entre essas e a sociedade”.

No aspecto histórico, apesar de o conceito já existir na antiguidade, a doutrina cristã expandiu significativamente o sentido dado, mas, de acordo com essa, a visão era somente de amor ao próximo (PAZZIAN; SIMOKOMAK, 2020), justamente o valor moral do enfoque dado por Reis e Konrad.

A visão moderna de solidariedade é oriunda da revolução francesa, mas dentro dos ideais que lá eram defendidos – no caso a fraternidade (PAZZIAN; SIMOKOMAK, 2020). Justamente a solidariedade com visão de fraternidade consta na Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH. Essa normatização a nível mundial da solidariedade vem justamente ao encontro dos acontecimentos pós-segunda guerra e, consequentemente, no movimento constitucional da época.

Se trouxermos para o âmbito constitucional brasileiro, a expressão solidariedade consta nas cartas brasileiras antes mesmo da DUDH, já na carta de 1934. Mesmo no decorrer do período militar a expressão constou no texto constitucional. Todavia, ela não constava para expressar a natureza do país, mas sempre tratou de solidariedade na(da) educação. A Constituição de 1934 tinha como norte a educação como busca do desenvolvimento brasileiro de uma consciência de solidariedade humana. A de 1937 tratou da solidariedade como forma de ensino gratuito, “dos menos para com os mais necessitados”, sendo compelido aos que tivessem condições financeiras, o pagamento de contribuição para o custeio. As cartas de 1946, 1967 e a Emenda Constitucional nº 01, de 1969 indicam que a educação a ser fornecida no âmbito nacional a fosse com base na solidariedade humana.

A Constituição cidadã de 1988 bem elenca a solidariedade como forma de convivência

em sociedade ao dispor que um dos objetivos da república brasileira é justamente a construção de uma sociedade solidária. Isso demonstra que o entendimento dos constituintes pode ser caracterizado como a solidariedade servindo como norte, como pilar para o desenvolvimento da vida em sociedade. Esse objetivo de sociedade brasileira solidária se coaduna com o disposto na DUDH, que ressalta a necessidade de convivência em espírito de solidariedade (como já esposado, a expressão utilizada foi fraternidade, mas com o sentido de solidariedade). Essa visão vai ao encontro do entendimento de Hannum (1996, p. 289), de que a DUDH “tem servido direta e indiretamente como um modelo para muitas constituições nacionais, leis, regulamentos e políticas que protejam os direitos humanos fundamentais”. Nessa constitucionalização, Pazzian e Simokomak afirmam que “a solidariedade deixa de ser apenas um pensamento ético e passa a apresentar a qualidade de norma constitucional” (2020). A solidariedade, dentro desse viés, pode ser considerada direito e princípio.

Conforme Remedio (2016, p. 256), como “direito de solidariedade” a expressão significaria direitos de terceira geração. Logo, os já citados direitos ao ambiente, autodeterminação, recursos naturais e desenvolvimento seriam direitos de solidariedade. Todavia, o mesmo autor (2016, p. 261) refere que, com base no princípio da dignidade da pessoa humana:

Nesse sentido, pode-se afirmar que os direitos de solidariedade correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais previstos na Constituição Federal e devem ser implementados pelo Estado visando garantir o desenvolvimento integral da personalidade humana, entre os quais o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e à comunicação

Explica-se o motivo de constar o “todavia” acima. Os direitos sociais são direitos de segunda geração e não de terceira geração. Se consideramos os sociais como direitos de solidariedade, os direitos fundamentais constantes no art. 6º da Constituição Federal (Direitos Sociais) podem ser assim considerados. Esse aspecto traz uma faceta para a solidariedade: a necessidade de desenvolvimento dessa pelo Estado. Vejamos: os direitos de primeira geração eram “prestações” negativas (não ação) que os governos deveriam desenvolver. De outro lado, os direitos sociais demandam prestações positivas por parte do Estado.

O Estado, dessa forma, ficaria responsável, por intermédio de ações positivas, a promover a solidariedade no seio social. Com base em tais aspectos, Pazzian e Simokomak (2020) afirmam:

[...] podemos dizer que no caso do Brasil a solidariedade social presente nas relações sociais da população caracteriza-se ora por ações de cooperação, eminentemente espontâneas, e ora por ações de cooperação forçada, resultantes da coerção estatal [...].

Solidariedade como cooperação forçada temos a já citada disposição da Constituição de 1937 de pagamento das despesas de educação para os que possuíssem condições para tal e, principalmente, o pagamento de impostos, cuja uma das finalidades é justamente a redistributiva. Nisso nasce o dever de pagar impostos, sendo esse dever uma coerção estatal para o desenvolvimento da solidariedade como forma de diminuir as desigualdades sociais por intermédio da função redistributiva do Estado. Assim, o pagamento de impostos também tem o viés de solidariedade social.

Para falar sobre princípio da solidariedade em sede constitucional, utiliza-se o magistério de Remedio (2016, p. 261):

Enquanto a expressão “direitos de solidariedade” designa direitos genéricos de terceira dimensão, a expressão “princípio da solidariedade” identifica-se como princípio específico positivado constitucionalmente.

Com base no autor, o princípio da solidariedade estaria em conjunto com os demais princípios instituídos na Constituição. Inclusive o referido afirma que tanto o direito quanto o princípio da solidariedade possuem como base a dignidade da pessoa humana (REMEDIO, 2016, p. 261). Sob o prisma mais filosófico, Pazzian e Simokoma (2020), compreendem o princípio da solidariedade como “supremo direito da humanidade, portanto universal”.

O princípio, então, devidamente constitucionalizado, mas além do aspecto filosófico citado, e tendo em vista a força normativa da Constituição, é autoaplicável às relações e deve irradiar seus efeitos aos demais normativos e às relações sociais. Isso, justamente por ser princípio um mandado de otimização, na doutrina de Alexy. Logo, a leitura da solidariedade sempre deve ocorrer “em conjunto com a integralidade dos princípios que integram o ordenamento jurídico brasileiro, em especial os princípios da justiça social e da dignidade da pessoa humana” (REMEDIO, 2016, p. 261).

No âmbito do princípio da dignidade da pessoa humana está a questão da saúde, tema sob o qual se avalia no tópico seguinte sob o prisma da solidariedade.

3 SOLIDARIEDADE NA SAÚDE E NO COMBATE À COVID-19

Dentro do espírito de mútua preocupação e auxílio que traz a solidariedade, a saúde possui grande participação, sendo isso já reconhecimento pelos Supremo Tribunal Federal – STF. Por exemplo, no Recurso Extraordinário nº 566.471 - tema 6 de repercussão geral, a tese proposta pelo

relator foi de que "O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, [...] depende da comprovação [...] da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária". Ou seja, na visão do relator não somente o requerente deveria ser hipossuficiente, mas também a entidade familiar, tendo em vista o dever de solidariedade de uns cuidarem dos outros.

Em outra discussão, da do Recurso Extraordinário nº 657.718, houve a discussão da solidariedade sob diversos prismas. O primeiro, aventado pelo relator, fazendo menção ao RE nº 566.471 citado, sobre a solidariedade familiar e hipossuficiência. Um segundo aspecto de solidariedade trazido pelo Ministro Luís Roberto Barroso sobre limitação de distribuição de medicamentos para "àqueles requerentes que forem comprovadamente hipossuficientes", pois dessa forma, "longe de frustrar a universalidade, confere efetividade à exigência de solidariedade social". Aqui, a solidariedade social é representada pelo Estado, que dispensaria o fármaco os requerentes sem condições de o adquiri-lo por conta da solidariedade social a que o Estado está compelido a fomentar, por ser esse, o garante da dignidade da pessoa humana, o que inclui a saúde.

O terceiro aspecto é da solidariedade entre os entes estatais. Visto que o Estado tem o dever de realizar prestações positivas (no caso do exemplo, fornecimento de medicamentos), surge a questão de tal dos entes deverá prestar. O Ministro Barroso trouxe à baila no voto apresentado, no processo em referência, o entendimento constante no Recurso Extraordinário nº 855.178, "em que o Plenário deste STF reiterou sua jurisprudência quanto à responsabilidade solidária dos entes federados para fornecimento de tratamento médico aos necessitados". O norte para tal, é o art. 23 da Constituição Federal, que afirma ser de competência concorrente dos entes estatais "cuida da saúde" da população.

Remedio (2016, p. 259) traz interessante análise sobre a solidariedade no âmbito de decisões do STF ao citar trechos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.649-DF:

A Ministra Cármem Lúcia, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.649-DF pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2008), manifestou-se no sentido de que "o princípio constitucional da solidariedade tem, pois, no sistema brasileiro, expressão inegável e efeitos definidos, a obrigar não apenas o Estado, mas toda a sociedade", ou seja, "já não se pensa ou age segundo o ditame 'a cada um o que é seu', mas a cada um segundo a sua necessidade", de forma que a responsabilidade pela produção destes efeitos sociais não é exclusiva do Estado, mas sim, de toda a sociedade.

Verifica-se, que a solidariedade no âmbito envolve não somente uma solidariedade social, mas uma solidariedade estatal acima de tudo. Essa solidariedade entre os entes formadores da Federação envolve a própria noção de Federação. A federação brasileira é formada pelos Estados-

membros (Municípios e Distrito Federal), havendo um sistema de determinação de competências legislativas e administrativas, entre definições do sistema de política e do direito.

No ano de 2020 o Brasil foi seriamente impactado pela Sars-CoV-2 ou, como denominado pela Organização Mundial de Saúde, Covid-19. A crise mundial por conta da pandemia impactou diversas áreas da sociedade. E, no seio dessa, muitas questões sobre solidariedade podem ser postas, o que aqui se citam duas: a social, por conta do uso das máscaras e a entre os entes públicos, como supra exposto.

Inúmeros governos impuseram a necessidade da utilização de máscaras para a proteção contra a disseminação do vírus. E na mesma onda da imposição, diversas pessoas questionaram tal obrigação. Fica a questão se o uso de máscaras deveria ser uma obrigação ou se as pessoas, considerada a solidariedade dentro da visão de vínculo com os demais, de cooperação social não deveriam por si mesmas, utilizar o equipamento. Em um momento de dificuldade mundial há a necessidade de união de todos os habitantes do mundo (a partir de uma visão de sociedade mundial luhmanniana) e essa somente poderá ocorrer se a solidariedade estiver presente. A revolta por uso de máscaras (imposta pelos governos) somente demonstra justamente o mote individualista existente nas pessoas. E isso é justamente o contrário do preconizado na DUDH, de solidariedade/fraternidade entre as pessoas. O uso das máscaras, em momentos de crise sanitária como a vivida deveria ser um *standart* de comportamento considerados os ditames constitucionais.

Com relação à solidariedade entre os entes e uma política uniforme de combate ao crescimento do contágio, o que se viu foi qualquer coisa, menos uma atuação conjunta/solidária de o Estado atuando para a proteção da população. Os entes estatais, apesar de terem que atuar em conjunto, conforme o art. 23 da Constituição, foram totalmente discordantes quando as ações necessárias, a ponto de o tema ser judicializado.

A celeuma sobre as competências de cada um dos poderes – conflitantes no caso – e a necessidade de atuação conjunta, apesar de não constar expressamente a expressão solidariedade no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6343, o julgamento do processo expressa a necessidade do exercício solidário dos entes públicos de realizarem o combate ao vírus, como visto no voto da Ministro Dias Toffoli:

[...] a gravidade da situação vivenciada exige a tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, sempre respeitados a competência constitucional de cada ente da Federação e o resguardo de sua necessária autonomia para assim proceder.

E esse dever de solidariedade entre os entes é advento da própria estrutura federativa do

Brasil, conforme bem exposto, no voto da Ministra Carmem Lúcia:

Por isso, Senhor Presidente, como na Federação não há relação de subordinação de um ente federal por outro, não há, portanto, uma hierarquia entre os entes federados, mas uma coordenação, e apenas uma coordenação, a prevalecer, segundo os termos dos arts. 22, 23 e 24 da Constituição,

A expressão solidariedade e as competências constitucionais ficam bem vistas no voto do Ministro Alexandre de Moraes quando do julgado da Ação Cível Ordinária nº 3427:

É necessário, portanto, que o exercício das competências dos entes federativos respeite outro traço nuclear do Estado Federal: a interdependência. Esse ingrediente que representa uma ideia associável às noções de solidariedade, de lealdade, ou de cordialidade é crucial para que as federações sigam em frente na persecução de seus projetos coletivos, encontrando as composições imprescindíveis para a preservação de sua identidade.

Pelo exposto, o STF reconhece o dever de solidariedade entre os entes com base na Constituição Federal. Além de uma solidariedade social, há a necessidade de solidariedade estatal.

Todavia, pelos próprios exemplos citados, em um momento de grande necessidade de solidariedade o que menos se vislumbrou foram atitudes solidárias.

CONCLUSÃO

O constitucionalismo não é algo surgido de um rompante popular, mas sim fruto de uma construção histórica, também não sendo algo pronto, mas uma evolução constante. As Constituições, dessa forma, refletem nos respectivos textos o momento atual da sociedade quando da confecção dessas. E hoje, como visto, a existência de norma constitucional é a base para um Estado e para a sociedade (mesmo que ela seja não escrita).

Como reflexo da sociedade, constam nas Constituições justamente o que aquela elegeu como importante para o desenvolvimento da comunidade. A solidariedade é um desses pontos. A necessidade de solidariedade no Estado consta em diversas Constituições e isso demonstra, também, uma evolução do conceito de solidariedade. Outrora influenciada de questões morais e religiosas, ser solidário no presente, além da questão jurídica, é buscar e desejar o bem-comum da sociedade como um todo.

No caso da pandemia de COVID-19 verificou-se que a solidariedade, apesar de ser considerado como direito ou como princípio, ainda não possui fortes raízes sociais. Isso ficou latente nas relações sociais, citando como exemplo a negativa de uso de máscaras, que visam muito

proteger os demais membros da sociedade. Outro exemplo de ausência foi a disputa governamental sobre as ações para combater a pandemia, com diferentes entendimentos e sem nenhuma concatenação de ações entre os entes, a ponto de ter sido necessária a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Essas falhas demonstram que o Estado está falhando no dever constitucional de fomentar a solidariedade. Além de não fomentar, também não está o próprio exercendo o dever de solidariedade que os entes possuem entre si nas questões sanitárias.

REFERÊNCIAS

HANNUM, Hurst. The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 25, n. 1, p. 287-397, 1996.

AVELINO, Pedro Buck. Princípio da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 53, out./dez. São Paulo: RT, 2005, p.250

DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do estado de solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. Lisboa: Editora Presencial, 1994.

REIS, Jorge Renato; KONRAD, Letícia Regina. O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no direito civil. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, vol. 20, n 1, jan./abr. 2015, p. 59-87. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7195/4091>. Acesso em: 22 mar. 2022.

PAZZIAN, Roberta Mucare; SIMOKOMAK, Giulia Yumi Zaneti. O princípio da solidariedade e o direito constitucional à saúde em tempos de covid-19. **Revista Pensamento Jurídico - São Paulo** - vol. 14, n 2, Edição Especial "Covid-19", 2020.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Mufioz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

TORRES NAFARRATE, Javier. **Luhmann**: la política como sistema. México: Universidad Iberoamericana; Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, FCE, 2004.

RODRÍGUEZ, Darío; ARNOLD, Marcelo. **Sociedad y teoría de sistemas**. Elementos para la comprensión de la teoría de Niklas Luhmann. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales**. Sevilla: Global Law Press, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. 1^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. **Comparative Constitutions Project**. Characteristics of National Constitutions, Version 3.0. Disponível em: <https://comparativeconstitutionsproject.org/download-data/>. Acesso em: 6 out. 2021.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. 1^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

REMÉDIO, José Antonio. Os direitos de solidariedade, o princípio da solidariedade, a solidariedade social e a filantropia como instrumentos de inclusão social. **Argumenta Journal Law**, n. 24 p. 251-279- jan/jun 2016.