

**O MUNICÍPIO E OS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: UMA  
ANÁLISE DAS  
COMPETÊNCIAS  
CONSTITUCIONAIS DO  
MUNICÍPIO EM MATÉRIA DE  
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

139

*Recebimento do artigo: 30/09/2006*

*Aprovado em: 10/10/2006*

*Anna Candida da Cunha Ferraz*

**Sumário**

1 Introdução. I – Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 1 Positivção constitucional dos direitos humanos. 2 As gerações ou dimensões direitos fundamentais abrigadas na Constituição de 1988. 3 Natureza e aplicabilidade das normas instituidoras de direitos fundamentais. II – A positivção e a efetivação dos direitos fundamentais nos municípios. 1 Observações preliminares. 2 As competências constitucionais legislativas e os direitos de primeira geração. 3 As competências constitucionais legislativas e os direitos fundamentais sociais. 4 As competências materiais privativas dos Municípios e os direitos fundamentais. 5 As competências municipais comuns e os direitos fundamentais. 5.1 Observações gerais. 5.2 O elenco de matérias do artigo 23 da Constituição de 1988, que envolve a atuação dos Municípios com relação aos direitos fundamentais. 6 As competências municipais e os direitos de terceira geração. 7 Outras competências municipais relacionadas aos direitos fundamentais. 8 Instrumentos de positivção, de efetivação e de execução de competências municipais com vistas à garantia do exercício de direitos fundamentais. 8.1 Instrumentos normativos. 8.2 O Poder de Polícia Municipal. 8.3 Políticas Públicas Municipais. 8.4 Convênios e consórcios com outros entes públicos. 8.5 Ações afirmativas. 8.6 Recursos financeiros e orçamentários. Conclusões. Referências.

**Resumo**

O texto, de início, introduz breve exame sobre a positivação dos direitos humanos fundamentais na Constituição de 1988, as gerações ou dimensões de direitos consagradas no texto constitucional e a natureza das normas constitucionais instituidoras de direitos. Após, o trabalho desenvolve uma análise das competências constitucionais municipais referentes aos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração, tomando como ponto de partida a repartição de competências estabelecida na Constituição de 1988. Aborda, em seguida, sucintamente, alguns instrumentos que permitem a efetivação e a realização de direitos no âmbito municipal.

**Palavras-chave**

Direitos Fundamentais. Competências Municipais em matéria de Direitos Fundamentais. Instrumentos para efetivação de Direitos Fundamentais nos Municípios.

**Abstract**

*This essay begins with a brief examination of the inclusion of fundamental human rights in the Constitution of 1988, the generations or dimensions of rights consecrated in the constitutional text and finally, of the nature of the constitutional rules that create rights. After that this essay develops an analysis of the referring constitutional municipal abilities about human fundamental rights of first, second and third generations, taking as starting point the distribution of abilities established in the Constitution of 1988. It also approaches, briefly, some instruments that allow to the effectiveness and the accomplishment of rights in the municipal level.*

**Key words**

*Fundamental rights. Human rights. Municipal abilities concerning Fundamental Rights. Instruments for effectiveness of Fundamental Rights in the local level.*

**1 Introdução**

O Município é o espaço territorial e político mais significativo para o exercício da cidadania. É no Município (nas cidades) que as pessoas vivem, mantêm relações, desenvolvem suas potencialidades e virtualidades e demandam exercer, com efetividade, seus direitos fundamentais.

O Município é ente político que compõe a República Federativa do Brasil e está vinculado aos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui o País, e aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos nos artigos 1º e 3º da Constituição de 05 de outubro de 1988, que dispõem *verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho;
- V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art.3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os fundamentos e os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil são vetores que orientam a atuação dos Municípios em todos os setores afetos à sua competência, pelo que sua não observância permite a incidência de controles em suas várias modalidades: controles político, controle popular e controle jurisdicional<sup>1</sup>, e, ainda, devem nortear a posição, a atuação e as atividades dos Municípios no quadro institucional brasileiro.

Neste estudo cuida-se de identificar as competências constitucionais dos Municípios no que concerne à implementação e à efetivação de direitos fundamentais que, como se vê, constituem parte dos fundamentos e objetivos da República Brasileira. Trata-se de uma abordagem de dimensão teórica, que a partir do estabelecido na Constituição de 05 de outubro de 1988 buscará firmar um quadro geral concernente ao tema tendo em vista estabelecer alguns parâmetros para um exame mais aprofundado das competências constitucionais do Município em matéria de Direitos Humanos Fundamentais<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> O tema “controle da atuação municipal” foge aos limites deste trabalho e deverá, certamente, ensejar novos textos. Para consulta sugerimos a leitura, dentre tantas, de algumas obras: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 11. ed. Atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2000; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição e hermenêutica constitucional** (uma nova crítica do direito). Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002; MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: TR, 1993; FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**. A responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Max Limonad, 2000; FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais**. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 4, n. 4, 2004; FONTES, Telma Freitas. **A intervenção estadual no município**. Mimeo. Dissertação (Mestrado) apresentada à FADUSP/ São Paulo: 2001; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

<sup>2</sup> Este estudo busca traçar um quadro teórico das competências municipais em matéria de Direitos Fundamentais como parte do Projeto em desenvolvimento no Mestrado “Positivização e concretização jurídica dos Direitos Humanos Fundamentais no Município de Osasco”.

142 **I – Os direitos fundamentais na Constituição de 1988****1 Positivação constitucional dos direitos humanos**

O núcleo essencial dos direitos humanos fundamentais está positivado na Constituição de 05 de outubro de 1988 no Título II, artigos 5º a 17. Outros direitos ou desdobramentos dos direitos fundamentais vêm consagrados ao longo do texto constitucional, como, a exemplo, os direitos sociais relativos à saúde, à educação e ao meio ambiente, que ocupam capítulos ou seções próprias no Título VII, da Ordem Social, artigos 193 a 232.

Neste núcleo fundamental, o Capítulo I trata dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, inseridos no artigo 5º e seus 78 incisos e 4 parágrafos; o Capítulo II cuida dos “Direitos Sociais”, individualizando os direitos-base no artigo 6º, e dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, disciplinados nos artigos 7º a 11. O Capítulo III dispõe sobre a nacionalidade (artigo 12 e 13) e o Capítulo IV abre espaço para a disciplina dos Partidos Políticos (artigos 14 a 17).

Para o que interessa ao exame do tema este estudo limita-se à análise dos Capítulos I e II e seus desdobramentos.

**2 As gerações ou dimensões de direitos fundamentais abrigadas na Constituição de 1988**

Registra Paulo Bonavides<sup>3</sup>:

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

Com efeito, descoberta a fórmula de generalização e universalidade, restava doravante seguir os caminhos que consentissem inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento jurídico os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados. Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 516-517.

Aponta, assim, a doutrina a relação entre as gerações de direitos e os princípios lemas da Revolução Francesa: *liberté, égalité e fraternité*, aos quais correspondem os direitos de primeira, segunda e terceira geração.

A Constituição de 1988 consagra os direitos humanos fundamentais plastificando este lema.

No Capítulo I vêm arrolados, basicamente, os chamados direitos de primeira geração ou dimensão.

Os Direitos de 1ª geração pressupõem os direitos de liberdade, definidos como “poderes de agir ou não agir, independentemente da ingerência do Estado”<sup>4</sup> e que sintetizam os direitos-base da pessoa humana: direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, desdobrados nos incisos e parágrafos do artigo 5º que, como as liberdades são poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica.

Direitos subjetivos, pois, oponíveis ao Estado. Do Estado se espera, com relação a tais direitos, apenas uma abstenção, um não fazer.

Todavia, lembra Ferreira Filho<sup>5</sup> que

...é claro que se o Estado deve, por um lado, abster-se de perturbar o exercício desses direitos tem, por outro lado, a tarefa de preventivamente evitar sejam eles desrespeitados, e, também, repressivamente restaurá-los se violados, inclusive punindo os responsáveis por esta violação.

Na mesma linha ensina Jorge Miranda<sup>6</sup> que os direitos, liberdades e garantias englobam “direitos de diferente conteúdo, de variável estrutura e passíveis de diversa concretização ou realização. Englobam liberdades, direitos políticos, direitos irredutíveis a liberdades e a direitos políticos e garantias”. Tais direitos, registra, ainda, o autor, têm sua face negativa, exigindo do Estado abstenção, mas têm também uma face positiva, exigindo do Estado que “estabeleça condições de segurança em que possam ser exercidos, uma ordem objetiva a criar ou preservar, a ordem pública em sentido estrito, ou mais amplamente, a ordem constitucional democrática...”<sup>7</sup>.

No Capítulo II, artigo 6º estão reconhecidos os direitos de segunda geração ou dimensão, ou seja, os direitos sociais, que se somam aos primeiros e que “nascem abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão que os ampara e estimula”<sup>8</sup>. São também direitos fundamentais, mas guardam, com relação ao papel do Estado para a sua positivação,

<sup>4</sup> FERREIRA FILHO. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 23.

<sup>5</sup> *Idem*, 1993, p. 30.

<sup>6</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 100. Tomo 4 – Direitos Fundamentais.

<sup>7</sup> *Idem*, 1993, p. 101.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 518.

144 realização e proteção de seu exercício um diferente posicionamento. É que, no caso dos direitos sociais, do Estado se espera uma atuação positiva para a efetivação e a concretização desses direitos. Em outras palavras, o sujeito passivo desses direitos é o Estado e outras entidades públicas e até privadas, inclusive a sociedade. É o Estado o responsável pelo atendimento aos direitos sociais, o que se depreende claramente do texto de 1988: é dever do Estado propiciar a proteção à saúde (art. 198), à educação (art. 205), ao lazer pelo desporto (art. 217), pelo turismo (art. 180) etc. O objeto do direito social é, tipicamente, uma contraprestação de um serviço público. Assim, a exemplo, o serviço escolar, quanto ao direito à educação; o serviço médico-sanitário-hospitalar, quanto ao direito à saúde etc.<sup>9</sup>

Anota também Jorge Miranda<sup>10</sup> que para a tarefa da efetivação dos direitos sociais são chamados o Estado e a sociedade. Os direitos sociais têm uma dimensão positiva, que configura um atuar do Estado, mas tem também uma “dimensão negativa” que implica dizer que:

As prestações que lhe correspondem não podem ser impostas às pessoas contra sua vontade, salvo quando envolvam deveres e, mesmo aqui, com certos limites (v.g. tratamentos médicos ou frequência de escolas); quando a Constituição institua formas de participação, não pode ser impedido o seu desenvolvimento; e, mais do que isso, é vedado ao poder público restringir o acesso aos direitos sociais constitucional ou legalmente garantidos, por meio de medidas arbitrárias.

No tocante aos direitos de 3<sup>a</sup>. dimensão, os chamados direitos de solidariedade ou “fraternidade”, direitos que ainda não tem uma configuração definida nos ordenamentos jurídicos (direito à paz, direito ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente etc.) a Constituição de 1988 abriga, de modo expresso, o direito ao meio ambiente, sem dúvida o único positivado ou o mais elaborado direito de 3<sup>a</sup>. geração<sup>11</sup>. É o que estampa o artigo 225:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.  
§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

<sup>9</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 50.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 104

<sup>11</sup> Ver aspectos sobre o nascimento, os documentos internacionais a respeito etc. em FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 62-64.

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;  
...

### 3 Natureza e aplicabilidade das normas constitucionais instituidoras de direitos fundamentais

A maior parte dos direitos individuais e coletivos de que trata o artigo 5º – os direitos de 1ª dimensão – está consignada em normas constitucionais auto-aplicáveis, exequíveis por si mesmas ou preceptivas ou de eficácia plena, pelo que os direitos nelas consagrados podem ser exercidos desde logo, imediatamente, como aliás prevê o §1º do artigo 5º (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”)<sup>12</sup>. Isto significa dizer que não dependem de legislação infraconstitucional para serem exercidos.

Todavia, algumas normas constitucionais inseridas no referido artigo se apresentam como normas de eficácia limitada ou incompleta, ou contida, para usar a classificação de normas consagradas por José Afonso da Silva<sup>13</sup>, ou por Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>14</sup> pelo que, as primeiras dependem de legislação infraconstitucional especificando os termos do seu exercício (ex.: art. 5º, inciso VI, parte final ou inciso XII, também parte final); as de eficácia contida são também “normas que incidem e podem ser aplicadas imediatamente, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias”<sup>15</sup> (é o caso, exemplificando, da liberdade de reunião assegurada pelo inciso XVI, do artigo 5º, como veremos adiante).

As normas garantidoras dos direitos sociais, ao contrário das que consagram os direitos individuais e coletivos, são, em sua maior parte, normas programáticas, consoante registram Jorge Miranda, já citado, ou José Afonso da Silva<sup>16</sup> que aponta, com propriedade, a dificuldade para sua concretização prática ao mencionar:

42. O problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentais

<sup>12</sup> Para exame mais alongado do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais de que trata o artigo 5º, §1º, ver, entre outros: MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Tomo 4 – Direitos Fundamentais e FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos sobre a positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: Obra coletiva: **Direitos Fundamentais: fundamentação, positivação, concretização**. Coord. de Anna Candida da Cunha Ferraz e Eduardo Bittar, no prelo

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>14</sup> **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 86-87. v. 1.

<sup>15</sup> **Aplicabilidade das normas constitucionais**. *Idem, ibidem*, p. 82.

<sup>16</sup> *Idem, ibidem*, p. 140.

teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática.

Lembra, ainda, José Afonso da Silva<sup>17</sup> que as normas programáticas

I – São normas que têm por objeto a disciplina de interesses econômico-sociais, tais como: a realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho; desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico; assistência social; intervenção do Estado na ordem econômica; amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, ciência e tecnologia.

II – São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras medidas.

III – São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem o objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos, como teremos oportunidade de demonstrar.

Na Constituição brasileira, as normas que consagram o direito ao meio ambiente, estabelecidas principalmente no artigo 225, parágrafos e incisos, são também de eficácia limitada, dependendo sua efetivação de legislação, de medidas administrativas e de políticas públicas.

## II – A positivação e a efetivação dos direitos fundamentais nos municípios

### 1 Observações preliminares

A repartição de competência entre os entes políticos – União, Estados e Distrito Federal – “pedra de toque” dos Estados Federais, tem sua sede própria na Constituição Federal.

A Constituição de 1988 cuida de modo minucioso da repartição de competências entre os entes políticos que compõem nossa Federação. Na verdade, como diz Fernanda Dias Menezes de Almeida<sup>18</sup>: “A Federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências. E essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas”.

<sup>17</sup> *Idem, ibidem*, p. 150-151.

<sup>18</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 29.

As competências dos entes federados estão inscritas nuclearmente nos artigos 20 a 33, Capítulos II, III, IV e V, do Título III, que versam sobre a organização do Estado. As competências dos Municípios estão basicamente estabelecidas no artigo 30, mas se desenvolvem também em outros dispositivos constitucionais. Isto significa dizer que para se identificar, com precisão, quais são as competências municipais se torna necessária uma cuidadosa pesquisa ao longo de todo o texto constitucional. De outro lado, como há competências municipais que decorrem de outras atribuídas à União e aos Estados, o conhecimento destas também se faz necessário para se atingir uma adequada visão panorâmica de toda a competência municipal.

O objetivo desta parte do trabalho é exatamente verificar quais as competências dos Municípios com vistas à implementação, efetivação ou mesmo positivação de direitos fundamentais; vale dizer competências legislativas, administrativas, executivas etc., o que implica dizer que, num primeiro momento, se há de verificar a titularidade do exercício, particularmente legislativo, com relação aos direitos fundamentais.

## **2 As competências constitucionais legislativas e os direitos fundamentais de primeira geração**

Como se viu, os direitos de primeira geração, que supõem, em primeiro lugar, a abstenção do Estado, mas que também admitem sua intervenção positiva e protetiva, consagrados no artigo 5º da Constituição, estão imbricados particularmente em normas de eficácia plena e aplicação imediata (art. 5º, §1º), que independem para seu exercício da intermediação do legislador ordinário. Não obstante se viu, também, que certos preceitos desse rol especial de normas podem demandar legislação infraconstitucional, seja para completar, de modo efetivo, a normatividade do direito nela inscrito (norma constitucional de eficácia limitada ou incompleta), seja para, se necessário, reduzir o âmbito de aplicação do direito (norma de eficácia contida).

Ora, não há, no texto constitucional federal, normas específicas atribuindo competências legislativas no que respeita aos direitos fundamentais previstos no artigo 5º aos entes políticos que compõem a Federação brasileira: esta é a primeira observação que colhe fazer.

Não se encontra na Constituição, por exemplo, dentre os incisos do artigo 22, que dispõem sobre a competência privativa legislativa da União, ou do artigo 24, que dispõem sobre a competência legislativa concorrente da União e dos Estados, qualquer referência à competência para “legislar sobre direitos fundamentais individuais ou coletivos”. Ressalvem-se, neste último, certas matérias relativas a direitos fundamentais que se inserem na competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal tais como: legislar sobre assistência jurídica e defensoria pública (inciso XIII); sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (inciso XIV) e sobre

148 a organização, garantias, direitos e deveres das policiais civis (inciso XVI), matéria ligada ao direito à segurança.

Não obstante a doutrina<sup>19</sup> aponta, com razão, que pela natureza do conteúdo das normas inseridas no artigo 5º, que integram o conjunto de normas materialmente constitucionais válidas para o ordenamento global brasileiro, e por se tratar de atribuição relativa aos princípios e aos objetivos do Estado Democrático Brasileiro, a disciplina dessa matéria há de estar reservada à União enquanto representante do Estado global e soberano.

Com efeito, tais normas constituem um núcleo constitucional normativo irreduzível até mesmo por emenda constitucional, conforme determina o artigo 60, IV da Constituição. Por consequência, leis regulamentadoras, complementares, restritivas ou explicativas de direitos fundamentais, quando cabíveis, são de competência privativa da União, ainda que não haja preceito expresso a esse respeito.

É o que se pode facilmente verificar compulsando os incisos constitucionais do artigo 5º e a legislação infraconstitucional pertinente. Assim, para exemplo, são federais as leis que regulamentam ou disciplinam: direitos autorais (art. 5º, IX, Lei n. 5.099, de 1973, Lei n. 9069, de 12.02.1998 etc.); a parte final do inciso XII, no que este determina: “é inviolável o sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação ou instrução processual penal” (Lei n. 9.296, de 24/07/1996); ou a lei que disciplina a liberdade de reunião prevista no inciso XVI do artigo 5º (Lei n. 1207/50 modificada pela Lei n. 9.071, de 3 de julho de 1974).

Não obstante, os Municípios poderão, em certa medida, expedir normas locais relativas aos direitos fundamentais, fundados no exercício do poder de polícia, que lhes é inerente, e no uso de suas competências constitucionais, genérica e suplementar, previstas no artigo 30, I e II, que estabelecem:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

...

Em essência, *poder de polícia* é a atividade da Administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades...Onde existe um ordenamento, este não pode deixar de adotar medidas para disciplinar o exercício de direitos fundamentais de indivíduos e grupos.

---

<sup>19</sup> Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes, *op. cit.*, 2000, p. 98; ver também ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Liberdade de reunião**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 127 e seguintes.

ensina Odete Medauar<sup>20</sup>. Ou ainda, como diz Caio Tácito “poder *de polícia* é o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”<sup>21</sup>.

O campo de atuação do poder de polícia é bastante amplo, alcançando seu exercício todos os entes políticos que desenvolvem funções de Administração Pública, como é o caso dos Municípios.

De outro lado, para a identificação das competências dos Municípios, o vetor será sempre “o interesse local”<sup>22</sup>. Por interesse local, a despeito de modificação redacional do texto constitucional, prevalece dominante a doutrina que entende que se trata aí do “peculiar interesse do Município”, vale dizer, não um interesse exclusivo, mas um interesse predominante, permanecendo válida, pois, a tradicional lição de Sampaio Doria<sup>23</sup>.

É possível, a partir dos incisos constitucionais relacionados no artigo 5º, identificar inúmeras possibilidades de atuação municipal com base nos fundamentos citados.

Vejam os alguns exemplos.

A inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença é garantida no inciso VI do artigo 5º que assegura, também, “o livre exercício dos cultos religiosos” e garante, “na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”. Há várias leis federais disciplinando a matéria: o Código Penal (art. 208); leis gerais, como: a Lei n. 4.898/65, que reprime o abuso de autoridade (art. 3º); a Lei n. 8.069/90 – O Estatuto da Criança –, art. 16, III; a Lei n. 10.335/01 que institui o Dia da Bíblia etc.

Não cabe aos Municípios legislar sobre o “exercício dos cultos”. Não obstante, indiretamente, atuando seu poder de polícia ou mesmo invocando seu “peculiar interesse local” os Municípios regulam aspectos relacionados com o exercício de cultos como, por exemplo, legislando sobre os limites da poluição sonora eventualmente praticada pelos cultos ou tomando medidas administrativas que visem coibir o abuso da poluição sonora. No Município de São Paulo, v.g, há inclusive um Serviço Público – o PSIU que cuida do excesso da poluição sonora que perturba o sossego público que não raro é solicitado com relação à atuação dos cultos.

Merece citação a seguinte ementa proferida em decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

---

<sup>20</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. revista e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 387.

<sup>21</sup> *Apud* MEDAUAR, Odete, *idem, ibidem*, p. 390.

<sup>22</sup> Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes, *op. cit.*, p. 114.

<sup>23</sup> *Idem, ibidem*, p. 114.

DIREITO DE VIZINHANÇA – Perturbação do sossego – Verificação – Templo religioso – Níveis insuportáveis de ruído – Procedimento administrativo que foi confirmado pelas demais provas dos autos – Liberdade de culto que deve ser exercida de modo civilizado – Desobediência à legislação municipal – aplicação do artigo 554 do Código Civil – Recurso não provido (Apelação Cível n. 281.247 – 1 – Ribeirão Preto – 7ª. Câmara de Direito Privado – Relator Sousa Lima – 21.08.97 – V.U.).

Outro exemplo: A liberdade de locomoção é assegurada no inciso XV que dispõe especificamente sobre a liberdade pessoal. Todavia ensina a doutrina que esta liberdade envolve, também, a liberdade de circulação por intermédio de veículos<sup>24</sup> o que, por certo nos leva à legislação sobre trânsito, cuja competência é privativa da União (art. 22, XI) e ao direito urbanístico, este de competência legislativa concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal, na forma disposta no artigo 24, inciso I.

Também neste caso, a competência legislativa privativa da União e a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal não excluem o exercício de competência legislativa municipal, seja para dispor sobre assuntos de trânsito que digam respeito ao seu peculiar interesse, seja no exercício do poder de polícia, seja ainda no exercício da competência suplementar que lhe é deferida pelo inciso II do artigo 30 acima transcrito, sempre, é claro, respeitadas as normas federais ou estaduais pertinentes.

Assim, exemplificando, cabe ao Município estabelecer normas sobre estacionamento de veículos, sobre a chamada “zona azul”, sobre multas por estacionamento em local indevido, sobre a utilização das vias públicas etc.

Ainda outro exemplo: A liberdade de reunião de que trata o inciso XVI do artigo 5º, já mencionada, embora sequer faça referência à necessidade de lei regulamentadora, ensejou, na verdade, e sob vários ângulos, a edição de leis federais: a Lei n. 1207/50 (liberdade de reunião em geral), e suas manifestações em outras áreas, como por exemplo, a disciplina da liberdade de reunião no Código Brasileiro de Trânsito, a disciplina do exercício do direito em leis eleitorais etc.<sup>25</sup>.

Tratando especificamente desse direito, Fernando Dias Menezes de Almeida<sup>26</sup> aponta

que a competência da União não exclui a dos Municípios de suplementar a legislação federal “no que couber”, por exemplo, disciplinando o exercício da liberdade de reunião que interfira com o trânsito, respeitadas, é evidente, as regras já estabelecidas na lei federal.

E, mais à frente, indica que o Município de São Paulo editou duas leis e os respectivos decretos regulamentadores a esse respeito: a Lei n. 12.151, de 19 de julho de 1996, que

<sup>24</sup> Cf. ROBERT, Jacques. **Libertés publiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1971, p. 282 e seguintes.

<sup>25</sup> Fernando Dias Menezes de Almeida, na obra citada *Liberdade de Reunião*, relaciona várias leis federais que disciplinam direta ou indiretamente a liberdade de reunião. Ver páginas 101 e segts.

<sup>26</sup> *Idem, ibidem*, p. 133.

“Dispõe sobre o uso das vias públicas do Município de São Paulo para o exercício do direito de manifestação através de passeatas ou outro tipo de concentração popular” e a Lei n. 12.153, de 29 de julho de 1996, que “Disciplina a realização de manifestações públicas que prejudiquem a livre circulação dos veículos automotores na Avenida Paulista”, a primeira regulamentada pelo Decreto n. 36.329, de 22/08/1996 e a segunda pelo Decreto n. 36.797, de 19/03/1997.

O inciso XXII do artigo 5º garante o direito de propriedade e o inciso XXIII determina que a propriedade atenda à sua função social, além de estabelecer outras normas sobre esse direito nos incisos seguintes. Por outro lado, no artigo 30, o inciso VIII atribui competência para o Município “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”. Assim, embora a legislação sobre o direito de propriedade seja federal, cabe aos Municípios, sobre vários aspectos, suplementar esta legislação cuidando de sua competência no exercício das atribuições acima mencionadas ou ainda atuando no seu interesse local e no exercício do poder de polícia.

Mencione-se a esse respeito que regras sobre o direito de vizinhança, que na verdade, constitui o conjunto de regras que determinam o alcance, restrições e limites do exercício do direito de propriedade, respeitadas por óbvio a legislação federal, podem ser estabelecidas pelos municípios. Exemplo a esse respeito pode ser mencionado com os limites estabelecidos às edificações com relação aos imóveis vizinhos. Aliás, a esse respeito, sem discutir a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do texto integral, o Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal estabelece uma série de competências municipais, dentre as quais citamos:

Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privadas ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.

Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:

- I – adensamento populacional;
- II – equipamentos urbanos e comunitários;
- III – uso e ocupação do solo;
- IV – valorização imobiliária;
- V – geração de tráfego e demanda por transporte público;
- VI – ventilação e iluminação;
- VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público municipal, por qualquer interessado.

Também com relação aos incisos XXXIII, XXXIV e LXXVII têm os Municípios competências legislativas e administrativas para cumprir o mandamento constitucional e assegurar os direitos ali inscritos.

Dispõem citados incisos:

XXXIII – todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade e abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

LXXVII – são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data* e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania (n.g.).

Os direitos assegurados nos incisos acima foram regulados pelas Leis federais, de abrangência nacional, de n. 9.051/95 e n. 9.265/96, respectivamente.

Tais leis se aplicam aos Municípios visto que cogitam de regulamentar direitos inseridos no rol dos direitos fundamentais. Todavia, os Municípios, usando de sua competência para legislar sobre assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal, no que couber, poderão editar leis, observada a legislação federal, regulamentando tal matéria que, na verdade, se insere, também, no âmbito das matérias administrativas, próprias de qualquer ente público.

Embora não expressamente relacionado no artigo 5º, cabe, ainda, mencionar como exemplo de direito de primeira geração o tratamento especial atribuído às pessoas portadoras de deficiente física ou de capacidade reduzida. No caso trata-se de direito que, excepcionando o direito de igualdade formal, introduz a chamada discriminação positiva ou inversa, pela qual se pretende atingir, com relação aos deficientes, a igualdade material. Vários dispositivos constitucionais contemplam, de modo expresso, esse tratamento excepcional. Assim os artigos 227, §2º, 244.

Para exemplo, registre-se que leis e decretos da Municipalidade de São Paulo estabelecem regras visando à proteção desse direito. Dentre esses documentos citem-se, dentre outros, o Decreto n. 45122, de 12/08/2004 que “consolida a regulamentação das leis municipais n. 11.345/93, n. 11.424/92, n. 12.815/99 sobre a adequação das edificações à acessibilidade...”; a Lei n. 12.815, de 06/04/99, “que dispõe sobre acesso

de pessoas portadoras de deficiência física a cinemas, teatros, casas de espetáculos e estabelecimentos bar”.

Esses são apenas alguns exemplos para permitir visualizar a ocorrência e a amplitude da atuação dos municípios com relação aos direitos de primeira geração, já que não é possível examinar, neste texto, exaustivamente, toda a abrangência das disposições do artigo 5º e seus reflexos na legislação municipal.

Finalmente, cumpre lembrar que o artigo 5º, em seus parágrafos 2º e 3º (este acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004) assegura outros direitos e garantias não expressos na Constituição e “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, sendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Em princípio, tal como ocorre com os direitos fundamentais expressos no artigo 5º, a legislação implementadora desses direitos, chamados pela doutrina de “direitos implícitos”<sup>27</sup> é expedida pela União. Não obstante, na mesma linha das considerações traçadas, os Municípios poderão no exercício de suas competências legislativas privativas, relativas ao “interesse local” ou suplementar, e no exercício do poder de polícia, positivar, implementar ou efetivar a realização desses direitos não expressos no texto constitucional, no que couber. Veja-se, para exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos)<sup>28</sup> e sua implementação no Brasil.

### 3 As competências constitucionais legislativas e os direitos sociais

Os direitos sociais que, como se viu, constam de normas programáticas ou de eficácia limitada, dependentes que são de legislação ulterior e de medidas administrativas, estão imbricados no artigo 6º da Constituição de 1988 e envolvem: o direito à educação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados.

A competência legislativa para legislar sobre alguns direitos sociais é privativa da União e está inserida no rol das competências de que trata o artigo 22: assim, compete

<sup>27</sup> Ver, a propósito, FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Aspectos da positivação dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. *op. cit.*, no prelo

<sup>28</sup> Para exame ver **Direitos humanos** – Construção da liberdade e igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998, p. 327 e segs; MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 448-460.

154 à União legislar sobre o direito do trabalho (inciso I); a seguridade social (XXXIII); diretrizes e bases da educação nacional (inciso XXXIV); a competência legislativa sobre outros direitos sociais é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, consoante estabelece o artigo 24: legislar sobre direito urbanístico (inciso I); educação, cultura, ensino e desporto (inciso IX); previdência social, proteção e defesa da saúde (inciso XII); proteção à infância e à juventude (inciso XV). Outros direitos sociais vêm disciplinados ao longo da Constituição, no Título da Ordem Social que cuida da seguridade social, da saúde, da previdência social, da educação, da cultura e do desporto, da família, da criança, do adolescente e do idoso, ou no Título da Ordem Econômica e Financeira, onde há a disciplina da Política Urbana para o que interessa, por ora, ressaltar.

Com relação aos direitos sociais de competência legislativa privativa da União ou concorrente entre o Estado<sup>29</sup>, a União e o Distrito Federal, os Municípios somente poderão legislar invocando sua competência suplementar e o interesse local, ou eventualmente, o poder de polícia, sempre respeitando, por óbvio a legislação federal ou estadual pertinente.

#### **4 As competências materiais privativas dos Municípios e os direitos fundamentais**

Os Municípios, na Constituição de 1988, além de uma área de competências privativas não enumeradas, uma vez que podem legislar sobre os assuntos de interesse comum ou em caráter suplementar à legislação da União e dos Estados, como vimos (art. 30, I e II), têm, ainda, algumas competências materiais exclusivas, também indicadas no artigo 30, incisos III a VIII.

José Cretella Júnior<sup>30</sup>, discorrendo sobre as competências materiais da União, estabelecidas no artigo 21 da Constituição Federal, define tais competências como “a capacidade genérica ou possibilidade de desempenhar serviços federais, de editar atos administrativos e atos políticos”.

Pode-se transportar essa noção para o âmbito das competências materiais conferidas pela Constituição aos Municípios. Convém registrar, contudo, que:

---

<sup>29</sup> A Constituição do Estado de São Paulo disciplina várias competências desta ordem. Para exemplo, ver artigos: 182 (normas sobre moradias populares, a cargo dos Estados e Municípios); 201 (consórcios e convênios com as municipalidades para execução de serviços); 215, II (normas sobre saneamento), 222 (municipalidade e serviços de saúde); 239 e 256 (normas sobre educação); 266 (normas sobre deficientes, esporte e lazer); 182 (normas sobre a proteção de crianças, adolescentes e idosos); 262 (normas sobre intercâmbio cultural e artístico com os Municípios); 279 (normas sobre o Poder Público estadual e municipal relativas a prevenção de deficiências aos pré-natais e deficientes) etc.

<sup>30</sup> *Apud* Fernanda Dias Menezes de Almeida, *op. cit.* 2. ed. 2000, p. 84.

embora se cogite, na espécie, de exercício de “poder”, de execução de atividade ou desempenho de encargo, as competências materiais não excluem ação normativa precedente, emanada da própria esfera de poder. Assim, a prestação, pelo município, de serviços públicos de interesse local, inclusive o de transporte coletivo (art. 30, VI), demandará, com certeza, legislação municipal disciplinadora dessa atividade local<sup>31</sup>.

Dos incisos inscritos no artigo 30 interessa ressaltar os de números V, VI, VII, VIII e IX, *verbis*:

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Neste ponto cumpre lembrar que dentre as competências materiais da União, estabelecidas no artigo 21, várias têm relação com as competências materiais municipais.

Assim, estabelece o artigo 21 que compete à União, dentre outras matérias: elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (inciso IX); instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (inciso XX); organizar, manter e executar a inspeção do trabalho (inciso XXIV).

Destarte, as competências materiais municipais não de ser exercidas considerando, no que couber, as competências materiais da União dispostas no artigo acima referido.

De outro lado, como se vê a partir do artigo 30 e incisos acima transcritos, dentre as competências municipais materiais, de caráter impositivo, há um rol de atividades, serviços públicos e programas, que devem ser atuados pelos Municípios e que dizem respeito uns à prestação de serviços públicos na área de direitos sociais (VI, VII e IX) e outros, que direta ou indiretamente, dizem respeito à prestação de serviços públicos na área de direitos individuais e coletivos de primeira geração (V, VIII).

<sup>31</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Op. cit.*, 1989, p. 65.

Para Fernanda Dias Menezes de Almeida<sup>32</sup>, no “artigo 30, a Constituição explicita, ela mesma, de modo não taxativo, certas competências político-administrativas dos Municípios. São as que constam dos incisos III, IV, V, e VIII”. São dispositivos, registra a autora, que na verdade constituem corolários necessários da autonomia municipal, em alguns casos, e noutros, acrescentando-se, são corolários de competências determinadas ao longo do texto constitucional.

Não obstante, para o que interessa acentuar, trata-se de competências materiais dos Municípios que certamente envolvem o campo dos direitos sociais e individuais e coletivos, como se disse acima e que merecem registro sob este aspecto. De outra sorte, também como afirmado, o exercício dessas competências pressupõe atividade normativa do Município, além da atividade material e de políticas públicas para a implementação ou a efetivação dos direitos de que cogitam.

Ressalte-se, ainda, que as competências materiais dos Municípios não se esgotam no artigo 30, já que outras disposições constitucionais cuidam dessas competências municipais. Sirvam de exemplo – e a lembrança é de Fernanda Dias Menezes de Almeida:

o artigo 144, §8º, em que se atribui aos Municípios competência para constituírem, a seu critério, guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, e o artigo 182 em que se confere ao Município a execução da política de desenvolvimento urbano, colocando-se como instrumento básico dessa política o plano diretor aprovado pela Câmara Municipal e obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes.

## 5 As competências comuns dos municípios e os direitos fundamentais

### 5.1 Observações gerais

Em trabalho anterior<sup>33</sup> registrou-se a respeito das competências comuns atribuídas à União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

As competências comuns estão arroladas no artigo 23 da Constituição Federal. Trata-se de uma listagem de atividades que constituem deveres, obrigações a serem cumpridas pelo poder público – qualquer que seja o nível – e de preceitos indicativos e rumos a serem perseguidos, particularmente no

---

<sup>32</sup> **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed., *cit.* p. 117-118.

<sup>33</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. União, Estado e Município na nova Constituição: enfoque jurídico formal. In: **A nova Constituição paulista – perspectivas**. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, Fundação do Desenvolvimento Administrativo – FUNDAP, 1989. Organização de Aguinaldo Ribeiro da Cunha *et al.*, p. 67; 65.

desempenho de encargos de relevante matéria social. Nota-se, no modo de enunciar essas competências (“zelar”, “cuidar”, “proteger”) além do tom imperativo, certo caráter pedagógico. Cuida o texto constitucional de “lembrar” que cada esfera de poder tem deveres a cumprir para concretizar as atribuições e as competências que o constituinte federal lhes confere.

Não se trata, a rigor, de modalidade de competências que, a partir da Constituição de 1988, os entes políticos no País passaram a deter. Sem risco de errar é possível demonstrar que os encargos e atividades elencadas no artigo 23 são decorrência necessária ou da respectiva capacidade de auto-organização e auto-administração ou das competências gerais ou legislativas que lhes são conferidas. A novidade reside no fato de o texto constitucional discriminar, de modo taxativo, aquilo que dantes se inferia implicitamente das normas constitucionais.

O princípio que rege essa partilha de competência é o da “coordenação e cooperação” entre as entidades públicas sob a égide da legislação federal.

Observou-se, também<sup>34</sup>, que as atividades a serem exercidas no campo material das competências “comuns”:

somente poderão ser executadas, na generalidade dos casos, fundamentadas em regulamentação normativa precedente, oriunda de mais de um nível normativo de poder. Nessa hipótese, ocorrerá a chamada repartição vertical de competências, o que significa dizer que a atividade poderá ser exercida pelas diferentes esferas políticas, porém estará sujeita a disciplina legislativa hierarquizada e a regras gerais, impostas pelo poder central. Exemplificando: cuidar da saúde é tarefa comum a todos os níveis de poder público (artigo 23, II). Todavia, o sistema constitucional normativo sobre a “saúde” desdobra-se em várias espécies: a) *lei federal* (competência privativa da União sobre seguridade social (artigo 22, XXII); b) eventual *lei delegada estadual* (competência delegada ao Estado, artigo 22, parágrafo único); c) *lei de princípios* (normas gerais da União, competência concorrente, artigo 24, XII); d) *normas específicas do Estado* (suplementares ou supletivas, competência concorrente, artigo 24, §2º e 3º); e *legislação suplementar* do município (artigo 30, II). Importante, ainda, ressaltar que, no tocante às competências comuns, as tarefas e os encargos deverão ser executados preferencialmente de forma coordenada, pois cabe à União, mediante lei complementar, fixar normas de cooperação entre os entes políticos, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar nacional (artigo 23, parágrafo único).

<sup>34</sup> *Idem, ibidem*, p. 65-66.

Como se vê, as competências rotuladas de “comuns” na Constituição são competências partilhadas pelos entes políticos de todos os níveis e têm o mesmo sentido de “competência concorrente” segundo acentua Fernanda Dias Menezes de Almeida<sup>35</sup> que registra: “o que o constituinte deseja é exatamente que os Poderes Públicos em geral cooperem na execução das tarefas e objetivos enunciados”. E, como diz Paulo Luiz Neto Lobo<sup>36</sup>: “na competência comum ocorre uma descentralização de encargos de matérias de grande relevância social, que não podem ser prejudicadas por questões de limites e espaços de competência”.

## 5.2 O elenco de matérias do artigo 23 da Constituição de 1988, que envolve a atuação do Município com relação aos direitos fundamentais

É no rol de competências relacionadas no artigo 23 que ressalta, de modo mais significativo, o exercício de competências municipais em matéria de direitos fundamentais, particularmente com referência aos direitos sociais. Envolve o elenco do artigo 23 competências materiais de “fazer”, “cuidar”, “proteger”, “promover” direitos sociais relativos: à saúde, ao saneamento básico, à assistência social, à cultura, à educação e à ciência, à moradia, além de abranger, também, direitos de primeira geração, tais como o combate às causas da pobreza e da marginalização, a proteção das pessoas portadoras de deficiência e da segurança do trânsito.

Assim, compete aos Municípios: cuidar da saúde e assistência pública (inciso II) e da melhoria das condições de saneamento básico e organizar o abastecimento alimentar – combater a poluição em qualquer de suas formas, matérias ligadas diretamente à proteção da saúde pública (incisos VIII e IX e VI); conservar o patrimônio público (inciso I), proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais e os sítios arqueológicos (inciso III), impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (inciso IV), matérias ligadas ao direito à cultura, expressamente assegurado no inciso V que estabelece a competência municipal de “proporcionar os meios de acesso à cultura”; promover os meios de acesso à educação e à ciência (inciso V), promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais (inciso IX). Nos incisos II (cuidar da proteção e da garantia das pessoas portadoras de deficiência), X (combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos) e XII (estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito) vêm arroladas matérias relacionadas com direitos de primeira geração: direito à igualdade, ao combate das discriminações, direito à vida, direito de locomoção.

<sup>35</sup> **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. 2000, p. 129.

<sup>36</sup> *Apud* ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências**, 2000, p. 130.

Cabe registrar, ainda que brevemente, que neste artigo também se insere competência para proteger direito de terceira geração (proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas – inciso VI) que será objeto de exame mais à frente.

A respeito do exercício das competências comuns, dois pontos devem ser realçados, particularmente com vistas ao disposto no parágrafo único do artigo 23 que estabelece: “Lei complementar fixará as normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar nacional”: o reconhecimento de competências a entes políticos autônomos, inclusive para planejar suas atividades, torna inevitável a ocorrência de entreciosos, de contradições e de incoerência entre os planos nacionais, os estaduais e os municipais, o que parece justificar um sistema integrado de planejamento, todavia difícil de alcançar<sup>37</sup>; de outro lado, as competências municipais, no mais das vezes, estão limitadas pelas competências legislativas privativas da União e legislativas concorrentes da União e dos Estados pelo que, os Municípios, para atuar suas competências comuns – que, diga-se de passagem, são impositivas – devem observar as regras já existentes oriundas dos demais poderes. É certo que a matéria está inçada de dificuldades, particularmente tendo presente que, em alguns casos, há de se levar em conta a autonomia municipal.

Cabe, a propósito, transcrever afirmação de Fernanda Dias Menezes de Almeida<sup>38</sup>, com a qual estamos de acordo:

É certo que o exercício das competências materiais comuns deverá ser presidido pelo ideal de colaboração entre as pessoas político-administrativas. É certo também que as normas que se editarem com vistas a proporcionar a cooperação desejada obrigarão também a União...

Mas o fato é que a lei complementar de que se espera a orientação sobre a forma concertada de atuação das entidades federativas não poderá desatender as regras constitucionais de repartição de competência que, estas sim, efetivamente mandam e limitam a colaboração na espécie (FERREIRA FILHO, 1999, v. 1, 188)<sup>39</sup>.

## 6 As competências municipais e os direitos de terceira geração

A Constituição brasileira consagra, dentre os direitos de terceira dimensão, tão somente o direito ao meio ambiente que é também o mais elaborado direito desta categoria de direitos, como se disse.

<sup>37</sup> Ver, a propósito, as considerações de José Afonso da Silva, *apud* ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 2000, p. 94-95.

<sup>38</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes, *idem supra*, p. 133.

<sup>39</sup> Veja-se citação acima de FERRAZ, Anna Candida da Cunha. União, Estado e município na nova Constituição, *op. cit.*, p. 65.

A competência para legislar sobre o meio ambiente aparece no rol das competências concorrentes da União, dos Estados e do Distrito Federal; no que respeita às competências materiais comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e Municípios, as competências materiais executivas estão indicadas no artigo 23, incisos VI (proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas); VII (preservar as florestas, a fauna e a flora); XI (registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios); e, indiretamente, o inciso XII (estabelecer e implantar política de educação para segurança do trânsito). Além dessas, há competências legislativas da União, inseridas no artigo 22, para legislar sobre matérias relacionadas, direta ou indiretamente, ao meio ambiente: inciso IV (águas, energia...); IX (diretrizes da política nacional de transportes); X (regime de portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial); XI (trânsito e transportes); XII (jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia); XXVI (atividades nucleares de qualquer natureza); XXVIII (defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional); XXIX (propaganda comercial). Também no rol de competências materiais da União há matérias relacionadas direta ou indiretamente com o meio ambiente: VI (autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico); IX (elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social); XII (explorar (a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos, (c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária, (d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, (e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, (f) os portos marítimos, fluviais e lacustres); XVII (planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações); XIX (instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de uso); XX (instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento e transportes urbanos); XXI (estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação); XXII (executar os serviços de polícia marítima, aeroespacial e de fronteiras); XXIII (explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza...)<sup>40</sup>.

O artigo 24, que disciplina as competências concorrentes, dispõe competir à União, Estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do

---

<sup>40</sup> José Afonso da Silva menciona as competências municipais com relação ao direito ambiental. Cf. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 52-53.

meio ambiente e controle da poluição (inciso VI); responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso VIII). Mais à frente, já no Capítulo VI da Ordem Social, desdobra a Constituição a disciplina sobre o meio ambiente ao dispor:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nos parágrafos e incisos deste artigo, a Constituição estabelece as medidas que o Poder Público deve tomar para assegurar “a efetividade desse direito”.

Dentre as disposições indicadas neste artigo, refletem-se, particularmente, nos Municípios o disposto nos itens I, III, IV, V, VI do §1º, e o §3º que determinam, respectivamente:

§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

...

§3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Cabe citar, também, a propósito da competência municipal sobre matéria relacionada com o meio ambiente o disposto no artigo 182, *verbis*:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes fixadas por lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

...

Ante tudo isto importa ressaltar que a legislação básica sobre a matéria ambiental é elaborada pela União, a exemplo: Lei n. 9.985/00, que regulamenta o disposto no §1º e incisos I, II, III e VII; Lei n. 9.605/98, que define os crimes ambientais e a responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas de que trata o §3º; Lei n. 9.966/00, que dispõe sobre a prevenção e o controle de certo tipo de poluição, regulamentando o inciso VI do art. 24 etc.

Considerando, por outro lado, que as competências sobre meio ambiente derivadas do artigo 24 são concorrentes, também os Estados, em suas Constituições e mediante leis podem disciplinar a matéria ambiental.

Todavia num e noutro caso é imperioso notar que se há de respeitar a competência do Município para legislar sobre matéria de interesse local, bem como para suplementar a legislação federal e a estadual, no couber, vale dizer, naquilo que for “interesse local”. Isto significa dizer que nem a União, nem o Estado podem desprezar a autonomia municipal e as competências privativas do Município que têm como vetor o interesse local.

A matéria sobre a legislação ambiental por parte dos Municípios enseja polêmica, ainda não de todo pacificada pela jurisprudência de nossos tribunais. Todavia cumpre observar que, além das competências decorrentes da legislação acima indicada, no que respeita às competências comuns, tal como já registrado acima, caberá ao Município, para executar as atividades atribuídas pela Constituição, elaborar legislação local, observadas, no que couber, a legislação federal e estadual pertinentes.

A esse propósito vale citar o longo elenco de hipóteses em que os municípios são competentes em matéria ambiental, traçados por José Augusto Delgado<sup>41</sup>, ao qual nos remetemos.

---

<sup>41</sup> *Apud* FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 64-66. O autor também indica uma série de exemplos de leis municipais sobre variada matéria, inclusive, por exemplo, no que diz respeito à pesca. Trata-se de obra que convém compulsar.

## 7 Outras competências municipais relacionadas aos direitos fundamentais

As competências municipais relacionadas com a positivação, a efetivação e a realização dos direitos fundamentais não se esgotam no núcleo das competências constitucionais municipais de que trata o artigo 30. Várias, como se viu, estão inseridas em diferentes disposições constitucionais cuja relação, acima referida, também não esgota a matéria.

Outras competências municipais relativas a direitos fundamentais encontram-se enunciadas ao longo do texto constitucional.

Para exemplo, citem-se algumas, sem também se ter a pretensão de esgotar a matéria. São competências que, em sua maioria, envolvem a efetivação e a realização de direitos sociais, atribuídas como poder-dever ao Estado ou ao Poder Público, genericamente mencionado no texto constitucional, sempre demandando, direta ou implicitamente, a atuação do Município como ente estatal Assim:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

...

§2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

...

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os artigos 158 e 159, inciso I, alínea b e §3º

...

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

...

II – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

III – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

...

VII – atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;

§1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais e responsáveis, pela freqüência à escola.

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

...

§2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

...

§4º Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

...

§3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação.

§4º Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

§5º O ensino fundamental obrigatório terá como fonte adicional de financiamento a contribuição do salário-educação, recolhida pelas empresas, na forma da lei.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

...

§3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

...

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

...

II – a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III – o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional;

IV – a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

...

§3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos;

§2º A lei disporá sobre normas de construção de logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§3º O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

...

- II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
  - III – garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;
  - ...
  - VI – estímulo de Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;
  - VII – programas de prevenção e atendimento especializado à crianças e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.
- Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
- §1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares;
- §2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos e urbanos.

## **8 Instrumentos de positivação, de efetivação e de execução de competências municipais com vistas à garantia do exercício de direitos fundamentais**

Vários instrumentos podem servir à positivação, à implementação, à realização e à fundamentação do exercício das competências dos Municípios visando à efetivação dos direitos fundamentais, particularmente dos direitos sociais inseridos no artigo 23.

Citem-se alguns, com a observação de que não esgotam o tema, extremamente rico sob este aspecto:

- a) Instrumentos normativos
- b) O poder de polícia municipal
- c) Políticas públicas municipais
- d) Convênios e consórcios com outros entes políticos
- e) Ações afirmativas
- f) Recursos financeiros e orçamentários

Analisemos, em rápidas passagens, citados instrumentos<sup>42</sup>:

---

<sup>42</sup> O exame desta matéria, extremamente relevante para a percepção do tema da efetivação e realização dos direitos fundamentais nos Municípios, é feito aqui em apenas breves passagens já que deverá merecer estudos mais aprofundados para embasarem, do ponto teórico, o Projeto em desenvolvimento sobre a Efetivação e a concretização dos Direitos fundamentais no Município de Osasco.

## 8.1 Instrumentos normativos<sup>43</sup>

A Lei Orgânica do Município é o primeiro instrumento normativo via do qual os Municípios positivam, em seu âmbito de atuação, os direitos fundamentais de primeira, de segunda e de terceira geração.

Para exemplo, a Lei Orgânica do Município de São Paulo positiva e assegura direitos de primeira geração ao estabelecer, no inciso VIII do artigo 2º,

a garantia de acesso, a todos, de modo justo e igual sem distinção de origem, raça, sexo, orientação sexual, cor, idade, condição econômica, religião, ou qualquer outra discriminação, aos bens e serviços e condições de vida indispensáveis a uma existência digna

no inciso X – “a defesa e a preservação do território, dos recursos naturais e do meio ambiente no Município”; ao definir, no artigo 148, os objetivos da política urbana do Município e ao fixar, no artigo 149 o que deve o Município fazer para cumprir seus objetivos: veja-se, para exemplo, o que dispõe o artigo 148:

Art. 148 – A política urbana do Município terá por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, propiciar a realização da função social da propriedade e garantir o bem-estar de seus habitantes, procurando assegurar:

I – o uso socialmente justo e ecologicamente equilibrado de seu território;

II – o acesso de todos os seus cidadãos às condições adequadas de moradia, transporte público, saneamento básico, infraestrutura viária, saúde, educação, cultura, esporte e lazer e às oportunidades econômicas existentes no Município;

III – a segurança e a proteção do patrimônio paisagístico, arquitetônico, cultural e histórico;

IV – a preservação, a proteção, a recuperação do meio ambiente;

V – a qualidade estética e referencial da paisagem natural e agregada pela ação humana.

O meio ambiente é disciplinado em Capítulo especial (Capítulo V, artigos 180 a 190, inclusive com expressa referência à educação ambiental – art. 181, IV). Também a cultura merece tratamento específico (artigos 191-199). A educação ocupa o Título VI (Da atividade social do Município), em seu Capítulo I, artigos 200-211; a saúde o Capítulo II, artigos 212 a 218; por igual a segurança do trabalho e saúde do trabalhador, a promoção e a assistência social, o esporte, lazer e recreação (Capítulos III, IV e V).

<sup>43</sup> Neste ponto apenas serão examinados os instrumentos normativos “intra-municipais” já que, como se viu antes, a positivação de direitos fundamentais está imbricada na Constituição Federal e leis federais e na Constituição do Estado e leis estaduais.

Assim, repita-se, a Lei Orgânica Municipal é o primeiro documento, de âmbito local municipal, de positivação dos direitos fundamentais afetos aos Municípios.

Emendas à Lei Orgânica, Leis (ordinárias ou de outra espécie, dependendo do processo legislativo adotado pelo Município) que dispõem sobre os assuntos de interesse local ou que suplementam leis federais ou estaduais, decretos e atos administrativos (Portarias, Resoluções etc.) completam o quadro dos instrumentos normativos destinados a positivar e possibilitar a efetivação do exercício dos direitos fundamentais no Município.

A atividade legislativa municipal é essencial para assegurar, definir, estabelecer e disciplinar, no que couber, o exercício dos direitos fundamentais a serem desenvolvidos no território municipal e dentro do âmbito de competência dos Municípios, especialmente tendo-se em vista que o Poder Público somente pode atuar nos limites da lei.

De um modo geral, há grande variedade de leis versando sobre tal matéria, o que demanda rigorosa pesquisa local para se verificar até que ponto ou em que medida os Municípios estão cumprindo ou adotando meios para cumprir e viabilizar, efetivamente, o poder-dever de proteger e assegurar o exercício de direitos individuais que se encaixam nas suas competências.

## 8.2 O Poder de Polícia Municipal

O *poder de polícia* é um poder administrativo difundido na Administração Pública de todas as esferas de Poder Político.

Consiste, como visto, na “faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”<sup>44</sup>. Visa, sobretudo, a coibir abusos do direito individual;

tem por razão a necessidade de proteção do interesse social e por fundamento a supremacia geral que a Administração Pública exerce, em seu território, sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos fundamentais em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 11. ed. Atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 393.

<sup>45</sup> *Idem, ibidem*, p. 395.

Embora ampla a noção, cumpre sempre alertar para o fato de que o poder de polícia encontra limites, também estabelecidos na Constituição, no que diz respeito à inviolabilidade e à salvaguarda dos direitos fundamentais. O exercício do poder de polícia estará sempre sujeito aos princípios da razoabilidade, da necessidade, da proporcionalidade, da ponderação de interesses etc.<sup>46</sup> De outra sorte, o poder de polícia pode visar, também, a proteção de direitos individuais, o que significa dizer que muitas vezes se restringe o exercício de certos direitos para que as pessoas possam exercer outros direitos. É o caso, já mencionado, da liberdade de reunião que há de respeitar, por exemplo, a liberdade de locomoção ou de trânsito individual pelas vias públicas. A conciliação e a harmonização, pois, entre os direitos fundamentais e os direitos da coletividade é regra de ouro para o exercício do poder de polícia.

Hely Lopes Meirelles<sup>47</sup> indica os principais setores de atuação do poder de polícia municipal, mencionando a polícia sanitária, a polícia das construções, a polícia das águas, a polícia da atmosfera, a polícia das plantas e animais nocivos, a polícia dos logradouros públicos (relativa à segurança, à higiene e moral, ao conforto e à estética e à publicidade urbana), a polícia dos costumes, a polícia dos pesos e medidas e a polícia das atividades urbanas em geral.

É assim vasto o campo dentro do qual atua o Município tendo em vista o exercício de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração.

O poder de polícia é exercitado, em regra, mediante a edição de leis e regulamentos administrativos dos órgãos competentes na área, com a utilização das chamadas limitações administrativas e de uma fiscalização subsequente<sup>48</sup>.

### 8.3 Políticas públicas municipais

A noção de “políticas públicas” está intimamente ligada à noção do direito do cidadão às prestações positivas do Estado, particularmente no que diz respeito aos direitos sociais. E porque ligada aos direitos sociais está, também, umbilicalmente ligada ao princípio da igualdade que informa os direitos sociais.

Analisada a validade e a eficácia das normas constitucionais, a vinculação e o dever do legislador e da administração de implementá-las, os mecanismos sancionatórios previstos na própria Constituição Federal, para que a legislação integradora seja elaborada, não há dúvidas de que a ordem constitucional

<sup>46</sup> Para exame consultar BRANCO, Luiz Carlos. **Eqüidade, proporcionalidade e razoabilidade**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: RCS Editora, 2006

<sup>47</sup> *Idem, ibidem*, p. 405 e segts.

<sup>48</sup> *Idem, ibidem*, p. 401 O Autor indica vários exemplos da atuação dessas espécies de poder de polícia. Vejam-se, a propósito, as páginas 406, 412, 414 etc.

cria para o Estado obrigações de implementação de medidas, visando o cumprimento dos referidos dispositivos constitucionais.

*E para o cidadão surge o direito a prestações positivas do Estado, que se verifica através das políticas públicas constitucionais*<sup>49</sup>. (grifos do autor)

Maria Garcia<sup>50</sup> definindo políticas públicas as conceitua como diretrizes, princípios, metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público.

Luisa Cristina Fonseca Frischeisen, resumindo o objeto de seu trabalho sobre o tema<sup>51</sup>, registra:

As políticas públicas, objeto do presente trabalho, são aquelas voltadas para a concretização da ordem social, que visam à realização dos objetivos da República, a partir da existência de leis decorrentes dos ditames constitucionais. E para que as leis tenham aplicabilidade, é necessário estabelecer a possibilidade de sancionar o administrador pelo seu não cumprimento.

Ora, os Municípios, como visto, recebem da Constituição Federal vários comandos determinantes das atividades que devem desenvolver a título de “políticas públicas”, segundo as noções adotadas. Essas normas e princípios constitucionais são desdobrados no próprio texto constitucional e complementados por leis federais, no exercício de competências privativas e pela Constituição Estadual e leis estaduais, no exercício de competências concorrentes sobre a matéria em exame. Assim, ao Município cabe legislar, como tantas vezes repetido, em assuntos de interesse local ou suplementando a legislação federal ou estadual pertinentes.

As políticas públicas constituem poderoso instrumento para a efetivação e a realização, pelos Municípios, dos direitos fundamentais relativos à educação (em seus aspectos particulares, inclusive a educação para o trânsito e a educação ambiental), à saúde (em seus aspectos preventivo e corretivo), à cultura, ao lazer, à moradia e habitação, à alimentação escolar, ao meio ambiente. Além de instrumento, as políticas públicas convertem-se em poder-dever da entidade municipal que, omissa, é passível inclusive de controle político, popular e jurisdicional.

---

<sup>49</sup> FRISCHEISEN, Luisa Cristina Fonseca. **Políticas públicas**. A responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 55.

<sup>50</sup> *Apud* FRISCHEISEN. **Políticas públicas**. 2000, p. 78.

<sup>51</sup> *Idem*, 2000, p. 80. Cita a autora uma série de leis federais, basicamente voltadas para ordem social, implementadoras de políticas públicas na forma dos ditames constitucionais (cf. p. 81-82)

#### 8.4 Convênios e consórcios com outros entes públicos

A Constituição de 1988, por força da Emenda Constitucional que restabeleceu orientação anterior, em seu artigo 241, dispõe:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A propósito da execução de matérias comuns, mediante convênio, entre os entes federados, existente já na Emenda n. 1/69, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>52</sup> fez a seguinte observação:

A emenda n. 1 tem o mérito de abrir terreno para a generalização de uma prática da qual se pode esperar a dinamização e flexibilidade na administração pública. Consente que a União, os Estados e os Municípios, havendo interesse em comum, integrem parcialmente suas administrações, a fim de assegurar a execução de suas leis, serviços ou decisões. Tal autorização permitirá que, com maior economia de recursos e funcionários, seja aperfeiçoada a execução de leis, serviços e decisões.

A seu turno, Hely Lopes Meirelles<sup>53</sup>, na 21ª edição do *Direito Administrativo Brasileiro*, de 1996, repete o que já em 1989 registrava:

A ampliação das funções estatais, a complexidade e o custo das obras públicas vêm abalando, dia a dia, os fundamentos da Administração clássica, exigindo novas formas e meios de prestação de serviços públicos afetos ao Estado.

Evoluímos cronologicamente, dos *serviços públicos centralizados* para os *serviços delegados a particulares*, destes, passamos aos *serviços outorgados a autarquias*; daqui defletimos para os *serviços traspassados a entidades paraestatais*, e finalmente chegamos aos serviços de interesse recíproco de entidades públicas e organizações particulares realizados em mútua cooperação, sob a forma de convênios e consórcios administrativos. E assim se faz porque, em muitos casos, já não basta a só modificação instrumental da

<sup>52</sup> **Comentários à Constituição brasileira**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 126.

<sup>53</sup> **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. Atualizada por Eurico de Andrade de Azevedo *et al.* São Paulo: Malheiros, 1996, p. 357-358. Ver, também, MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 271 e segts.

prestação de serviço na área de responsabilidade de uma Administração. Necessário se torna a sua ampliação territorial e a conjunção de recursos técnicos e financeiros de outros interessados na sua realização. Desse modo se conseguem serviços de alto custo que jamais estariam ao alcance de uma Administração menos abastada. Daí o surgimento dos *convênios e consórcios administrativos*, como soluções para tais situações. (grifos do original).

Assim, também por intermédio de convênios e consórcios a Administração Pública municipal pode se incumbir da prestação de serviços relacionados com a efetivação de direitos fundamentais, tanto designados constitucionalmente na sua área de competência como atribuídos às outras esferas de Poder Público.

### 8.5 Ações afirmativas

Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>54</sup> classifica as ações afirmativas “como a mais avançada tentativa de concretização do princípio da igualdade”.

Afirma a autora:

a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualdade jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.

Na verdade, as ações afirmativas podem levar à correção de desigualdades, dando ao princípio da igualdade constitucionalmente assegurado dimensão material que supera sua tradicional conceituação meramente formal.

As correções das desigualdades – as chamadas discriminações positivas – podem ser empreendidas desde que não contrariem a Constituição, admitindo-se como critérios para discriminar os que a Constituição possa admitir como tais.

Lembra bem Ferreira Filho quando pontifica:

---

<sup>54</sup> *Apud* GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade.** O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 42.

A igualdade perante a lei não exclui, em resumo, a desigualdade de tratamento em face da particularidade de situações. As distinções, porém, devem ser as rigorosas e estritamente necessárias, racionalmente justificadas, jamais arbitrárias. E, como exceção, têm de ser interpretadas restritivamente.

Sem distinções de qualquer natureza. Ao pé da letra esta cláusula impediria o tratamento diferenciado entre os que se desiguam. Não é este o significado do texto. Quer ele apenas dizer que descabem entre os brasileiros e estrangeiros residentes no País distinções arbitrárias, desarrazoadas, inadequadas à sua finalidade...

É possível, pois, admitir-se a ação afirmativa para tratar de modo especial os deficientes físicos, como o faz a Constituição e como poderá determinar a legislação infraconstitucional, ou para dar tratamento especial ao idoso e assim por diante.

Em suma, os Municípios poderão utilizar a discriminação positiva desde que o “discrimen” adotado seja compatível com o conteúdo do princípio da igualdade e os demais princípios abrigados na Constituição, ou que não se cogite, ao revés, de uma discriminação perversa.

## 8.6 Recursos financeiros e orçamentários

A atuação municipal no campo dos direitos fundamentais, como em todos os campos setoriais pertinentes, depende, por óbvio de receitas orçamentárias e financeiras.

Vários direitos têm, na Constituição Federal, previsão expressa de recursos para sua efetivação, no âmbito do Município. É o caso, dentre outros, do custeio do regime previdenciário dos servidores municipais que será suportado por contribuição cobrada dos servidores na forma disposta no artigo 149, §1º; do serviço de iluminação pública para o qual os Municípios poderão instituir contribuição, na forma prevista em lei, segundo prevê o artigo 149-A, introduzido pela EC n. 39/2002; do direito ao ensino fundamental e à educação infantil (art. 212, que prevê que os Municípios devem destinar 25% da receita de impostos para os serviços de educação básica) além do §5º do mesmo artigo que prevê como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário educação; dos programas suplementares de alimentação e assistência à saúde, previstos no artigo 208, VII, que deverão ser financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

Vale observar que, em regra, a reserva de receita incide, exatamente, nas prestações de serviços ou políticas públicas nas áreas de prestação de direitos sociais pelo que, a esse propósito, os recursos orçamentários são inegavelmente instrumentos que favorecem a atuação dos Municípios no âmbito material objeto do presente exame.

174 **Conclusões**

A Constituição de 1988, ao fixar a repartição de competências entre os entes políticos que compõem a Federação brasileira, contempla, em larga medida, competências municipais relativas à efetivação e à realização de direitos fundamentais inseridos nas três gerações de direitos: direitos de liberdade, direitos de igualdade e direitos de solidariedade ou fraternidade;

Embora o núcleo básico das competências municipais esteja previsto, de um lado, no artigo 30, que disciplina as competências privativas ou exclusivas do Município, e de outro se situem expressa ou implicitamente no quadro de distribuição de competências dos entes federativos – artigos 21 a 24 – com significativa presença no artigo 23 – o fato é que, ao longo de toda a Constituição se destacam competências atribuídas direta ou indiretamente aos Municípios e relacionadas com a atuação municipal em matéria de exercício de direitos fundamentais.

Desta forma, a análise criteriosa da matéria demanda do pesquisador um exame apurado de toda a Constituição para identificar, com precisão, quando, de que forma e mediante quais meios pode ou deve o Município assegurar, no âmbito territorial de sua jurisdição, o exercício da cidadania e dos direitos fundamentais.

**Referências**

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Liberdade de reunião**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRANCO, Luiz Carlos. **Eqüidade, proporcionalidade e razoabilidade**. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: RCS Editora, 2006.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Serio Antonio Fabris Editor, 1999.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 4, n. 4, 2004.

\_\_\_\_\_. União, Estado e município na nova Constituição: enfoque jurídico formal. In: CUNHA, Aguinaldo Ribeiro da. *et al.* (Org.). **A nova Constituição paulista**.

Perspectivas. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, Fundação do Desenvolvimento Administrativo – FUNDAP, 1989.

FERREIRA FILHO. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

FONTES, Telma Freitas. **A intervenção estadual no Município**. Mimeo. Dissertação (Mestrado) apresentada à FADUSP/São Paulo, 2001.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRISCHEISEN, Luisa Cristina Fonseca. **Políticas públicas**. A responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais** (análise de sua concretização constitucional). 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2004.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MEDAUAR Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. revista e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 387.

\_\_\_\_\_. **Controle da administração pública**. São Paulo: TR, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. Atualizada por Eurico de Andrade de Azevedo *et al.* São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Direito municipal brasileiro**. 11. ed. Atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2000.

MERLIN, Meigla Maria Araújo. **O município e o federalismo**. A participação na construção da democracia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Tomo 4 – Direitos Fundamentais.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO (S.P.) **Direitos humanos**. Construção da liberdade e igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

ROBERT, Jacques. **Libertés publiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1971.

- 176 SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002.