

# A BATALHA JUSPOLÍTICA PELA CONSOLIDAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NO BRASIL: EM DEFESA DOS POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS

*THE JUSPOLITICAL BATTLE BY CONSOLIDATION OF CONVENTION Nº 169 OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION IN BRAZIL: IN DEFENSE OF INDIGENOUS AND TRIBAL PEOPLES*

*Jarbas Ricardo Almeida Cunha*

*Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília.  
Analista Técnico de Políticas Sociais.*

*jarbas.ricardo@yahoo.com.br*

## RESUMO

Este artigo objetiva discutir a constante batalha pela integral ratificação da Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho no Brasil, analisando três pontos principais: a) sua implementação juspolítica e seus reflexos organizacionais e doutrinários; b) os retrocessos institucionais que obstaculizam sua consolidação normativa; c) o princípio da proibição do retrocesso social como ferramenta democrática para a defesa e garantia dos direitos dos povos indígenas e tribais em nosso país. Para a investigação da temática aventada utilizou-se a metodologia da revisão de literatura de tipo narrativa. Constatou-se que a batalha pela afirmação da Convenção nº. 169 é de fundamental importância para o robustecimento dos direitos humanos e do Estado Democrático e Social de Direito no Brasil.

**Palavras-chave:** Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho. Retrocessos Sociais. Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

## ABSTRACT

This article aims to discuss the constant battle by whole ratification of Convention nº. 169 of the International Labor Organization in Brazil, analyzing three main points: a) its *juspolitical* implementation and its organizational and doctrinal reflections; b) the institutional setbacks that hinder its normative consolidation; c) the principle of prohibition of social regression as a democratic resource for protecting and guaranteeing the rights of indigenous and tribal peoples in our country. For the investigation of the matter it was used the literature review methodology of narrative type. It was found that the battle for the affirmation of Convention nº. 169 is of fundamental importance for the strengthening of human rights and of the Democratic and Social State of Law in Brazil.

**Keywords:** Convention nº. 169 of the International Labor Organization. Social Setbacks. Principle of Prohibition of Social Regression.

Data de submissão: 19/03/2017

Data de aceitação: 13/08/2017

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. A RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NO BRASIL 2. OBSTÁCULOS JUSPOLÍTICOS QUE FRAGILIZAM A EFETIVIDADE DA CONVENÇÃO Nº. 169 DA OIT NO BRASIL CARACTERIZANDO RETROCESSOS SOCIAIS 3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo apresentar a batalha juspolítica pela consolidação da Convenção nº. 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que trata de povos indígenas e tribais, analisando seus potenciais avanços e retrocessos no Brasil. Para esse intuito, destacaremos três importantes considerações analíticas sobre a questão a fim de tentarmos esmiuçar essa temática.

A primeira consideração diz respeito à implementação histórico-normativa da Convenção em nosso país, destacando seus avanços de cunho jurídico e político. Já a segunda consideração abarca retrocessos sociais que fragilizam a efetivação da Convenção no território brasileiro, prejudicando, dessa forma, os povos indígenas e tribais. E, por fim, na terceira consideração, discute-se o princípio constitucional da proibição do retrocesso social como instrumento de ratificação da Convenção nº. 169 da OIT em nossa conjuntura.

Para a consecução do objetivo delineado, utiliza-se a metodologia da revisão de literatura de tipo narrativa, em que consiste relatar “publicações amplas, apropriadas para descrever e discutir o desenvolvimento ou o ‘estado da arte’ de um determinado assunto, sob ponto de vista teórico ou contextual.”<sup>1</sup> Nesta revisão narrativa, utilizam-se artigos científicos, doutrina, jurisprudência e um conjunto de normativos, além de alguns documentos jurídicos, sempre em uma tentativa de análise crítica pessoal do autor.

### 1. A RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NO BRASIL

A Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais foi promulgada no Brasil, na data em que se comemora o dia do índio, pelo Decreto nº. 5.051, de 19 de abril de 2004<sup>2</sup>, pelo ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva.

Antes de sua promulgação, no desenvolver do trâmite da Convenção supramencionada, o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº. 143, de 20 de junho

<sup>1</sup> ROTHER, E. T. Revisão Sistemática x Revisão Narrativa. **Acta Paulista de Enfermagem**, 2007.

<sup>2</sup> BRASIL. Decreto nº. 5.051, de 19 de abril de 2004.

de 2002<sup>3</sup>, o texto integral da Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada em Genebra, em 27 de junho de 1989.

Deve-se destacar que a Convenção nº. 169, da OIT, é considerada pela doutrina e jurisprudência um Tratado Internacional de Direitos Humanos, dessa forma, é classificada como norma de hierarquia intermediária, na medida em que se apresenta como infraconstitucional mas supralegal, ou seja, está abaixo da Constituição Federal mas acima das leis ordinárias, sintetizando a teoria dualista mitigada ou moderada do Direito Internacional<sup>4</sup>.

A Convenção nº. 169 da OIT é considerada um dos melhores tratados já redigidos sobre povos indígenas e tribais, atualizando a antiga Convenção nº. 107, de 1957, sobre a mesma temática. A Convenção 169 foi ratificada por 20 países<sup>5</sup>, em sua imensa maioria da América Latina e Caribe e, segundo Christian Courtis<sup>6</sup>, há alguns fatores comuns que explicam a tendência preponderante da aceitação da Convenção nessa região: a) relação entre processos de reforma constitucional e de transição ou consolidação democrática; b) expansão da justiça constitucional; c) ratificação e concessão de *status* legal privilegiado aos tratados internacionais de direitos humanos; d) fortalecimento do sistema regional de direitos humanos; e) reconhecimento constitucional de novos direitos.

Todos esses fatores comuns – respeitando as idiossincrasias e peculiaridades de diferentes países da mesma região – contribuíram para a ratificação da democracia representativa e participativa com o protagonismo dos movimentos sociais, especificamente dos movimentos em defesa dos povos indígenas e tribais.

Como ressalta a professora Raquel Fajardo<sup>7</sup>, importante também salientar o caráter atípico da Convenção nº. 169 pois, apesar de constar no rol da Organização Internacional do Trabalho, não se refere especificamente a um grupo de trabalhadores ou empregadores -

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-143-20-junho-2002-458771-convencao-1-pl.html>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

<sup>4</sup> A teoria dualista mitigada ou moderada compreende que a internalização de uma norma internacional pode ocorrer por meio de ato infralegal, como um decreto presidencial, como por exemplo, o que ocorre com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

<sup>5</sup> Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Dinamarca, Dominica, Equador, Espanha, Fiji, Guatemala, Holanda, Honduras, México, Nepal, Noruega, Paraguai, Peru e Venezuela.

<sup>6</sup> COURTIS, C. Anotações sobre a Aplicação da Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas por Tribunais da América Latina. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, 2009, p. 52-81.

<sup>7</sup> FAJARDO, R. Y. Aos 20 anos do Convênio da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. In: **Povos Indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina**, 2009.

no sentido formal do termo subsumido na relação capital/trabalho -mas sim à situação laboral e de convivência de povos e organizações indígenas, respeitando suas próprias características e identidade.

Segundo os pesquisadores César Baldi e Lilian Ribeiro<sup>8</sup>, a Convenção nº. 169 da OIT, embora alvo de algumas críticas, avançou em pontos importantes para os povos indígenas residentes em nosso país: a diferenciação conceitual entre povos e população, com consequências de garantia à consolidação da cultura indígena em seu território; a proteção em relação às questões de seguridade social, envolvendo políticas públicas de saúde, educação e assistência social específicas e de acordo com a cultura dos povos indígenas; o reconhecimento da autoidentificação dos povos indígenas pelo Estado brasileiro; e a importante medida de possibilitar consulta a todo o povo indígena ou tribal atingidos por medidas legislativas e administrativas que gerem consequências ao seu modo de vida, tal qual a construção de hidrelétricas e barragens, tendo essa consulta amparo em consentimento livre, prévio e informado que tenha como escopo a participação ativa e consciente dos povos indígenas.

E como destacam Raquel Fajardo<sup>9</sup> e Ela Wiecko de Castilho e Paula da Costa,<sup>10</sup> a Convenção nº. 169 ratificou o denominado “horizonte pluralista”, sendo um marco na sistematização do pluralismo jurídico brasileiro ao reconhecer a natureza pluricultural de conceitos como Estado, Nação e República, o direito de povos indígenas e tribais além de comunidades camponesas e a consolidação de um direito indígena e sua respectiva jurisdição especial, abarcando, dessa maneira, a pluriétnicidade dos povos indígenas reconhecidos como, finalmente, sujeitos políticos.

Dessa forma, a ratificação da Convenção nº. 169 serve de instrumento juspolítico fundamental para ações e iniciativas de resistência, especialmente em prol dos direitos e garantias dos povos indígenas e tribais no Brasil. Como exemplo, podemos citar a atuação

---

<sup>8</sup> BALDI, C. A.; RIBEIRO, L. M. C. de. **A Proposta de Revogação da Convenção 169 da OIT pelo Brasil e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social**, 2015.

<sup>9</sup> FAJARDO, R. Y. Horizonte Del Constitucionalismo Pluralista: Del Multiculturalismo a La Descolonización. In: **El Derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico Del siglo XXI**, 2011.

<sup>10</sup> CASTILHO, E. W. V. de; COSTA, P. B. F. M. da. O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. In: **Revista de Informação Legislativa**, n.183, 2009.

da Defensoria Pública da União (DPU)<sup>11</sup> em caso recente e já emblemático do início deste ano de 2017, qual seja o ajuizamento de Ação Civil Pública (ACP) com o intuito de impedir a expedição da licença de instalação de uma mineradora de ouro na região da Volta Grande do Xingu, próxima à barragem da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, em Altamira, no Estado do Pará, onde residem várias tribos indígenas, com base no artigo 6º da referida Convenção.<sup>12</sup>

## **2. OBSTÁCULOS JUSPOLÍTICOS QUE FRAGILIZAM A EFETIVIDADE DA CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT NO BRASIL CARACTERIZANDO RETROCESSOS SOCIAIS**

Apesar da nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 1º afirmar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, ou seja, a Convenção nº. 169 da OIT deveria ser aplicada respeitando integralmente sua normatividade em nossa jurisdição, deve-se observar que seus parâmetros não vêm sendo cumpridos e há perda considerável de sua efetividade perante os casos relacionados diretamente aos povos indígenas e tribais como, por exemplo, a ausência de consulta sobre o impacto de grandes obras e empreendimentos executados pelo complexo financeiro-empresarial no Brasil.

Em nosso trabalho, destacamos dois exemplos paradigmáticos de constatação de obstáculos jurídicos e políticos que fragilizam a implementação da Convenção nº. 169 da OIT em nosso país, caracterizando, dessa forma, gritantes retrocessos sociais. O primeiro é a Portaria nº. 303, de 2012<sup>13</sup>, da Advocacia Geral da União – AGU<sup>14</sup> e o segundo é a

<sup>11</sup> De acordo com o Art. 134 da Constituição Federal: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)”.

<sup>12</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/noticias-para/35378-dpu-propoe-acao-para-impedir-licenca-de-instalacao-de-mineradora-no-xingu>> Acesso em: 17 mar. 2017.

<sup>13</sup> BRASIL. Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012, da Advocacia Geral da União – AGU.

<sup>14</sup> De acordo com o art. 131 da Constituição Federal: “A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.” Esclareça-se a devida deferência pela atuação da AGU no contexto institucional brasileiro, a análise crítica que relatamos decorre estritamente sobre a Portaria nº 303, de 2012.

proposta de revogação da Convenção por meio de denúncia apresentada pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural da Câmara dos Deputados em 2014.<sup>15</sup>

A Portaria nº. 303, de 16 de julho de 2012, da AGU, que “dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR” reflete, de forma explícita, o desrespeito às normas exaradas pela Convenção nº. 169 ao citar os seguintes itens em sua portaria:

“(V) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados **independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI**” (grifo nosso).

“(VI) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará **independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI**” (grifo nosso).

Dessa forma, está explícito que a Portaria nº. 303, de 2012, da AGU, confronta o artigo 231 da Constituição Federal que defende o reconhecimento “...aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam...” e também contesta a própria União vide redação do mesmo artigo 231 *in fine*: “...competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

Em relação específica à Convenção nº. 169 da OIT, há um desacordo e uma agressão jurídica por parte da Portaria da AGU, principalmente em relação aos artigos 6.1 e 6.2 que tratam sobre a consulta aos povos indígenas e/ou tribais que sofrem ações coordenadas e executadas pelos Governos e empreiteiras nas construções de grandes obras de energia, transporte, entre outros.

Ou seja, há uma clara afronta à Constituição e à Convenção 169 da OIT por parte da Portaria exarada pela AGU em relação aos direitos dos povos indígenas, consubstanciando num retrocesso social de duras consequências, não somente no aspecto jurídico mas,

<sup>15</sup> BRASIL. Comissão debate revogação de Convenção da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

principalmente, no aspecto político.<sup>16</sup>

Outro retrocesso social foi a tentativa de revogação da Convenção nº. 169 da OIT, por meio do instrumento de denúncia (artigo 39.1,<sup>17</sup> C169) proposta pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural da Câmara dos Deputados, iniciativa esta liderada pela bancada ruralista e em defesa do agronegócio do Congresso Nacional.

O então Deputado Federal Paulo Cezar Quartiero, filiado ao Democratas – DEM/RR<sup>18</sup> requereu audiência pública para o dia 3 de junho de 2014 com o argumento de que a Convenção “fere as normas constitucionais pertinentes a direito econômico, tributário e diretamente a soberania nacional”. No sentido oposto, representantes do Ministério Público Federal (MPF), Ministério da Defesa e Ministério das Relações Exteriores (MRE) pronunciaram-se de forma contrária à revogação da Convenção nº. 169 da OIT.

O Subprocurador-Geral da República Luciano Mariz Maia (MPF), aventando o caso Saramaka vs. Suriname, lamentou que a audiência pública não consultou os principais interessados em discutir o tema, os povos indígenas e seus respectivos representantes. E afirmou que a Convenção nº. 169 está condizente com os parâmetros constitucionais brasileiros, em consonância com a democracia participativa e a ratificação do Estado Democrático e Social de Direito no Brasil.

Ainda mencionou o respeito que devemos ter pela efetivação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, que consolida normativos já em vigor, como a Convenção nº. 169, e o respectivo dever de não retroagir na conquista de direitos humanos e sociais por parte do exercício parlamentar.

<sup>16</sup> Afrenta constitucional comprovada também por manifestações da Fundação Nacional do Índio – FUNAI e pelo Conselho Indigenista Missionário – CIMI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/notas/2336-nota-tecnica-da-funai-sobre-a-portaria-n-303-12-da-agu>> e <<http://seculodiario.com.br/15582/10/cimi-alerta-portaria-303-esta-em-vigor-desde-o-dia-5-de-fevereiro-1>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

<sup>17</sup> “Art. 39.1. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la após a expiração de um período de dez anos contados da entrada em vigor mediante ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia só surtirá efeito um ano após o registro.”

<sup>18</sup> Paulo Cezar Quartiero, atualmente Vice-Governador do Estado de Roraima e liderança dos ruralistas, é acusado de cometer vários crimes como o de ordenar tiroteios contra o povo indígena Makuxi no caso da demarcação de terras Raposa Serra do Sol e também de responder a várias ações penais relacionadas a sequestro, cárcere privado, roubo, dano, homicídio qualificado, dentre outras; é considerado o “campeão em processos no STF”. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/campeao-em-processos-no-stf-sera-vice-governador/>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

Já o representante do Ministério da Defesa, Coronel Rodrigo Martins Prates, explanou que a Convenção nº. 169 está alinhada com a defesa da soberania nacional, atuando conjuntamente com a participação dos povos indígenas, consolidando o ideal democrático de participação e autonomia, juntamente às forças de defesa: Marinha, Exército e Aeronáutica.

E, por fim, o representante do Departamento de Direitos Humanos e Temas Sociais do MRE, Alexandre Peña Ghisleni, afirmou que a Convenção nº. 169 da OIT é referência mundialmente reconhecida, tendo influenciado a construção da Declaração dos Povos Indígenas pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), no ano de 2007, além de estar em consonância com a Lei Federal nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, mais conhecida como Estatuto do Índio<sup>19</sup>, e, obviamente, com a Constituição Federal de 1988.

Com todos esses argumentos pró-Convenção, o Governo brasileiro à época, presidido pela ex-presidenta Dilma Rousseff, não denunciou à Organização das Nações Unidas (ONU) e à Organização Internacional do Trabalho (OIT) a Convenção nº. 169 sobre povos indígenas e tribais, adotada em Genebra em 27 de junho de 1989. Foi, portanto, uma importante vitória dos povos indígenas e tribais no Brasil; fato que, na conjuntura hodierna, marcada por vários retrocessos sociais, não saberíamos afirmar se teria o mesmo desfecho.

### 3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Na audiência pública em que se discutiu a tentativa de revogação da Convenção nº. 169 da OIT no Brasil, o representante do Ministério Público Federal mencionou o Princípio da Proibição do Retrocesso Social como salvaguarda da Convenção e, conseqüentemente, garantia de proteção aos povos indígenas e tribais. Mas o que definiria propriamente este Princípio?

A sistematização inicial do Princípio da Proibição do Retrocesso Social deu-se no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, em seu artigo 2.1:<sup>20</sup>

‘Cada um dos Estados Signatários do presente Pacto se compromete

<sup>19</sup> BRASIL. Lei nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

<sup>20</sup> PIDESC. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.**

a adotar medidas, tanto isoladamente quanto mediante a assistência e a cooperação internacional, especialmente econômicas e técnicas, até o máximo dos recursos de que disponha, para **progressivamente** obter, por todos os meios apropriados, inclusive a adoção de medidas legislativas em particular, a plena efetividade dos direitos aqui reconhecidos' (**grifo nosso**).

O Princípio em análise tem teleologicamente a função de garantir o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais e, mais que isso, a permanente obrigação constitucional de desenvolver essa concretização, não permitindo, de forma alguma, que se retroceda a um quadro sociojurídico já esgotado, distante do ideal proposto pela Carta Magna. É, portanto, uma teleologia dialética, pois ao mesmo tempo que é garantista (negativa), também é avançada (positiva).

Assim, Felipe Derbli<sup>21</sup> observa que tal princípio constitucional emana uma qualidade retrospectiva, já que exerce uma tarefa de conservação de um estado de coisas já consolidado, tanto na prática como no inconsciente coletivo dos cidadãos. É preciso, portanto, para a aplicação do referido princípio o respeito ao consenso básico, ou seja, a garantia de que o núcleo central do direito fundamental social continuará vigendo sobre a realidade dos cidadãos, propiciando para estes uma sensação de segurança, no caso específico, segurança e proteção aos povos indígenas.

Já Pablo Miozzo<sup>22</sup> aponta uma proposta mais progressista ao defender que o Princípio da Proibição do Retrocesso Social se encontra elencado na Constituição de 1988, em seu artigo 3º, inciso II, que diz: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...) II - garantir o desenvolvimento nacional”.

Em nossa singular análise, compreende-se como desenvolvimento nacional o respeito à cultura e à tradição, assim como aos direitos e garantias dos povos e comunidades indígenas no Brasil, resguardando, dessa forma, a Convenção nº. 169 da OIT.

O jurista Pablo Miozzo<sup>23</sup> sustenta que existe um mandamento constitucional dirigido ao Estado determinando um dever de progresso, ou seja, um dever de não ocasionar um retrocesso, portanto, o princípio da proibição do retrocesso social possui previsão constitucional específica e explícita.

<sup>21</sup> DERBLI, F. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**, 2007.

<sup>22</sup> MIOZZO, P. C. **A Dupla Face do Princípio da Proibição do Retrocesso Social e os Direitos Fundamentais no Brasil: uma Análise Hermenêutica**, 2010.

<sup>23</sup> MIOZZO, P. C. *Op. Cit.*

A discussão em torno desse assunto vem conquistando espaço na doutrina, nos encontros jurídicos e na jurisprudência de tribunais superiores brasileiros ainda que de forma tímida, porém, constante. Um exemplo é o Supremo Tribunal Federal (STF), que, apesar de não ter sistematizado tal conceito, tem discutido com base nos votos de ex-ministros e de ministros titulares como Sepúlveda Pertence e Celso de Melo, respectivamente.

Observa-se trecho da transcrição do voto do ex-ministro Sepúlveda Pertence, resgatado pela obra de Derbli, na ADIn 2065 – DF,<sup>24</sup> em que pela primeira vez no STF interpretava-se com base no princípio da proibição do retrocesso social:

[...] Certo, quando, já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subseqüentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa de preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; **mas não pode retroceder – sem violar a Constituição** – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência de complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de norma constitucional.<sup>2526</sup>

---

<sup>24</sup> Esta ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT), com o escopo de impugnar o art. 17 da Medida Provisória 1911-10/99 que revogava os artigos 6º e 7º da Lei 8212/91 e os artigos 7º e 8º da Lei 8213/91, extinguindo, desta forma, o Conselho Nacional de Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social.

<sup>25</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

<sup>26</sup> DERBLI, F. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988** 2007, p.188.

Já em voto mais explícito e direto em relação ao princípio em análise, o ministro Celso de Melo, no julgamento da ADIn 3105 - DF,<sup>27</sup> que recolhemos também da obra de Derbli,<sup>28</sup> ratifica o seguinte entendimento:

Refiro-me, neste passo, **ao princípio da proibição do retrocesso**, que, em tema de direitos fundamentais, de caráter social, e uma vez alcançado determinado nível de concretização de tais prerrogativas (como estas reconhecidas e asseguradas, antes do advento da EC nº 41/2003, aos inativos e aos pensionistas), impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.<sup>29</sup>

Portanto, analisando com base no Princípio da Proibição do Retrocesso Social, o Estado brasileiro deve aplicar a Convenção nº. 169 da OIT em toda sua integralidade, em defesa dos povos e comunidades indígenas e tribais no Brasil, negando, dessa maneira, qualquer possibilidade de retrocesso juspolítico em relação à proteção social, econômica e cultural dos povos abrangidos pela Convenção destacada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº. 5.051, de 2004, deve ser cumprida em toda sua integridade pelas autoridades competentes a fim de garantir segurança jurídica para os povos indígenas e tribais.

Vimos que há iniciativas por parte da institucionalidade de viés nitidamente conservador que podem ser consideradas obstáculos juspolíticos à implementação da Convenção em nosso país. No contexto da conjuntura atual, em que há uma coleção de retrocessos sociais em todas as searas relativas a direitos humanos, necessita-se utilizar instrumentos constitucionais que possam contrapor retrocessos e tentar apontar para uma solução progressista, tal qual o Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

<sup>27</sup> A referida ação direta de inconstitucionalidade foi movida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) com vistas à declaração de inconstitucionalidade do artigo 4º, *caput*, e respectivo parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 41/2003, que instituiu a contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e pensionistas.

<sup>28</sup> DERBLI, **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**, 2007, p.190 e 191

<sup>29</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

A questão dos direitos humanos relativos especificamente à população indígena e tribal passa a se configurar, hodiernamente, em uma questão estratégica para a ratificação do Estado Social e Democrático de Direito no Brasil, dessa forma, urge fomentar a democracia participativa e autônoma desses povos não somente na discussão em que estão diretamente envolvidos, mas na essência da questão democrática nacional.

## REFERÊNCIAS

BALDI, C. A.; RIBEIRO, L. M. C. de. **A Proposta de Revogação da Convenção 169 da OIT pelo Brasil e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social**. Fragmentos de Cultura, Goiânia, V.25, n.2, abr/jun. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2016.

\_\_\_\_\_. Comissão debate revogação de Convenção da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/AGROPECUARIA/469394-COMISSAO-DEBATE-REVOGACAO-DE-CONVENCAO-DA-OIT-SOBRE-POVOS-INDIGENAS-E-TRIBAIS.html>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)> Acesso em: 19 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm)> Acesso em: 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012, da Advocacia Geral da União – AGU. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/596939>> Acesso em: 19 fev. 017.

CASTILHO, E. W. V. de; COSTA, P. B. F. M. da. O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a.46, n.183, jul/set 2009.

COURTIS, C. **Anotações sobre a Aplicação da Convenção 169 da OIT sobre Povos**

**Indígenas por Tribunais da América Latina.** Sur Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Vol.6, n.10, 2009 pp. 52-81. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1806-64452009000100004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000100004)> Acesso em: 19 fev. 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DPU ajuíza ação para impedir licença de instalação de mineradora no Xingu. **Assessoria de Comunicação Social da Defensoria Pública da União.** Brasília, 1º de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/noticias-para/35378-dpu-propoe-acao-para-impedir-licenca-de-instalacao-de-mineradora-no-xingu>> Acesso em: 18 mar. 2017.

DERBLI, F. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MIOZZO, P. C. **A Dupla Face do Princípio da Proibição do Retrocesso Social e os Direitos Fundamentais no Brasil:** uma Análise Hermenêutica. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

PIDESC. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2017.

ROTHER, E. T. Revisão Sistemática x Revisão Narrativa. **Acta Paulista de Enfermagem.** São Paulo, Vol. 20, n.2., 2007, Editorial. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-21002007000200001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002007000200001)>. Acesso em: 19 fevereiro 2017.

FAJARDO, R. Y. Aos 20 anos do Convênio da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. In: **Povos indígenas:** constituições e reformas políticas na América Latina, Brasília, Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

\_\_\_\_\_. Horizonte Del Constitucionalismo Pluralista: Del Multiculturalismo a La Descolonización. In: **El Derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico Del siglo XXI.** 1.ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011.