



RDL

REDE BRASILEIRA
DIREITO E LITERATURA

**UMA TAREFA COMUM A QUALQUER CORTE
CONSTITUCIONAL?: SUPERINTERPRETAÇÃO
E A TESE DO MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO
NO CASO RAPOSA SERRA DO SOL¹**

LARA SANTOS ZANGEROLAME TAROCO²

RESUMO: Este artigo investiga as relações entre o fenômeno da superinterpretação e a tese do marco temporal da ocupação, a partir da metodologia do Direito e Literatura. Apresentou-se a categoria da superinterpretação, tratada no âmbito da teoria literária pelo semioticista italiano Umberto Eco. Neste trabalho, transportou-se a superinterpretação para o Direito, a partir da interlocução com a Literatura. Essa mesma categoria foi mencionada no Parecer n.001/2017, da AGU, a respeito da tese do marco temporal da ocupação, o que ensejou a análise do julgamento da Petição 3388/RR, pelo Supremo Tribunal Federal, também conhecido como caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, onde a referida tese foi estabelecida. Passou-se a analisar então as aproximações entre a superinterpretação e as salvaguardas institucionais previstas na decisão, que extrapolam o caso originário; assim como o caráter hipercional da tese do marco temporal da ocupação, que ao adotar uma interpretação restritiva dos direitos territoriais indígenas, nega o processo colonial e as investidas do próprio Estado em realizar remoções forçadas dos povos indígenas, a historicidade e a ocupação tradicional do território brasileiro pelos indígenas, atravessando os limites textuais e contrariando a própria Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Terra Indígena Raposa Serra do Sol; Superinterpretação; Direito e Literatura.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Este artigo foi produzido e submetido à Revista antes do início do julgamento do RE 1.017.365 (caso Xokleng) – com repercussão geral tema 1031 –, pelo Supremo Tribunal Federal.

² Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com bolsa Capes/PROEX. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Integrante do Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS. Santa Cruz do Sul (RS), Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7532-040X>. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5532900244875374>. E-mail: larasantosz@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 traz previsões sobre os povos indígenas que se afastam substancialmente das constituições anteriores. Rompe com o que se pode identificar como paradigma assimilacionista, então previsto em instrumentos legais, como o Estatuto do Índio, de 1973, que considera como objetivo a progressiva integração dos povos indígenas à comunidade nacional, considerando os indígenas como uma categoria transitória a ser incorporada a um todo indistinto. Considerando esse contexto histórico, a Constituição promove uma transição paradigmática (Pereira, 2002) ao assegurar a pluralidade em termos étnicos, raciais e culturais do Estado brasileiro.

O mesmo texto constitucional que assegura e reconhece as terras indígenas atribuindo à União o dever de demarcá-las e de igual modo prevê, junto com documentos internacionais, a autonomia indígena; também limita de forma expressa a disposição, inclusive pelos próprios indígenas, das terras tradicionalmente ocupadas dada a condição de bem público federal atribuída pelo art. 20, XI, da Constituição.

Embora a Constituição de 1988 tenha estabelecido, no artigo 67, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o prazo de cinco anos a partir da sua promulgação para que a União concluísse as demarcações, essa disposição não foi cumprida, mesmo comprometendo a fruição plena dos direitos indígenas previstos constitucionalmente e acarretando em uma série de violências com remoções forçadas, conflitos fundiários, insegurança jurídica e condição de indignidade por impossibilidade as condições de subsistência.

Apesar de o prazo constitucional estar vencido há mais de 27 anos, esses processos ainda não foram concluídos, ou muitas vezes, sequer foram iniciados, mesmo sendo uma das causas principais dos conflitos fundiário no Brasil (Ipea, 2020) e possuem os direitos territoriais centralidade para a sociabilidade, dignidade e reprodução cultural indígena. Assim, em que pesem os avanços normativos, inclusive de tratados internacionais sobre a o tema, muitos são os conflitos envolvendo territórios indígenas no Brasil (Bragato e Neto, 2017), principalmente no

que diz respeito ao dever de demarcação da União, previsto no art. 231, da Constituição.

É no contexto desses impasses que foi ajuizada, em 20 de maio de 2005, a ação popular contra a União. Embora se tratasse de ação cuja competência não é originária do Supremo Tribunal Federal (STF), dada a natureza federativa do conflito, a Reclamação 2.833 estabeleceu a competência do STF, na forma do art. 102, I, “f” da Constituição. A Petição 3388/RR, também conhecida como caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi então julgada pelo referido tribunal em 2009 e transitou em julgado em 2015, após o julgamento dos embargos declaratórios então propostos. Apesar de a ação popular que pretendia anular a demarcação ter sido julgada improcedente, diversas foram as suas consequências para as demarcações das Terras Indígenas no Brasil.

Ao extrapolar o caso originário, foram perpetuadas divergências institucionais e prejuízos para os direitos territoriais indígenas, principalmente em função da inclusão da tese do marco temporal da ocupação no rol das salvaguardas institucionais previstas na decisão. A reprodução dessa interpretação restritiva em relação aos direitos originários indígenas, previstos nos artigos 231 e 232 da Constituição, enseja a análise do presente estudo, desenvolvida a partir das contribuições metodológicas dos estudos em Direito e Literatura, em especial do Direito como Literatura, considerando as repercussões do fenômeno da superinterpretação no Direito, bem como seus produtos hiperficcionalis.

2 O QUE OS TEXTOS DIZEM E O QUE GOSTARIAM QUE DISSESSEM? A SUPERINTERPRETAÇÃO DA TEORIA LITERÁRIA À TEORIA DO DIREITO

É no contexto da teoria literária que o semiótico italiano, Umberto Eco trata da superinterpretação, insurgindo-se contra os limites ultrapassados por certas vertentes, que teriam “promovido uma apropriação perversa da noção de semiótica ilimitada –, para que o leitor produza um fluxo ilimitado e incontrolável de leituras” (Trindade, 2019, p. 449). Antes da formulação dessa categoria, a questão de fundo “era a dialética entre os direitos dos textos e os direitos de seus intérpretes” (Trindade, 2019, p. 449), sendo que nos trabalhos então produzidos, como

em Opera aberta, publicado em 1960, Eco buscou tratar dos “fundamentos semióticos dessa experiência de abertura” (Trindade, 2019, p. 449).

No entanto, em momento posterior, o autor passa a analisar os limites então ultrapassados por esse momento inicial de abertura, insurgindo-se “contra os exageros muitas vezes cometidos pelos intérpretes” (Trindade, 2019, p. 449) e propondo um resgate do valor do texto. Para tanto, Eco parte de alguns exemplos de interpretações de obras literárias que ilustram superinterpretações, resultando, inclusive, em anacronismos, os quais promovem um “excessivo dispêndio de energias hermenêuticas que o texto não corrobora” (Eco, 1995, p. 9). Em contraposição, o autor sugere “critérios de economia a serem seguidos na leitura dos textos como mundo ou do mundo como texto” (Eco, 1995, p. 9), dentre os quais se encontra justamente o limite posto pelo próprio texto, o sentido literal.

As práticas desconstrutivistas, como menciona o autor, seguiram uma vertente que “deslocam ostensivamente a tônica para a iniciativa do destinatário e a irreduzível ambiguidade do texto, de tal forma que o texto se torna puro estímulo para a deriva interpretativa” (Eco, 1995, p. 10). Esse excesso de liberdade, cujo produto foge aos limites do texto original, demandava então um contrabalanceamento, que não se resume em migrar para o polo oposto, mas reconhecer que “algumas interpretações são manifestamente equivocadas, não podendo prevalecer por violarem a materialidade do próprio texto, ou seja, sua própria textualidade” (Trindade, 2019, p. 450). Nesse sentido, como ressalta Eco (1995, p. 81):

Antes que um texto seja produzido, seria possível inventar qualquer espécie de texto. Depois que um texto foi produzido, é possível fazê-lo dizer muitas coisas – em certos casos, um número potencialmente infinito de coisas – mas é impossível – ou pelo menos criticamente ilegítimo – fazê-lo dizer o que não diz.

No campo jurídico, a relação autor-leitor-texto se dá de forma parecida com o ocorrido na teoria literária, de onde partem as reflexões de Eco, como ressalta Henriete Karam (2017, p. 1034):

Uma visão panorâmica das incidências do tema da criação no campo das discussões jurídicas possibilita constatar que – assim como ocorre na literatura – há no direito uma constante oscilação entre concepções de prevalência ora objetivista ora subjetivista e que a

aposta na liberdade criativa do juiz vem sempre associada à subjetividade.

Portanto, na teoria do direito é possível identificar movimento semelhante, que ora busca resolver a questão da interpretação e a conhecida porosidade da linguagem localizando o sentido no texto, ora o faz situando o sentido na vontade do intérprete, em um exercício que ora focaliza a lei e ora o juiz, enquanto protagonista. Esse movimento pode ser constatado a partir de diferentes acepções teóricas no Direito.

A partir do século XVIII, quando o juspositivismo começa a se projetar como paradigma jurídico dominante, suas manifestações são também seguidas por suas antíteses, as quais demonstram esse trânsito entre sujeito (leitor) e objeto (texto) (Streck, 2010), que de forma semelhante é retratada por Eco a partir da teoria literária. Em sua versão clássica, emerge como positivismo exegético, na França; na Alemanha, manifesta-se a partir da jurisprudência dos conceitos e na Inglaterra, como a jurisprudência analítica (Streck, 2017).

Do formalismo, marcado pelo apego ao texto e uma interpretação pensada de forma restritiva, migra-se para uma acepção mais aberta. Se na Inglaterra são identificados representantes da Jurisprudência Analítica, manifesta-se também sua antítese, qual seja: o realismo jurídico; na França, a Escola da Exegese também irá produzir sua antítese: a Livre Investigação Científica, e no cenário germânico, de codificação tardia, a Jurisprudência dos Conceitos será contestada pela Escola do Direito Livre e pela Jurisprudência dos Interesses (Losano, 2008).

No entanto, um sintoma perpassa todas essas abordagens, permitindo que teses e antíteses não consigam lidar de forma devida com uma questão que é ora negada, ora ignorada, ou reconhecida como fatalismo, qual seja: o problema da interpretação, ou melhor, como lidar com as lacunas e a incompletude na interpretação do Direito? Por uma má identificação dos sintomas, a solução então identificada repercutiu em problemas. Isso porque, em razão das antíteses, aos poucos, o que antes estava concentrado na suposta objetividade da lei, passou a ser depositado na subjetividade do juiz (Karam, 2017)

Assim, para superar o formalismo clássico, que identifica o positivismo jurídico nessas suas primeiras manifestações, passa-se a

apostar na vontade do intérprete. Porém, se para o realismo jurídico o Direito é somente produto da vontade, “com independência de seu conteúdo, a situação teórica é a mesma que a do positivismo de base legal: a diferença é que o judiciário assume o lugar de legislador” (Streck, 2017, p. 161).

É também nesse sentido, ou seja, mantendo a relação sujeito-objeto, que o positivismo normativista kelseniano trata a questão da interpretação, para Kelsen, o Direito se apresenta para o intérprete como “uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível” (Kelsen, 2007, p. 390).

São esses alguns pressupostos que irão fundamentar a compreensão de Kelsen de que na aplicação do Direito pelo judiciário, “a interpretação cognosciva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva” (Kelsen, 2007, p. 394). Essa perspectiva se rende ao fatalismo de que não é possível controlar interpretação do juiz, seja em virtude de uma necessidade de conceitos amplos que abarquem inúmeras hipótese de aplicação, tendo em vista que o Direito é capaz de esgotar a previsão de todas as condutas; ou seja porque a linguagem, ainda que se pretenda determinar ao máximo, é polissêmica e permite uma multiplicidade de sentidos.

Considerando esse percurso, a superinterpretação também pode ser identificada nos tribunais, enquanto um reflexo da discussão a respeito dos limites da interpretação, sendo pautada, assim como na teoria literária, “pela crença na intenção do autor; a aposta na intenção do leitor; o resgate da intenção do texto” (Trindade, 2019, p. 452). Ao assolar o Direito, o fenômeno das superinterpretações conta com a potência coerciva das decisões judiciais (Trindade, 2019), em um exercício legítimo de restrições de direitos por parte do Estado, como ocorreu no caso Raposa Serra do Sol. Antes de adentrar às implicações da superinterpretação nesse caso, cabe analisar o julgamento a respeito da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

3 A TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL E A TESE DO MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO: AS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS

Embora a ação popular sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol date de 2005, e a Petição 3388/RR tenha sido julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2009, a discussão a respeito dessa Terra Indígena não é recente. A presença indígena na região foi atestada no curso do processo e remetem ao período colonial, em especial às incursões portuguesas no século XVIII (Farage, 2009). Em 1917 parte da região foi objeto de reserva para os índios, sendo que o procedimento administrativo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi então iniciado em 1977 (Sartori Junior, 2017).

No entanto, somente em 1993 foram tomadas “medidas efetivas, com a proposta de limite territorial, laudo antropológico e levantamento fundiário da FUNAI, sugerindo ao Ministério da Justiça o reconhecimento de uma área de 1,67 milhão de hectares como de ocupação tradicional” (Sartori Junior, 2017, p. 146-147). Contestações administrativas à demarcação foram apresentadas pelo Estado de Roraima e por particulares, por força do Decreto nº 1.775, de 1996, que trata do referido procedimento administrativo.

Essas foram julgadas improcedentes pelo Ministro da Justiça, ensejando a edição da Portaria nº 820, de 1998, também sustentada pelo Despacho nº 50/98, e do Despacho nº 009/93, do Presidente da Funai, que também delimitou a área reservada em aproximadamente 1.678.800 hectares (Brasil, 2009). O Estado de Roraima se insurgiu e pretendeu anular a portaria, mas sem êxito. Passados setes anos, foi publicada a Portaria nº 534/2005, que ratifico com ressalvas a de nº 820/98, fixando a área em 1.743.089 hectares, incluindo os municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã.

A declaração de posse permanente favoreceu as etnias indígenas Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana, e alcançou, ao norte, o marco localizado sobre o Monte Roraima, na trijunção das fronteiras Brasil/Venezuela/Guiana (Brasil, 2009). Na sequência, foi editado o Decreto homologatório de 15 de abril de 2005. Novas ações foram propostas e a competência do STF foi fixada, mas não houve

anulação dos atos administrativos, ensejando a retirada de não-índios da área, o que também acarretou conflitos violentos na região.

Então, em 2008, o STF iniciou o julgamento da referida ação popular, que trata da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e pretendeu a declaração de nulidade da Portaria n. 534/2005, do Ministério da Justiça, bem como do Decreto homologatório de 15 de abril de 2005, documentos que fundamentavam a demarcação. Dentre os fundamentos suscitados pelo autor, destacam-se: vícios no processo administrativo, dada a suposta inexistência de diálogo com os não índios afetados pela demarcação; modelo contínuo de demarcação, o qual traria prejuízos ao Estado de Roraima, por comprometer a segurança, por se tratar de região de fronteira, bem como a produção agrícola da região.

Também foi arguida a impossibilidade de a União declarar como Terra Indígena, portanto, bem público federal, parte significativa do Estado de Roraima, diminuindo consideravelmente a extensão territorial da referida unidade federativa, o que não seria, segundo o autor, razoável. A União, por sua vez, apresentou o levantamento histórico da ocupação indígena na região, atestando a ocupação tradicional da área, nos moldes do art. 231, da CRFB/88. A Procuradoria-Geral da República deu parecer pela improcedência da ação, reforçando os argumentos da União, além de ter destacado a necessidade de não confundir a posse indígena com a posse nos moldes do direito civil; e a inexistência de qualquer abalo à autonomia do Estado de Roraima, justamente em razão do caráter originário e anterior dos direitos territoriais indígenas implicados.

Dos argumentos levantados pelo Estado do Roraima, foram elaborados novos pedidos, a serem aplicados “a qualquer demarcação de terras indígenas” (Brasil, 2009, p. 110), quais sejam: a adoção de forma descontínua ou em ilhas; a exclusão das sedes dos municípios de eventuais demarcações, no caso os municípios de Uramutã, Normandia e Pacaraima; a exclusão da área de fronteira; a exclusão de imóveis com posse ou propriedade anteriores a 1934 e de terras tituladas pelo INCRA antes de 1988 e a exclusão de rodovias estaduais e federais, bem como plantações, áreas de construção e destinadas à projetos hidrelétricos.

Foi considerando essa pretensão de aplicação para todos os casos de demarcação, que o STF estabeleceu “coordenadas genuinamente constitucionais de irrecusável aplicabilidade” (Brasil, 2009, p. 213), ou ainda, as “salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa” (Brasil, 2009, p. 215), formuladas a partir de dezenove ressalvas à ação do Poder Executivo e aos direitos dos povos indígenas. Tais ressalvas foram elaboradas considerando a necessidade de se estabelecer parâmetros para as demarcações de terras indígenas a serem realizadas pelo Poder Executivo Federal, visando a conciliar os interesses indígenas, a defesa nacional e a preservação do meio ambiente.

Dentre essas coordenadas está o que se identificou no acórdão como “o conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas”, identificado na salvaguarda de n. 11. Nesse item pretendeu-se estabelecer “marcos regulatórios” visando melhor orientar a realização dos processos administrativos demarcatórios. São quatro os marcos destacados, quais sejam: o marco temporal da ocupação; o marco da tradicionalidade da ocupação; o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional e o marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado princípio da proporcionalidade.

O enfoque deste estudo é justamente o marco temporal da ocupação, que estabelece a data da promulgação da Constituição de 1988, isto é, 5 de outubro de 1988, como “insubstituível referencial” para o reconhecimento aos índios dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Como destaca o relator, “terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar, tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988” (Brasil, 2009, p. 296). O voto segue ressaltando a necessidade de se estabelecer um suposto “marco objetivo”, cuja pretensão é “colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena” (Brasil, 2009, p. 298).

Com isso, como consta no julgado, pretendeu-se evitar fraudes e a proliferação de aldeias artificiais que demandariam demarcação, e

também a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras. Ainda, nas palavras do relator: “o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa radiográfica da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine” (Brasil, 2009, p. 298).

Embora a tese do marco temporal tenha sido tratada no caso Raposa Serra do Sol, como observa Sartori Junior, essa interpretação em relação a uma delimitação objetiva vem sendo discutida desde os anos 90:

[...] em outras oportunidades em que o STF foi instado a se manifestar sobre o conteúdo dos direitos territoriais indígenas da Constituição. No voto do Min. Marco Aurélio Mello, consta transcrição de trecho da decisão do Mandado de Segurança nº 21.575-5/MS, apreciado pelo Plenário em 3 de fevereiro de 1994, bem como menção à decisão do Min. Peçanha Martins, do Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança nº 4.821/DF. Ambos dissertam sobre imemorialidade, tradicionalidade e o “tempo razoável” para a reivindicação de ocupação tradicional (Sartori Junior, 2017, p. 162).

No caso em análise, a aferição da tradicionalidade da ocupação “não poderia ser afastada pela verificação cartesiana da presença indígena, equiparando-se posse tradicional e posse civil” (Sartori Junior, 2017, p. 161). Isso porque, apesar de a Constituição funcionar como “chapa radiográfica”, exercendo o papel de marco regulatório objetivo a ser adotado para a demarcação, o STF também estabeleceu a possibilidade de afastamento desse critério, por intermédio da comprovação da expulsão das terras, visando excluir a possibilidade de utilização de títulos fraudados e/ou adquiridos por esbulho.

No entanto, em que pese essa aparente atenuação no que diz respeito a aplicação do marco temporal da ocupação, diversas são as questões que decorrem do referido esbulho renitente. Dentre elas, há que se destacar:

quais ações podem ser consideradas “renitentes” para descaracterizar o marco temporal em um contexto de tutela, como era antes de 1988? A não presença física em 5 de outubro significa ausência de aldeias – uma visão estereotipada da territorialidade – ou abrange a relação tradicional esporádica e rarefeita com o

território, como visitas a locais sagrados e caça e pesca de subsistência? (Sartori Junior, 2017, p. 161)

As divergências persistiram, apesar do intuito do STF em estabelecer “marcos regulatórios objetivos”, lançando “uma pá de cal” na questão. Mesmo a ação popular tendo sido julgada improcedente, por maioria dos Ministros, foi acatada a proposta do Ministro Menezes Direito em estabelecer as mencionadas “salvaguardas institucionais”, enquanto condicionantes aptas a balizar o processo de demarcação de terras indígenas. Dessa decisão decorreram uma série de divergências, em especial quanto a extensão dos efeitos dessa decisão, o que ensejou a propositura de diversos embargos de declaração buscando justamente esclarecer também este ponto.

Para ilustrar os dissensos mencionados, a Advocacia-Geral da União editou, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal e o art. 4º, incisos X e XVIII, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, a Portaria nº 303, em julho de 2012, dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR. A referida portaria foi editada antes mesmo do trânsito em julgado do caso Raposa Serra do Sol, e reprisou alguns trechos da referida do acórdão, ressaltando a necessidade de “normatizar a atuação das unidades da Advocacia-Geral da União” (AGU, 2012, p. 1), além de estabelecer a revisão de processos demarcatórios com base na tese do marco temporal.

A Funai divulgou, no mesmo mês, nota técnica sobre a Portaria nº 303/12 da AGU, apontando que a medida “restringe o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, especialmente os direitos territoriais, consagrados pela Constituição Federal, ao adotar como parâmetro decisão não definitiva do Supremo Tribunal Federal para uniformizar a atuação das unidades da Advocacia-Geral da União” (FUNAI, 2012, p. 1). Por isso, conforme a referida nota técnica, a portaria deveria ser revisada, “sob pena de aumentar a insegurança jurídica e, principalmente, colocar em risco os direitos garantidos constitucionalmente às comunidades indígenas” (FUNAI, 2012, p. 1).

Em 2013, o STF julgou os embargos declaratórios, opostos em face do acórdão do Tribunal Pleno, de 2009. Nesse julgamento, estabeleceu-se que a decisão proferida em ação popular não tem efeito vinculante, de modo que “não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar” (Brasil, 2013, p. 2), ostentando, no entanto, força persuasiva, “do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite da superação de suas razões” (Brasil, 2013, p. 2). Também foram confirmadas a validade das 19 salvaguardas institucionais, sendo também mantidas a demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol.

Ainda assim, diversas foram as consequências desse julgamento para a demarcações das terras indígenas no Brasil, especialmente para fundamentar uma aplicação restritiva dos direitos territoriais indígenas assegurados na Constituição, repercutindo, por exemplo, em revisões e anulações de demarcações em andamento (Bragato e Neto, 2017). No caso dos Guarani-Kaiowá, no Mato Grosso do Sul, da Terra Indígena Guyrároka, a demarcação foi anulada em 2014, com base na tese do marco temporal da ocupação.

Em 2020, 17 processos demarcatórios foram devolvidos pelo Ministro da Justiça à Funai, para que fossem revisados à luz da tese do marco temporal da ocupação (Folha de São Paulo, 2020). Atualmente, a constitucionalidade dessa tese é tema discutido no Recurso Extraordinário n.1.017.365, com repercussão geral (tema 1031) reconhecida pelo STF, em 2019. Esse caso ainda pendente de julgamento, tem origem na disputa envolvendo o povo Xokleng, em Santa Catarina, que reivindica a demarcação da Terra Indígena Ibirama-Laklãnõ. Os indígenas foram sucessivas vezes expulsos de suas terras ao longo do século XX, o que resultou numa redução drástica de suas terras num histórico de violência e esbulho.

A tese do marco temporal foi aplicada nesse caso sem considerar as fraudes, violências e expulsões sofridas, as quais ocorreram com a participação direta ou conivência do próprio Estado brasileiro. Trata-se de um caso que demonstra o impacto e a atualidade do caso Raposa Serra do Sol. Também evidência as inconsistências da tese do marco temporal, fundamentando sua fragilidade jurídica e inconstitucionalidade, uma vez

que desconsidera as razões pelas quais os indígenas não estavam em seus respectivos territórios em 5 de outubro de 1988; ou deposita excessiva carga probatória sob aqueles que foram vítimas de um processo histórico colonial documentado, conhecido e patrocinado pelo Estado brasileiro.

Esse caso paradigmático representa muitos outros, em que as demarcações foram questionadas, muito dos quais, em 2021, ainda estão pendentes de julgamento, o que dá a dimensão da atualidade dessa discussão e também suas repercussões diretas para os povos indígenas brasileiros. Esse estado de coisa demanda uma análise crítica, principalmente no que diz respeito a pretensão da tese do marco temporal da ocupação e da adoção das “salvaguardas institucionais”, a ser promovida a seguir, com base na interlocução entre Direito e Literatura.

4 SUPERINTERPRETAÇÃO E A TESE DO MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO: “UMA TAREFA COMUM A QUALQUER CORTE CONSTITUCIONAL?”

Na esteira da aplicação da tese do marco temporal da ocupação, em 2017, a Advocacia-Geral da União divulgou o Parecer n.001, reforçando a necessidade de as salvaguardas institucionais serem observadas em todos os processos demarcatórios, sendo sua observância obrigatória aos órgãos da Administração Pública Federal, direta e indireta. Nessa oportunidade, a AGU também afirmou o seguinte:

Muitas vezes, as características dos casos submetidos às Cortes, normalmente qualificados por conflitos de interesses de alta complexidade que suscitam uma gama de possibilidades e respostas dispostas em textos de múltiplos sentidos diferenciados e que colidem entre si, exigem dos intérpretes (do colegiado de magistrados) um esforço hermenêutico no sentido da compreensão holística do contexto interpretativo do conhecimento sistemático e da apreensão tópica ou problemática do caso, o que pode levar a *processos de interpretação criativa ou de superinterpretação dos textos e, com isso, à construção de significados antes não observados ou compreendidos. Essa construção interpretativa sobre o texto da Constituição é tarefa comum a qualquer Corte Constitucional* e a jurisprudência do STF está repleta de decisões que empreenderam interpretações criativas das disposições constitucionais (AGU, 2017, grifo nosso).

O Parecer n.001/2017, da AGU cita expressamente a superinterpretação, mencionando, inclusive Umberto Eco. Segundo o

documento, foram as difíceis e complexas questões jurídicas envolvendo a demarcação que ensejaram “o desenvolvimento de processos de interpretação criativa da Constituição, especialmente de seus artigos 231 e 232, que perfazem o sistema de direitos e garantias fundamentais dos índios” (AGU, 2017).

Em sentido parecido, ainda durante o julgamento do caso Raposa Serra do Sol, o então Ministro Joaquim Barbosa ressaltou o seguinte:

creio que nós estamos aqui embrenhando numa seara na qual o Supremo Tribunal federal não tem nenhuma experiência. Nós estamos adentrando o campo do que se chama judge-made-law. É o tipo de atividade típica de países em que o poder Judiciário faz o direito. Faz o direito e delega a sua execução a um juiz Mas, delega, como? Delega fixando diretivas claras, fixando metas, fixando prazos. Nós não podemos delegar isso a um Tribunal Regional e aos juízes de Roraima sem essas diretivas claras, porque não nós sabemos qual é a realidade local. Se fizermos isso, nada vai acontecer (Brasil, 2017, p. 863).

Essas formas de aplicar o Direito são apontadas como meios para resolver casos designados como complexos, os quais “suscitam uma gama de possibilidades e respostas dispostas em textos de múltiplos sentidos diferenciados e que colidem entre si” (AGU, 2017, p. 3), como destaca o parecer da AGU e diversos trechos do julgado em comento. Retomando a questão da superinterpretação no Direito, o que se discute não é propriamente a multiplicidade de interpretações possíveis, como sugere o referido parecer. Mas sim as limitações textuais impostas, inclusive, por um texto aberto, que segundo Eco (1995, p. 81): “continua a ser um texto, e um texto pode suscitar uma infinidade de leituras sem, contudo, permitir uma leitura qualquer”.

De modo que continua sendo possível dizer quais interpretações são erradas, apesar da existência de interpretações várias. Assim, ao tratar da superinterpretação, Umberto Eco se insurge contra abusos da referida deriva interpretativa, está definindo limites e critérios de economia para melhor orientar a tarefa hermenêutica. Portanto, não está chancelando, como parecer apontar o Parecer n. 001/2017, a interpretação criativa ou promovendo a necessidade de superinterpretações, mas fazendo frente a um excesso de abertura anterior, que possibilitou interpretações equivocadas, que se afastam da textualidade: as superinterpretações.

Como ocorreu no caso Raposa Serra do Sol, a adoção da tese do marco temporal da ocupação não encontra qualquer amparo constitucional, não sendo esse limitador temporal previsto em qualquer parte da Constituição. Em sentido contrário ao que aponta Eco quando trata das possibilidades textuais, apesar de ser possível fazer um texto dizer muitas coisas, “é impossível – ou pelo menos criticamente ilegítimo – fazê-lo dizer o que não diz” (Eco, 1995, p. 81). E esse dizer excessivo sequer foi aplicado ao caso da referida Terra Indígena em discussão no caso, ou seja, não foram parâmetros construídos para o caso Raposa Serra do Sol, cuja resolução não necessitou da tese do marco temporal da ocupação.

As outras dezenove salvaguardas institucionais, as quais prescrevem diretivas para atuação do Poder Executivo, adentram, como mencionou o então ministro Joaquim Barbosa, “numa seara na qual o Supremo Tribunal Federal não tem nenhuma experiência [...] o campo do que se chama *jude-made-law*” (Brasil, 2009, p. 863). A referência não poderia ser mais apropriada, dado que no julgamento foram extrapolados os contornos da ação popular originária e via Poder Judiciário as ditas “salvaguardas institucionais”, cujo conteúdo pretendeu abarcar situações que sequer precisariam ser suscitadas para a resolução do litígio que ensejou a ação popular, qual seja: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

É nesse sentido que a superinterpretação se apresenta como um ato solipsista e, portanto, ativista, porque é erigida sob elementos extratextuais, os quais remetem “inevitavelmente, à vontade do intérprete. A superinterpretação funda-se sobre elementos exógenos ao texto, porém endógenos quanto à consciência do sujeito. E aqui é onde reside o perigo. Toda superinterpretação implica determinado grau de privatização da linguagem” (Trindade, 2019, p. 456). Essa concepção se estrutura a partir da noção de que “o mundo e conhecimento estariam submetidos à consciência do sujeito” (Trindade, 2019, p. 457), que conforma o mundo a partir de sua subjetividade, assujeitando também os sentidos desse mundo.

O marco temporal da ocupação adotado pelo STF contraria a tese do indigenato, segundo a qual as comunidades indígenas têm direitos originários ou congênitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam,

na medida em que precedem o próprio processo de colonização e a usurpação dessas terras pela ocupação não indígena posterior (Mendes Junior, 1912). Documentos históricos dão conta dessa previsão, já no período colonial, com a Carta Régia de 30 de novembro de 1611, o Alvará de 1º de abril de 1680 e a Lei de 6 de junho de 1755, o que também foi constitucionalizado pela Constituição de 1934 (Perrone-Moisés, 1992).

A Constituição de 1988 não seguiu caminho distinto em relação a esse tema. Também reconheceu os direitos indígenas ao território, conforme previsão do art. 231, sem estabelecer qualquer tipo de marco temporal a considerar a promulgação da referida Constituição. Isso em virtude da anterioridade desses direitos em relação ao Estado. Não é por outra razão que resta estabelecido então o “reconhecimento” desses direitos, que precedem a promulgação da Constituição, que não promove qualquer criação, mas sim os reconhece dado o longo histórico ocupação e sucessiva expropriação das comunidades indígenas no Brasil.

Estabelecer a Constituição como marco temporal de ocupação, quando é conhecida a ocupação tradicional dos povos indígenas no território brasileiro, certamente anterior ao texto constituição de 1988, configura o fenômeno da superinterpretação, enquanto ato de fazer um texto dizer o que não disse e o que é impossível de se extrair dele a partir de uma interpretação sistêmica e coerente da Constituição. Essa constatação é reforçada também pelas 19 salvaguardas institucionais, que pretendem erigir o STF à condição de legislador, imponto marcos regulatórios genéricos, sequer previstos em lei e que atravessam a atuação do Poder Legislativo.

Além de se apresentar como resultado de uma superinterpretação, a tese do marco temporal da ocupação também se estrutura como elemento hiperficcional, dado seu descompasso com a história e tudo quanto construído em relação aos direitos indígenas, desde a Carta Régia, em novembro de 1611. Ao extrapolar os limites textuais, foram desconsideradas as previsões dos art. 231, da Constituição, e o próprio histórico do Estado brasileiro, enquanto agente direto, seja em âmbito federal ou estadual, no período anterior à Constituição, em especial na ditadura civil-militar e no governo Getúlio Vargas, por exemplo, enquanto

promotor e participante de deslocamento forçados de diversas comunidades no território nacional (Taroco, 2018).

Como observa González, com o *narrative turn* e na proposta da Teoria Narrativista do Direito, a ficção assume papel de “estatuto transversal do jurídico” (González, 2013, p. 53), pois se compreende que os sistemas jurídicos “são instalações ficcionais e, às vezes, hiperficcionais” (González, 2013, p. 54), na medida em que o próprio Direito é “forma linguística ficcional de um mundo puramente textual” (González, 2013, p. 54), sendo o *corpus juris* uma categoria discursiva-narrativa, mesmo quando identificado como prescrição. Opera, como propõe González, a partir de um ato performativo de *inventio*, que é ficcional, cujo “dispositivo ôntico-verbal é contrafático (*possibilia*), isto é, gera um mundo diferente do real” (González, 2013, p. 54).

Essa natureza ficcional do Direito, que o insere na narratividade, emerge da transformação da noção de representação (Bentes, 2020), na qual ficção associa-se com a mimesis do real, para uma acepção que considera a ficção como invenção da realidade (Moreira; Taroco, 2020). O fictício não implica, portanto, em algo enganoso, mas no simbólico, na medida em que “as ficções são aparatos linguísticos que expõem indiretamente a verdade” (Piglia, 2001, p. 221). O Direito em muito se sustenta em enunciados ficcionais, como observa González, os quais criam e recriam novas ficções, de forma que “a produção de narrações ficcionais no Direito é autopoietica” (González, 2013, p. 55).

A aproximação com a Literatura se dá a partir dessa aptidão vertida em poeticidade institucional, que produz ficções sociais, enquanto figurações reais (Moreira; Taroco, 2018), responsáveis por instituir “novas condições no mundo real e, em acréscimo, com amplas possibilidades de acabar por se imporem totalmente ao mundo real” (González, 2013, p. 54). No caso Raposa Serra do Sol, o descolamento em relação aos registros históricos e os pressupostos estabelecidos a partir de uma linguagem pública, fundada em uma intersubjetividade, dão conta desse elemento hiperficcional, que no direito assume a potência de restringir direitos territoriais indígenas, como se constatou com diversas anulações e revisões de demarcação após o julgamento da Pet. 3388/RR.

Ao tratar dos mundos possíveis e suas contradições internas no âmbito da teoria da narratividade, Eco (1995) parte de um exemplo visual para retratar o que viria a ser um mundo possível impossível. A figura manejada por Eco é o famoso desenho de Penrose, cujo recurso da impossibilidade geométrica também pode ser identificado nas litogravuras de Escher, como na conhecida “Relativity”. Em um primeiro olhar o objeto do desenho de Penrose parece ser possível, assim como o estabelecimento de um marco temporal que adota a Constituição de 1988 como parâmetro.

Mas, ao seguir o percurso de suas linhas conforme orientado especialmente pelo desenho – no caso tratado o próprio histórico da presença indígena e das previsões do texto constitucional, que partem da ocupação originária –, o que se constata é que esse objeto não pode existir. Ou como observa Eco (1995, p. 175), “um mundo no qual um objeto do gênero possa existir será talvez possível, mas estará seguramente além da nossa capacidade de concepção, por mais flexíveis e superficiais que nós possamos decidir ser”.

O caso dos Guarani-Kaiowá, no Mato Grosso do Sul, da Terra Indígena Guyrároka, ilustra bem o nível dessa hiperficcionalidades, que ignora a fatos históricos e provas concretas, desafia, tomando emprestadas as palavras de Eco, a capacidade de concepção e o próprio Estado Democrático de Direito, nos termos previstos pela Constituição. Julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no recurso ordinário em mandado de segurança n. 29.087/DF, 2014 (Brasil, 2014), a controvérsia foi julgada aproximadamente cinco anos após o caso da terra indígena Raposa Serra do Sol, e exemplifica como a tese do marco temporal da ocupação passou a ser utilizada para amparar uma interpretação restritiva em relação a demarcação das terras indígenas.

O julgado culminou na anulação do processo demarcatório com base na tese do marco temporal, o que se passou sem que o povo Guarani-Kaiowá fosse ouvido e sequer tenha sido parte no processo. Os indígenas tentaram diversas vezes recorrer da decisão, mas o caso transitou em julgado em meados de 2016, representando um resultado bastante concreto da tese do marco temporal da ocupação, resultado da superinterpretação, como analisado neste estudo, e também um caso

simbólico, que reúne um conjunto de violações aos direitos indígenas, mas também da incessante luta e protagonismo desse grupo.

Atualmente os Guarani-Kaiowá contam com o amparo de medida cautelar (MC 458-19) outorgada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o que representa as repercussões internacionais desse caso. Apesar do julgamento desfavorável, paradigma da aplicação do marco temporal em uma interpretação restritiva dos direitos territoriais indígenas, a resistência e atuação dos Guarani Kaiowá seguiu também nos tribunais nacionais. Em 8 de abril de 2021, o Supremo Tribunal Federal acolheu ação rescisória movida pelos indígenas, que busca reverter a referida anulação da demarcação da Terra Indígena (TI) Guyraroka, no Mato Grosso do Sul.

No presente momento, os Guarani Kaiowá, que não foram ouvidos no processo que anulou a demarcação de sua terra, fundada na tese do marco temporal, aguardam o referido julgamento desde 2018, data em que foi proposta a ação rescisória, que em um primeiro momento não foi conhecida pelo relator. Mediante recurso, a decisão foi revertida e, por unanimidade, a ação foi conhecida, o que foi motivo de celebração para os Guarani Kaiowá, que há mais de 20 anos enfrentam violências e sucessivas expulsões de suas terras na região do Mato Grosso do Sul.

Como menciona Erleide Domingues, jovem liderança Guarani Kaiowá do tekoha Guyraroka: “essa decisão favorável é um passo muito importante para nós, mas sabemos que vem mais coisas por aí e estamos prontos e com a expectativa de fazer parte desse processo” (CIMI, 2021). Reivindica: “que a comunidade seja ouvida, principalmente as pessoas centenárias, as lideranças, as crianças que cresceram aqui dentro, as pessoas que retomaram essa aldeia. É importante ouvir e entender qual é o motivo de recuperar nosso espaço” (CIMI, 2021).

As palavras da liderança Guarani Kaiowá são um alerta para os limites interpretativos, um chamado frente ao devaneio superinterpretativo da tese do marco temporal da ocupação. Criação interessada na restrição dos direitos territoriais indígenas e alinhada às demandas de setores econômicos que sustenta a revisão dos direitos indígenas, em uma ofensiva cuja atuação tem sido decisiva no Congresso

Nacional. Até o ano de 2019, 180 proposições no Congresso Nacional tratavam sobre direitos dos povos indígenas, dentre as quais 33 são classificadas como anti-indígenas, por proporem medidas com potencial de prejudicarem direitos constitucionalmente assegurados (CIMI, 2017).

Acatar o marco temporal da ocupação, ainda que possível à nível de discurso ficcional jurídico, é estabelecer o Judiciário como mais um campo de disputa e restrição de direitos territoriais essenciais para vida digna e estabelecidos para fazer justiça as invasões coloniais. Uma tese inconstitucional, cuja adoção de atenuantes como o “esbulho renitente” ou uma consideração não cartesiana desse marco objetivo, não são capazes de superar. Seja pelo lastro não democrático, deixado pelo ativismo da superinterpretação, seja pela reprodução, à luz do século XXI, de uma negação histórica dos direitos territoriais indígena.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de a ação popular que pretendia anular a demarcação ter sido julgada improcedente, por maioria dos Ministros, foi acatada a proposta do Ministro Menezes Direito em estabelecer as denominadas “salvaguardas institucionais”, enquanto condicionantes para balizar o processo demarcatório das terras indígenas. Em que pese o aparente resultado positivo para os direitos territoriais indígenas, materializado pela improcedência da ação que pretendia anular a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, as referidas salvaguardas, em especial a que estabelece o marco temporal da ocupação, merecem detida atenção por suas repercussões negativas.

O estabelecimento das dezenove salvaguardas mencionadas, as quais superam a divergência objeto da ação popular e extrapolam, em especial a que trata do marco temporal, promovem uma superinterpretação do texto constitucional. Vão além dos limites do textuais, extraíndo o que nele não está posto e ainda o contraria. Essa superinterpretação também não deixa de estar fundada em uma ficção jurídica, que anula a condição originária dos povos indígenas, enquanto habitantes primeiros do que viria a ser a colônia portuguesa, ao estabelecer como único marco o dia de 5 de outubro de 1988. Nega o que

vinha senso reconhecido pela Carta Régia, em novembro de 1611, e também pela Constituição de 1934.

Entre ficções jurídicas e superinterpretações, manejadas em um contexto de ativismo judicial, marcado pela baixa noção de constitucionalidade em relação aos direitos indígenas, resta também uma inadequação de ordem hermenêutica. Ao se utilizar a Constituição como um “marco objetivo”, visando estabelecer um suposto grau zero de sentido, ignorando, ou “colocando uma pá de cal”, na historicidade e nos documentos que a precedem, abre-se espaço para interpretações restritivas no que concerne aos direitos das comunidades indígenas, com o predomínio de voluntarismos e assujeitamento de sentidos, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AGU. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU, de 19 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-agu-raposa-serra-sol.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

AGU. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Portaria n. 303, de 16 de julho de 2012. Disponível em: http://www.lex.com.br/doc_23517842_PORTARIA_N_303_DE_16_DE_JULHO_DE_2012.aspx. Acesso em: 20 jul. 2020.

BENTES, Hilda Helena Soares. Redemoinhos na trama de os Demônios de Loudun, de Aldous Huxley: estudo sobre verdade, ficção, justiça. *Anamorphosis* – Revista Internacional de Direito e Literatura, v. 6, n. 1, janeiro-junho 2020. Doi: <http://dx.doi.org/10.21119/anamps.61.37-62>.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; NETO, Pedro Bigolin. Conflitos territoriais indígenas no Brasil: entre risco e prevenção. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, p. 156-195, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388, Relator(a): Min. Carlos Britto, julgado em 19/03/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de declaração na Petição 3.388/Roraima*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 23/10/2013, p. 2. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador>. Acesso em: 10 mar. 2020.

MOREIRA, Nelson C.; TAROCO, Lara S.Z. O debate Hart-Dworkin e o dilema de Coleman: o que a literatura tem a dizer sobre a relação direito e moral? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n.1, jan/abr, 2018.

MOREIRA, Nelson C.; TAROCO, Lara S.Z. Da natureza-morta à morte da natureza: a catástrofe do progresso e a degradação ambiental na literatura distópica. In: MOREIRA, N. C; DE PAULA, Rodrigo F. *Direito e literatura distópica*. São Paulo: Tirant, 2020.

CIMI. CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. Vitória Guarani Kaiowá: STF acolhe recurso e abre caminho para reverter decisão que anulou demarcação da TI Guyraroka. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/04/vitoria-guarani-kaiowa-stf-acolhe-recurso-abre-caminho-reverter-decisao-guyraroka/>. Acesso em: 29 abr. 2021.

ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1995.

FARAGE, Nádia; SANTILLI, Paulo. TI Raposa Serra do Sol: fundamentos históricos. In: MIRAS, Julia Trujillo [et. al]. *Makunaima grita: Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2009.

FOLHA DE SÃO PAULO. Moro usa parecer de Temer e trava demarcação de 17 terras indígenas no país. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/moro-usa-parecer-de-temer-e-travademarcacao>. Acesso em: 12 set. 2020.

FUNAI. FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Nota técnica da Funai sobre a Portaria nº 303/12. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/notas/2336-nota-tecnica-da-funai-sobre-a-portaria-n-303-12-da-agu>. Acesso em: 20 jul. 2020.

GONZÁLEZ, José Calvo. *Direito curvo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – Ipea. *Atlas da violência no campo no Brasil*. Ministério da Economia, 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KARAM, Henriete. O direito na contramão da literatura: a criação no paradigma contemporâneo. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. v.12, n. 3, 2017. Doi: <https://doi.org/10.5902/1981369429566>.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à Escola Histórica*; v.1. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MENDES JR, João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

PEREIRA, Deborah Deprat. O estado pluriétnico. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos de, e BARROSO-HOFFMANN, Maria (org.). *Além da tutela: bases para uma nova política indigenista*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2002.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras/FAPESP, 1992.

PIGLIA, Ricardo. *Ciencia y ficción*. Madrid: Anagrama, 2001.

SARTORI JUNIOR, Dailor. *Pensamento descolonial e direitos indígenas: uma crítica à tese do “marco temporal da ocupação”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

STRECK, Lenio. Aplicar a lei é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos*, v.15, n.1, jan./abr., 2010, p. 159. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em: 24 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

TAROCO, Lara Santos Zangerolame. *O discurso do progresso e os impactos das políticas de desenvolvimento nacional para os povos indígenas no Brasil: o legado da ditadura militar em e para além da Usina Hidrelétrica de Belo Monte*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2018. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/bitstream/fdv/204/Taroco.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

TRINDADE, André Karam. O problema da superinterpretação no Direito brasileiro. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, n. 11, set/dez, 2019.

Idioma original: Português

Recebido: 29/04/21

Aceito: 18/11/21

TITLE: «*An ordinary task to any constitutional court*»? : *overinterpretation and the time of occupation criterion (marco temporal) in the Raposa Serra do Sol indigenous land*

ABSTRACT: This paper investigates the connections between the phenomenon of overinterpretation in Law and the time of occupation criterion, called marco temporal thesis, using the Law and Literature methodology. The category of overinterpretation hereby considered comes from the literary theory by Italian semiotician Umberto Eco. In this paper, overinterpretation theory is applied to Law, from its interlocution with Literature. This very category was mentioned in the Report n.001/2017, by the Brazilian Federal Attorney General's Office, on the marco temporal thesis, which gave rise to the judgement analysis of Petition 3388/RR, by the Brazilian Federal Supreme Court, also known as the case of Raposa Serra do Sol Indigenous Land, when the abovementioned thesis was established. Then follows the analysis on the approximations between overinterpretation and the institutional safeguards provided for in the sentence, which go beyond the original case; as well as the hyperfictional aspect of the marco temporal thesis, which, by adopting a restrictive interpretation of indigenous territorial rights, denies the colonial process and the State's own efforts to carry out forced removals of indigenous peoples. It also ignores the historicity and traditional occupation of the Brazilian territory by the indigenous peoples, which crosses textual limits and contradicts the Constitution itself.

KEYWORDS: Raposa Serra do Sol; Indigenous Territory; Overinterpretation; Law and Literature.