

A UTILIZAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA QUESTIONAR MATÉRIA FÁTICA EM PROCESSO DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL

THE USE OF EXTRAORDINARY RESOURCE TO QUESTION FACTICAL MATTER IN TRADITIONAL OCCUPATION PROCESS

Julia Thais Morais¹

RESUMO

o presente trabalho visa analisar a utilização inadequada do recurso extraordinário para tratar da questão fática referente ao título de propriedade da área de ocupação tradicional dos Xavantes, no estado de Mato Grosso. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil será o aporte da pesquisa. O texto constitucional fundamenta a posse do território tradicional, e fornece prescrições normativas essenciais ao recurso referido, e as normas processuais dizem respeito a natureza do recurso extraordinário. Para tornar possível a pesquisa emprega-se o método hipotético dedutivo a partir do seguinte questionamento: qual o motivo que torna a utilização do recurso extraordinário inadequada para questionar a matéria fática? Assim, tem-se como objetivo específico demonstrar o uso inadequado do recurso extraordinário para questionar o título de propriedade do território tradicional dos Xavantes. E como objetivo geral tem-se a análise da posse tradicional dada pelo texto constitucional, e da natureza do recurso extraordinário. Como procedimentos metodológicos utilizou-se a pesquisa bibliográfica e qualitativa.

Palavras chaves: Constituição de 1988; posse tradicional; Código de Processo Civil; Recurso Extraordinário.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the inadequate use of the extraordinary resource to address the factual question concerning the title of property of the traditional occupation area of Xavantes, in the state of Mato Grosso. Thus, the Federal Constitution of 1988 and the Code of Civil Procedure will be the contribution of the research. The constitutional text substantiates the possession of traditional territory, and provides normative prescriptions essential to the referred appeal, and procedural rules concern the nature of the extraordinary appeal. To make the research possible, the hypothetical deductive method is employed based on the following question: Why is the use of the extraordinary resource considered inappropriate to question the factual matter? Thus, the specific objective is to demonstrate the inappropriate use of the extraordinary resource to question the property title of the traditional Xavante territory. And the general objective is the analysis of the traditional possession given by the constitutional

text, and the nature of the extraordinary appeal. As methodological procedures we used the bibliographic and qualitative research.

Keywords: 1988 Constitution; traditional possession; Code of Civil Procedure; Extraordinary Appeal.

INTRODUÇÃO

Na década de 1960, o Estado do Mato Grosso concedeu diversos títulos de propriedade a particulares, os quais incidiam sobre territórios tradicionais (MPF, 2017, p. 371). Após longos processos, os casos chegaram ao Supremo Tribunal Federal (STF). Em um desses casos, tratava-se de um título de propriedade que incidia sobre uma área de ocupação tradicional do povo indígena Xavante, no estado de Mato Grosso.

O recorrente, espólio de Vitalino Fasolo, buscava por meio de um recurso extraordinário apontar a violação dos artigos constitucionais: o artigo 64 da Constituição Federal de 1891, o artigo 216 da Constituição Federal de 1946, e os artigos 5º, incisos XXII, XXIV, e LIV, 37, § 6º e 231, § 6º, da Constituição Federal de 1988 (STF, BRASIL, 2017). Sustentava também possuir o direito à indenização, aludindo à regularidade da transferência de titularidade feita pelo Estado de Mato Grosso em 1960, ressaltando a inexistência de ocupação da área por indígenas quando transferida.

Diante da alegação do recorrente o Supremo Tribunal Federal (STF) sedimentou o seguinte posicionamento: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (STF, SÚMULA 279, BRASIL). Posicionamento fundado por meio da análise dos autos que se verificou que a área pertencente ao falecido Vitalino Fasolo era terra tradicionalmente ocupada pelos índios Xavantes. Destacando que houve comprovação da perícia judicial antropológica que o suposto imóvel em questão, estaria inserido em terras originalmente ocupadas por silvícolas (STF, BRASIL, 2017).

O falecido Sr. Vitalino adquiriu o imóvel em discussão, na data de 23.08.1976, e segundo a cadeia dominial os primeiros adquirentes obtiveram o referido imóvel do Estado de Mato Grosso por meio de título transcrito em 31.01.1961 (STF, BRASIL, 2017). De modo que quando houve a alienação do imóvel pelo Estado de Mato Grosso vigorava o disposto no artigo 216 da Constituição Federal de 1946. Evidenciando que na época da aquisição pelo Sr. Vitalino encontrava-se em vigor o artigo 198 da

CF/1969, ambos assegurando a proteção às terras habitualmente ocupadas pelos índios. (STF, BRASIL, 2017).

Nos autos também foram constatados que as terras objeto da lide eram habitadas pelos indígenas xavantes segundo seus usos, costumes e tradições, antes de serem transferidas mediante títulos dominiais a Vitalino Fasolo (STF, BRASIL, 2017). A perícia judicial antropológica constatou que o imóvel em questão estaria inserido em terras originalmente ocupadas por silvícolas.

Assim, a existência de eventual registro imobiliário de terras indígenas em nome do particular qualificou-se como situação juridicamente irrelevante e absolutamente ineficaz. Visto que o comando constitucional prescreve que se declara nulos e sem nenhum efeito jurídico atos que tenham por objeto ou domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas por silvícolas (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, BRASIL).

Os títulos dominiais foram considerados eficazes apenas para comprovar a boa-fé dos réus, outorgando-lhes direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias. Dessa forma, o § 6º do artigo 231 da Constituição Federal dispõe expressamente que os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são nulos de pleno direito, não havendo qualquer direito a indenização ou ações contra a União, salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, BRASIL).

Toda a constatação realizada nos autos demonstrava que o recurso extraordinário impetrado buscava o reexame de prova fática, a qual se referia ao fato do imóvel não ocupar território tradicional. Contudo, o andamento do processo já havia esgotado todos os meios de provas possíveis, e a súmula 279 do STF faz advertência que o recurso extraordinário não é hábil para o reexame de matéria fática.

A partir do caso enunciado, torna-se necessário compreender, qual o motivo que torna a utilização do recurso extraordinário inadequada para questionar a matéria fática? E para tanto é preciso analisar o conceito e as particularidades do referido recurso, o que será realizado na presente pesquisa.

Diante disto ressalta-se que o objetivo específico será demonstrar o uso inadequado do recurso extraordinário para questionar o título de propriedade do território tradicional dos Xavantes. E como objetivo geral tem-se a análise da posse tradicional dada pelo texto constitucional, e da natureza do recurso extraordinário. Como procedimentos metodológicos utilizou-se a pesquisa bibliográfica e qualitativa.

1. CONCEITO E CARACTERÍSTICA GERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O recurso extraordinário é conceituado como recurso de direito estrito, em razão de se destinar ao controle da interpretação do direito e à uniformização da jurisprudência (FONSECA, 2010, p.10). A previsão constitucional deste recurso é dada pelo artigo 102 – III, a, b, c, e d da Constituição Federal de 1988. Enquanto a previsão infraconstitucional é dada pelo Código de Processo Civil do artigo 1021 ao artigo 1035.

A utilização do recurso extraordinário exige impugnação de fundamentação vinculada, visto que devem se basear em motivos predeterminados pela lei. Sendo isso uma característica essencial que o diferencia daqueles recursos que admitem os meios impugnativos denominados de fundamentação livre, cujo cabimento não depende do tipo de crítica que é feita à decisão (WAMBIER; et al, p.247, 2016).

A fundamentação vinculada, consiste em vincula o texto recursal ao enunciado normativo previsto na Constituição Federal de 1988, que discrimina o tipo de erro passível de impugnação (FONSECA, 2010, p.11). Nesse sentido, os erros passíveis de impugnação por meio do recurso extraordinário se encontram no artigo 102, III, alíneas a, b, c e d da CF/88.

Os erros passíveis de contestação extraordinária são os seguintes: aquele que contraria dispositivo constitucional de 1988; ato que declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; ato que julgue válido a lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição de 1988 e aquele que julgue válida lei local contestada em face de lei federal (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, BRASIL).

Além desses requisitos citados, o § 3º do artigo 102 exige também que deve ser observada a incidência de repercussão geral no caso. A repercussão geral significa que o caso deve apresentar questões relevantes sob o aspecto econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (Lei nº. 13.105/2015, BRASIL).

A repercussão geral das questões constitucionais sob algum dos aspectos referidos anteriormente deve ser demonstrada pelo recorrente, aquele que irá impetrar

o recurso extraordinário, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, BRASIL). Cabendo evidenciar que o recurso somente poderá ser recusado mediante a manifestação de dois terços de seus membros.

Outro elemento necessário ao cabimento do recurso extraordinário é a existência de pré questionamento. O pré questionamento consiste no debate e na decisão prévios do tema jurídico constante nas razões apresentadas, portanto o ato impugnado precisa conter o que está versado no recurso. Sendo importante destacar que o recurso extraordinário não é os instrumento apto para simples reexame de prova.

O reexame de prova consiste em reavaliar a matéria de prova ou matéria de fato, que já foram discutidas ao longo do processo. Nesse sentido, o recurso extraordinário somente aprecia questões de direito, devendo esta ser referente a interpretação ou aplicação de direito federal, nos moldes do artigo 102, III, a- d da Constituição Federal de 1988.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O recurso extraordinário está previsto no artigo 102, inciso III, da Constituição Federal de 1988. O dispositivo constitucional determina que este recurso é admissível apenas contra decisões que configurem “causas decididas em única ou última instância” (FONSECA, 2010, p.35). Sendo que essa expressão deriva uma importante consequência relacionada a admissibilidade de impugnações direcionadas aos tribunais de ultima instância.

A locução “causas decididas” empregada no texto constitucional tem recebido interpretação ampliativa, de modo a abranger questões de mérito, e as processuais, tanto as finais quanto as interlocutórias (FONSECA, 2010, p.36). Dessa forma, não há uma limitação quanto à natureza e ao conteúdo do provimento jurisdicional recorrido: são impugnáveis as decisões de natureza cognitiva ou cautelar, seja na jurisdição voluntária ou não contenciosa.

Destaca-se também, a segunda do texto constitucional referido, que diz respeito ao requisito da definitividade da decisão impugnada (FONSECA, 2010, p.37). Sendo que este requisito exige que não seja mais possível recorrer nas instâncias ordinárias.

Ressalvado o cabimento de embargos de declaração e do próprio recurso para a instância de superposição.

Dessa maneira, somente depois de esgotadas as instâncias ordinárias é que a parte deve interpor o recurso extraordinário (FONSECA, 2010, p.38) A razão de ser dessa exigência, como assevera Castro Nunes (2008, p. 331) é a seguinte: antes de exauridos os recursos na instância local, não se pode afirmar que esta tenha violado o direito federal, de vez que se lhe não deu oportunidade para, ela mesma, reparar a infração”.

Ressalta-se que como já foi mencionado a expressão “causes decididas em única ou última instância” recebeu interpretação para se aceitar a interposição de recurso extraordinário que tem à sua base decisão interlocutória (FONSECA, 2010, p.38).No entanto, ressalta-se que em consonância ao o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça é imprescindível haver a definitividade na questão recorrida. Visto que têm-se exigido que o acórdão recorrido consubstancie o juízo conclusivo acerca da matéria sobre a qual delibera, ainda que se trate de decisão interlocutória (NUNES, 2015, p. 334)

3. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A PREVISÃO INFRACONSTITUCIONAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A previsão infraconstitucional do recurso extraordinário está contida no artigo 1021 ao artigo 1035, do Código de Processo Civil. Entretanto, o referido recurso é trabalhado de modo mais específico no artigo 1029. Nesse aspecto, no artigo 1029 diz respeito aos pressupostos exigidos na petição, para que o recurso seja admitido, sendo estes: a exposição do fato e do direito; a demonstração do cabimento do recurso interposto e as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida (Lei nº. 13.105/2015, BRASIL).

Em conjunto a estes requisitos citados, destaca-se que para verificar sua admissibilidade o tribunal verificará se o recurso é cabível, se está presente a legitimidade para recorrer, se há interesse em recorrer, se o recurso é tempestivo (CALURI, 2015, p.32). Assim, o tribunal proferirá o juízo de mérito, dando ou não provimento ao recurso interposto pela parte.

O parágrafo 3º do art. 1.029, assevera acerca fungibilidade recursal, que consiste no fato do próprio tribunal admitir o recurso interposto como recurso extraordinário, mesmo que não tenha de denominado assim , desde que não exista grave erro O texto normativo faz a seguinte prescrição normativa sobre a fungibilidade recursal “O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave “. (Lei nº. 13.105/2015, BRASIL).

Ressalta-se que para haver a aplicação do princípio da fungibilidade, doutrinadores como Teresa Arruda Alvim, Wambier e José Miguel Garcia Medina julgam como necessários os seguintes requisitos: a dúvida "objetiva" sobre qual o recurso a ser interposto; a inexistência de erro grosseiro e por fim que o recurso seja interposto no prazo para a interposição do recurso próprio.

O artigo 1029, parágrafo 4º prescreve o incidente de resolução de demandas repetitivas no recurso extraordinário. Nesse sentido, o texto normativo diz:

Quando, por ocasião do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto (Lei nº. 13.105/2015, BRASIL)

O incidente de resolução de demandas repetitivas consiste na suspensão de recursos que tenham controvérsias semelhante, para que o tribunal fixe um paradigma processual a ser observado nos outros casos. Sendo que essa suspensão tem por objetivo a promoção da segurança jurídica, a confiança legítima, a igualdade e a coerência da ordem jurídica mediante julgamento em bloco e fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário, na área de jurisdição do respectivo tribunal, na análise da questão apreciada (FLEXA, 2015, p.621)

No parágrafo 5º, do artigo 1029 diz respeito a atribuição de efeito suspensivo aos recursos excepcionais. De acordo com este regramento, o recorrente com fundado receio de irreversibilidade da decisão recorrida e diante do perigo da demora do julgamento do recurso extraordinário, poderá pedir a concessão do efeito suspensivo ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a interposição do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo.

Caso o recurso já tenha sido distribuído, esta deverá ser dirigida ao relator (Lei nº. 13.105/2015, BRASIL).

Finalizada as ponderações específicas em relação ao artigo 1029, torna-se necessário pontuar mais alguns artigos que se interligam com o recurso extraordinário. Dessa forma, o artigo 1032 e 1033, os quais prevê o procedimento para aplicação do princípio da fungibilidade recursal, e também alude o princípio da cooperação e do aproveitamento dos atos processuais.

Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.(Lei nº. 13.105/2015, BRASIL).

Em seguida no artigo 1034, prescreve que admitido o recurso extraordinário, este será julgado pelo STF e STJ, aplicando-se o direito com o conhecimento inclusive dos demais fundamentos ali expostos. E por fim o artigo 1035 faz a previsão normativa tangente a repercussão geral. Ressaltando que essa é uma condição para conhecimento do recurso extraordinário, como já foi mencionado anteriormente na pesquisa.

A repercussão geral deve ser levantada demonstrando-se a relevância do tema sob ponto de vista econômico, social, político ou jurídico, que ultrapassem o interesse exclusivo da parte. Pode ser entendida quando o recorrente impugnar decisão que tenha contrariado jurisprudência ou súmula do STF.

4. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICA PELO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Constitui aspecto peculiar ao cabimento do recurso extraordinário a impossibilidade de ser utilizado como instrumento processual apto a discutir matéria fática. Dessa forma o Supremo Tribunal Federal (STF) sedimentou a Súmula 279, e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a Súmula 7, ambas com o entendimento jurisprudencial de que o referido recurso não está vocacionado para o exame de

questões fálicas que circundam a aplicação da regra jurídico-material (VILLAS BOAS, 2015, p.11)

As referidas súmulas são consoantes na compreensão de que o erro no exame do fato é menos pernicioso do que o erro na aplicação da norma jurídica, assim não se admite o recurso extraordinário para a reanálise da prova contida nos autos (VILLAS BOAS, 2015, p.11). Ressalta-se, a necessidade de conferir autonomia aos tribunais locais no que se refere à existência de determinada realidade fática, sendo certo que o STJ e o STF visualizam a aplicação do direito federal ou do direito constitucional sobre a base probatória reconhecida como existente na instância de origem (VILLAS BOAS, 2015, p.11)

Desse modo, entende-se que é preciso resguardada a autonomia conferida pela Constituição Federal aos tribunais estaduais e federais, limitando a discussão da controvérsia aos seus aspectos estritamente jurídicos, dispensando-se a rediscussão dos fatos para a aplicação da norma jurídica mais correta ao caso em concreto (VILLAS BOAS, 2015, p.12).

Sendo essa ideia oriunda de que o STJ e STF não constituem órgãos que compõem uma terceira instância, cumprindo um mandamento constitucional, que é interpretar o direito federal e o direito constitucional (VILLAS BOAS, 2015, p.12). Com isso, o recurso extraordinário não objetiva conferir valorção às questões fálicas.

Não se admite que o STF e o STJ sejam equiparados a um juízo monocrático e a um tribunal local, órgãos que possuem a prerrogativa de avaliar o substrato fático, sopesá-lo, confrontá-lo com as argumentações das partes e, finalmente, emitir decisão de mérito (VILLAS BOAS, 2015, p.13). A intervenção do STF e do STJ se restringem a aplicação correta da norma jurídica aos fatos tidos como incontroversos pelos tribunais inferiores.

Nesse particular, destaca-se o posicionamento da doutrina de Rodolfo Mancuso que a infringência do acórdão recorrido mediante a revisão do contexto fático é absolutamente inviável no recurso excepcional. Assim, o recurso extraordinário é um tipo de recurso excepcional, que não é apto ao reexame da matéria fática (VILLAS BOAS, 2015, p.13)

Ressalta-se que o objetivo restrito desse recurso a análise entre a decisão recorrida e um texto de lei federal que o recorrente sustenta ter sido contrariado, afastado ou interpretado de modo discrepante do que o fez outro Tribunal (VILLAS

BOAS, 2015, p.14). Nesse sentido, O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Súmula nº 7 enfatiza que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, e, em idêntico sentido a Súmula 279, STF.

5. A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO À TERRA INDÍGENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 dedica aos direitos indígenas o Capítulo VIII, sendo uma maneira de concretizar a preocupação constitucional com essa minoria historicamente vulnerável. Assim o referido capítulo inaugura a constitucionalização dos direitos indígenas, rompendo paradigma assimilacionista, que negava a identidade étnica e seus direitos (SANTILLI, 1993, p.73).

O paradigma assimilacionista ou integracionista, considerava os indígenas como sujeitos em patamares inferiores a sociedade, em razão de usos e costumes e identidade. Nesse sentido, a Constituição de 1988 introduziu o reconhecimento permanente dos inerentes a identidade étnica (SANTILLI, 2000, p.29). Com isso o texto de 1988 passa a retratar uma era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas (SILVA, 2016, p. 850).

As desvantagens históricas dão lugar a direitos representados por mecanismos oficiais que proporcionam aos índios direitos fundamentais. E o principal direito concebido pela constituição é o direito à terra, sendo este um espaço fundiário elementar a concretização de meios dignos de subsistência linguística, cultural e econômica. Dessa forma, território tradicional passa a ser um direito inerente aos usos, costumes e tradições indígenas (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, BRASIL)

O atual texto constitucional prescreve o direito à terra como um direito originário, legitimando o direito ao território tradicional (SILVEIRA, 2015, p.249). Ao reconhecer o direito originário da terra indígena, a Constituição Federal de 1988 se fundamenta no Alvará de 1º de abril de 1.680, que estabelecia que às terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos povos indígenas, primários e naturais senhores dela, sendo esse um direito congênito. (MENDES JUNIOR, p. 180, 1912)

O artigo 231 dispõe sobre o direito à ser exercido pelos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à união demarcá-las, proteger e fazer

respeitar os seus bens (LIMA, 2016, p. 110). Determina também que os direitos sobre essas terras são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (Brasil, Constituição Federal de 1988)

O conceito de terra indígena elucidado pela CF/88 apresenta quatro elementos necessário ser caracterizado, que são: a) habitação em caráter permanente; b) a utilização da terra para atividades produtivas; c) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e d) necessárias à sua reprodução física e cultural (SILVA, 2005, p.855), que serão tratados especificamente no capítulo sobre ocupação territorial. Dessa forma a interpretação sobre terras tradicionalmente passa a ser relacionada ao modo que os povos indígenas se relacionam com a terra para garantirem sua sobrevivência física e cultural (SANTILLI, 2005, p.59).

6. OCUPAÇÃO TERRITORIAL INDÍGENA

O conceito de terra tradicional é construído através do elemento da tradicionalidade de uma ocupação indígena em determinada área. A tradição referida pela Constituição Federal de 1988, consiste nos modos de ocupação territorial dos índios (SILVA, 2014, p. 888), especificamente no artigo 231 §1º da CF/88.

A ocupação tradicional elenca quatro pressupostos inerentes ao local ocupado: a habitação em caráter permanente; a utilização da terra para atividades produtivas; a imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e por fim ser necessário a reprodução física e cultural da comunidade indígena (HOBSBAWM, 2008, p. 9).

A habitação em caráter permanente se relaciona a uma garantia futura, que as terras tradicionais indígenas serão destinadas sempre ao habitat da comunidade indígena. A utilização da terra para as atividades produtivas refere-se ao

desenvolvimento de atividades necessárias para a subsistência da comunidade indígena, sendo elas: a caça, a pesca, agricultura (SOUZA FILHO,1998, p. 111).

A imprescindibilidade das terras diz respeito à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar. Ressaltando que sua utilização pela comunidade indígena, não impossibilite a conservação dos recursos naturais dos quais necessitem para sobreviver. E por fim a necessidade do território a reprodução cultural e física da comunidade indígena expõe essas terras devem ser aptas a garantir o crescimento populacional sem prejuízo, bem como o espaço territorial deve ser suficiente para proporcionar o desenvolvimento cultural da comunidade (MARQUES, 2013, p. 100).

Dessa forma a conexão entre esses quatro elementos discorridos acima a posse indígena, que indica é configurada. Sendo uma forma de ocupação própria desses povos, que mantêm uma relação com a terra diversa do restante da população não indígena, considerando o território uma condição de sobrevivência física e cultural (SILVA, 2011, p.855)

7. COMPROVAÇÃO DA POSSE TRADICIONAL DO TERRITÓRIO XAVANTE, EM MATO GROSSO

Analisado as particularidades do recurso extraordinário e sua impossibilidade para reexaminar questões fáticas, torna-se necessário demonstrar como fora comprovado a tradicionalidade do território dos Xavantes, em Mato Grosso. Ressaltando que a referida comprovação se amparou no texto constitucional de 1988, portanto analisar a posse tradicional segundo a Constituição de 1988 foi necessário, como demonstrado nos capítulos anteriores.

A área questionada pelo recorrente, espólio de Vitalino Fasolo, referia-se terra indígena Marãiwatsede ocupada pelos indígenas Xavantes, no Estado de Mato Grosso desde a metade do século XVIII (FUNAI,BRASIL). O referido território se estendia desde o rio Araguaia (a leste) até o rio Xingu (oeste), desde o rio das Mortes (ao sul e leste) até o rio Tapirapé (norte) (FUNAI, BRASIL).

Na segunda metade do século XX, a partir dos anos 1960, iniciou-se o processo de ocupação branca por alguns posseiros, os quais se estabeleceram as margens ocidentais do rio Araguaia, e foram progressivamente adentrando o território Xavantes (FUNAI, BRASIL). Nesse processo, predominaram as relações de conflitos com os

índios, implicando em mortes de ambas as partes, com desvantagem crescente para o lado dos Xavante (FUNAI, BRASIL).

A partir de 1960 os indígenas foram impedidos de ocupar seu território, trazendo impactos negativos a sua reprodução física e cultural a população Xavante de MARÃIWATSEDE . Após serem expulsos de seu território tradicional, os Xavantes sofreram com um surto de sarampo, em virtude dos contatos com a população branca da cidade de São Marcos, onde foram deixados (FUNAI,BRASIL). Destaca-se que a presença dos Xavantes no citado território fora comprovada por diversos documentos e testemunhos e depoimentos.

O material que afirmava da presença indígena desde o início do século XVIII forneceu provas da ocupação tradicional, sendo esse território imprescindível ao habitat indígena, segundo seus usos, costumes e tradições (FUNAI, BRASIL). Nesse sentido, a FUNAI por meio de um laudo de identificação e delimitação afirmou oficialmente ser território tradicional a terra Marãiwatsede.

8. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO TERRITÓRIO MARÃIWATSEDE, DOS XAVANTES PELAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES A CONSTITUIÇÃO DE 1988

O território Marãiwatsede, dos Xavantes, no estado de Mato Grosso do Sul começou a ser invadido ilegalmente por posseiros a partir de 1960, mas este território já se encontrava amparado pela legislação constitucional como território tradicional (FUNAI, BRASIL).

A Constituição de 1934 já prescrevia o direito dos índios sobre terras por eles habitadas, em seu artigo 129, “ Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.” (CONSTITUIÇÃO DE 1934, BRASIL). Em seguida a Constituição de 1937, em consonância com o texto constitucional anterior previu no artigo 154: “ Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.” (CONSTITUIÇÃO DE 1937, BRASIL)

A Constituição de 1946 também previu o direito as terras originárias, no artigo 216: “. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se acham permanentemente

localizados, com a condição de não a transferirem “ (CONSTITUIÇÃO DE 1946, BRASIL) A Constituição de 1967 também assegurou a posse aos territórios tradicionais, no artigo 186: ” É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes” (CONSTITUIÇÃO DE 1967, BRASIL)

A legislação constitucional desde 1934 já amparava o direito as terras originárias, assim o questionamento feito pelo recorrente, espólio de Vitalino Fasolo, por meio do recurso extraordinário, que apontava violação dos textos constitucionais de 1946 e da Constituição de 1988, não encontra amparo legal. Visto que a Constituição de 1891 em seu artigo 64 tratava de terras devolutas, as quais se diferiam de terras indígenas.

Ressalta-se que o artigo 216 da Constituição Federal de 1946, prescrevia ter os indígenas direito as suas terras, e a Constituição de 1988 também amparou os direitos territoriais tradicionais. E também como foi analisado o recurso extraordinário não era o instrumento apto a questionar o reexame de matérias fáticas em relação as provas que comprovaram ser o território Marãiwatsede, território tradicional dos Xavantes.

CONCLUSÃO

O presente trabalho visou analisar a utilização inadequada do recurso extraordinário para reexaminar questões fáticas relacionadas a demarcação do território tradicional Marãiwatsede, dos Xavantes no estado de Mato Grosso. Nesse sentido, estabeleceu-se a uma análise textual do texto constitucional em relação ao recurso extraordinário e posteriormente do Código de Processo Civil e também a súmula 279 do STF e da Súmula 7 do STJ.

A partir dos fundamentos normativo elencados acima foi possível inferir o que recorrente, espólio de Vitalino Farsolo, utilizou de modo inadequado o recurso extraordinário. Visto que sua objeção questionava provas que já haviam sido analisadas nas instâncias inferiores, sendo cabível ao Supremo Tribunal Federal apenas a análise de questões de direito.

Cabe destacar também que um dos apontamentos do referido recuso do recorrente apontava a violação de textos constitucionais em relação a posse tradicional, contudo os próprios textos constitucionais refutam este argumento. Dessa forma, o objetivo específico da presente pesquisa, foi de observar a inadequação da utilização do

recurso extraordinário no caso dos Xavantes, tornou-se possível por meio da análise conceitual da natureza, uso do referido recurso.

Ressalta-se também que inicialmente se propôs como objetivo geral a pesquisa sobre o conceito de território tradicional, por meio do texto constitucional de 1988 e consequentemente textos anteriores que compõem o citado conceito. O conceito de território tradicional consubstanciado na atual constituição foi analisado, a fim de demonstrar que os requisitos prescritos no artigo 231, § 1º eram observados no caso dos Xavantes, em Mato Grosso.

Dessa maneira, a tradicionalidade, a imprescindibilidade do território para os usos costumes e tradicionais, foram comprovados por meio de provas oficiais que fundamentaram a decisão que o recorrente, espólio de Vitalino Fasolo, tentou anular por meio de um recurso extraordinário, sendo essa inadequada sua utilização. O emprego inadequado se justifica, em primeiro momento pelas regras contidas no Código de Processo Civil, e também por meio da Súmula 279, do STF, bem como do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a Súmula 7, ambas com a afirmação que o referido recurso não está vocacionado para o exame de questões fáticas que circundam a aplicação da regra jurídico-material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BOAS, Alberto Villas. **Considerações sobre o recurso especial e o recurso extraordinário**. Disponível em https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/356/considera%C3%A7oes%20recurso%20especial_Vilas%20Boas.pdf?sequence=1. Acesso em 10 de julho 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 1º de julho 2019.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 10 de julho 2019.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 10 de julho 2019.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em :http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 10 de julho 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em :http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm . Acesso em 10 de julho 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 março de 2015, Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) . Acesso em 10 de julho 2019.

_____. **Súmula nº 279 , Supremo Tribunal Federal** .Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>. Acesso em 10 de julho 2019.

_____. **Súmula nº 7 , Superior Tribunal de Justiça** .Disponível em : www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf . Acesso em 10 de julho 2019.

FONSECA, João Francisco Naves da. A interpretação da sentença civil, in **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 62, maio/2010, p.42.

_____. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. Dissertação de Mestrado. 2010.

LIMA, E. V. D. **Estatuto do Índio**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

HOBBSAWM, Eric. Introdução: **A Invenção das Tradições**. In: HOBBSAWM, E; RANGER, T. A invenção das tradições. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

MAIA, Luciano Mariz; JR Felício Pontes. **Manual de Jurisprudência de Direitos Indígenas**. Ministério Público Federal. Disponível em :<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao/manual-de-jurisprudencia-dos-direitos-indigenas.pdf>. Acesso em 10 de julho 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar, in **Revista Magister de direito civil e processual civil**, 2010.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, in **Revista Forense**,2009, p.259.

_____. Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário, in **Revista de Processo**,2005, p.19.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**, São Paulo, RT,2007.

MARQUES, Júlia Ribeiro. **A Constituição Federal e o Direito dos Povos Indígenas à Terra: Uma análise da Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol**. Disponível em:

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/julia_marques.pdf . Acesso em: 23 de julho 2019.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**, Rio de Janeiro, Forense, 1943.

SANTILLI, Márcio. **Os Brasileiros e os Índios**. São Paulo: SENAC, 2000.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos**. São Paulo: Editora Petrópolis, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVEIRA, Flávia Lanat. **Tradições e Propriedade da Terra em Processos de Demarcação de Terras Indígenas**. Monografia para título de bacharel em Direito. 2015. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/25152/25152.PDF> . Acesso em: 09 julho de 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (Org.); TALAMINI, Eduardo (Org.); DANTAS, Bruno (Org.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Submetido em 10.10.2019

Aceito em 15.10.2019