

USUCAPIÃO E DISTRIBUIÇÃO: BREVE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

ADVERSE POSSESSION AND DISTRIBUTION: A BRIEF ANALYSIS OF BRAZILIAN LAW

Leandro Martins Zanitelli*

RESUMO: O artigo é um trabalho teórico sobre o direito vigente no Brasil acerca da usucapião e seu impacto distributivo. Na primeira seção, avalia-se o quanto a legislação brasileira sobre usucapião é afligida por certos problemas gerais do uso do direito civil com finalidade distributiva, como os problemas da ineficácia, da imprecisão, da subinclusão e da ineficiência. Na segunda seção, defende-se que a ampliação do limite de área da usucapião especial de imóvel urbano e a facilitação da usucapião especial coletiva, mediante a dispensa do requisito da impossibilidade de verificação do lote de cada possuidor, são medidas que podem melhorar o desempenho distributivo da usucapião, sem causar considerável ineficiência adicional. **Palavras-chave:** Usucapião. Distribuição. Eficiência. Rawls. Democracia de cidadãos proprietários.

ABSTRACT: This is a theoretical paper addressing Brazilian law on adverse possession and its distributive impact. The first part evaluates to which extent current law regarding adverse possession are affected by some general problems afflicting distributive private law rules, the problems of ineffectiveness, inaccuracy, underinclusiveness and inefficiency. The second part argues for an increase of the limits of special adverse possession in urban zones and the facilitation of collective special adverse possession by dispensing one of its requisites, namely, the one concerning the impossibility of verifying individual possession. These are actions that can improve the distributive performance of adverse possession without causing considerable extra inefficiency. **Keywords:** Adverse possession. Distribution. Efficiency. Rawls. Property-owning democracy.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor adjunto da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Belo Horizonte – Minas Gerais – Brasil.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A USUCAPIÃO E OS PROBLEMAS DO USO DISTRIBUTIVO DO DIREITO CIVIL; 2.1 PROBLEMA DA INEFICÁCIA; 2.2 PROBLEMA DA IMPRECISÃO; 2.3 PROBLEMA DA SUBINCLUSÃO; 2.4 PROBLEMA DA INEFICIÊNCIA; 3 APERFEIÇOANDO A USUCAPIÃO COMO MEIO DISTRIBUTIVO; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Na literatura da análise econômica do direito, é uma presunção comum que as regras de direito civil não devem ter finalidade distributiva¹. Independentemente do objetivo que se queira dar a essas regras (no caso da análise econômica, esse objetivo é, geralmente, a eficiência), afirma-se, no que se refere à justiça distributiva, que o melhor seria fazer uso da tributação, acompanhada de programas governamentais de transferência de renda, como é o caso, no Brasil, do Bolsa Família.

Há vários problemas, no entanto, em reservar à tributação a totalidade da missão distributiva que a legislação deve desempenhar. Entre eles, dois, salientados em trabalhos recentes, são particularmente graves². O primeiro é que, tendo em vista a atual falta de disposição ou recusa dos Estados de coordenar suas ações fiscais, um programa de tributação distributivo aplicado a um país isoladamente pode se tornar ineficaz, em boa medida, devido à facilidade dos contribuintes (sobretudo, dos mais ricos) de escapar à jurisdição (DAGAN, 2014). Segundo, por várias razões (inclusive psicológicas), a tributação pode estar, em geral, sujeita a uma maior resistência política do que outros meios distributivos (MCADAMS; FENNELL, 2015). Mesmo, portanto, que a tributação seja, idealmente, um meio superior de distribuição, o uso do direito civil para esse fim pode ser defensável em circunstâncias não ideais.

O presente artigo é um trabalho teórico sobre o potencial distributivo das regras aplicáveis a um dos modos de aquisição da propriedade, a

1 Para argumentos contra o uso distributivo do direito civil, vide Cooter e Ulen (2012) e Kaplow e Shavell (1994).

2 Para outras críticas à afirmação de que, tendo em vista a superioridade da tributação, o direito civil deve se manter indiferente a questões distributivas, vide Jolls (1998), Sanchirico (2001) e Logue e Avraham (2003).

usucapião. Seu objetivo, mais precisamente, é primeiramente verificar se, e em que medida, as regras de usucapião atualmente em vigor no Brasil são afligidas por problemas usualmente relacionados ao uso distributivo do direito civil, a saber, os problemas da ineficácia, da imprecisão, da subinclusão e da ineficiência. Segundo, pretende-se propor mudanças que podem melhorar o desempenho distributivo da legislação, sem, ao mesmo tempo, impor considerável sacrifício adicional em termos de eficiência³.

2 A USUCAPIÃO E OS PROBLEMAS DO USO DISTRIBUTIVO DO DIREITO CIVIL

Esta seção tratará de alguns problemas usualmente relacionados ao uso distributivo do direito civil e do quanto eles afligem o direito brasileiro atual em matéria de usucapião. Os problemas em questão são os da ineficácia, imprecisão, subinclusão e ineficiência⁴.

2.1 PROBLEMA DA INEFICÁCIA

Uma preocupação é que a finalidade distributiva de certas regras de direito privado seja frustrada pela reação que elas desencadeiam (COOTER; ULEN, 2012). Argumenta-se, por exemplo, que uma regra que procura

3 O presente trabalho é resultado de um projeto de pesquisa sobre o papel do direito civil em um dos tipos de regime idealizados por John Rawls para atender aos princípios da sua concepção de justiça, a “democracia de cidadãos proprietários” (*property-owning democracy*) (RAWLS, 2001, §§ 41-42). A principal característica do referido regime é conter meios para evitar que os resultados do mercado sejam muito desiguais, em vez de tão somente corrigi-los depois de verificados. A democracia de cidadãos proprietários é, nesse sentido, um tipo de regime pré-distributivo (O’NEILL; WILLIAMSON, 2012; KERR, 2015). Pode-se perfeitamente conceber, como faz Williamson (2012), uma democracia de cidadãos proprietários na qual maior equanimidade dos resultados do mercado é obtida eminentemente por meio da tributação. Como argumentado em outro trabalho (ZANITELLI, 2015), entretanto, a dificuldade de alcançar o ambicioso objetivo da democracia de cidadãos proprietários apenas com meios fiscais convida a considerar o uso concomitante de vários instrumentos, inclusive, as regras jurídicas de propriedade e transferência, nas quais o mercado baseia-se.

4 Para um inventário das objeções levantadas contra o uso distributivo do direito civil, vide Logue e Avraham (2003).

favorecer uma das partes de uma relação contratual, como a consumidora ou locatária, pode levar a uma mudança das cláusulas de contratos futuros e, com isso, acabar não surtindo o efeito desejado. Por exemplo, uma regra sobre garantia contra produtos com pouca durabilidade pode provocar alta dos preços e fracassar em beneficiar os consumidores.

Embora a objeção da “frustração mediante contrato” (*contracting-around*) não seja aplicável ao caso, o risco de ineficácia também se faz presente no caso da usucapião. Se o objetivo de uma regra de usucapião for fazer distribuição em favor de possuidores à custa de proprietários, ele poderá se frustrar caso a regra induza proprietários a incrementar o monitoramento, a fim de evitar a perda da propriedade. Sob certo ponto de vista, a usucapião assemelha-se, pois, ao direito contratual: seus efeitos distributivos dependem da reação que provocam e essa reação pode impedir que se atinja o objetivo distributivo desejado.

Não é verdade, contudo, que uma regra de usucapião com finalidade distributiva esteja fadada ao fracasso (como tampouco estão as regras distributivas de direito contratual). Proprietários incorrem em custos para monitorar, de modo que uma regra facilitadora da usucapião, mesmo aumentando o risco de tomada de posse, pode não aumentar o monitoramento ou não, ao menos, o suficiente para evitar que aquisições por usucapião ocorram⁵. Também poderá haver problemas de incentivo para o monitoramento se a propriedade for condominial ou se forem vários os interessados em preservá-la (por exemplo, os credores da massa falida), uma vez que o monitoramento é, em tais hipóteses, um bem público⁶ e, como tal, pode não ocorrer ou

5 Considerando que o proprietário pode estar em erro sobre a propriedade (isto é, não saber que é proprietário), uma regra de usucapião pode ter efeito sobre a diligência empregada, a fim de que tais erros sejam descobertos. O impacto da regra de usucapião quanto a isso, porém, é incerto: de um lado, as pessoas podem ser levadas a investir para que erros sejam descobertos mais rapidamente e a tempo de evitar a usucapião, mas, de outro, o aumento da probabilidade de que a propriedade desconhecida já tenha sido perdida devido à posse alheia pode desencorajar o referido investimento.

6 Um bem é dito “público” pelos economistas se não é possível desfrutá-lo e, ao mesmo tempo, impedir que outros também o façam (não exclusividade). Quando são vários os proprietários ou interessados, medidas para prevenir a usucapião (que vão desde o monitoramento até medidas judiciais que tornem a posse litigiosa) não favorecem apenas aquele que as toma e são, portanto, no sentido mencionado, bens públicos. Há uma tendência a

ocorrer em medida inferior à que se espera nos casos de propriedade individual. Finalmente, quando o bem a usucapir pertence a uma corporação, problemas de agência⁷ também podem causar monitoramento insuficiente.

Contribui, ainda, para a eficácia de uma regra de usucapião o incentivo que ela dá para a posse. O benefício esperado da posse aumenta à medida que aumenta a probabilidade de ela levar à aquisição da propriedade. Logo, se o efeito de uma regra de usucapião não é de todo evitado por um incremento do monitoramento, é previsível que esse efeito robusteça pelo incentivo à posse, isto é, mais pessoas procurarão a posse, tendo em vista as chances (aumentadas) de se tornarem proprietárias. Esse é um efeito aguardado, convém notar, não apenas por pessoas que sabem não ser proprietárias, como também pelas que estão em dúvida a respeito. Tanto para os que sabem não ser quanto para os que estão em dúvida sobre ser proprietários, a usucapião aumenta o *payoff*⁸ da posse e, portanto, a encoraja.

2.2 PROBLEMA DA IMPRECISÃO

O problema da imprecisão é o de uma incoincidência entre as pessoas sujeitas a uma regra e aquelas entre as quais se pretende fazer a distribuição. Imagine que se queira distribuir entre ricos e pobres. Uma regra comum de usucapião, entretanto, aplica-se indistintamente a favor de possuidores e contra proprietários. Entre os grupos mencionados, não há, é claro, perfeita sobreposição: alguns possuidores são pobres, mas não necessariamente todos, assim como nem todos os proprietários são necessariamente ricos (ou não, ao menos, ricos o bastante).

que bens públicos sejam insuficientemente providos, justamente devido ao fato de aqueles que agem para provê-los não conseguirem se apropriar inteiramente dos benefícios.

7 No sentido da teoria econômica da agência, “agente” é alguém de cuja conduta dependem os interesses de outra pessoa, o “principal”. O texto alude ao fato de diretores e outros mandatários estarem na posição de agentes em relação aos interesses da corporação. Em uma relação de agência, há o risco de o agente atuar em favor de seus interesses e contra os do principal.

8 *Payoff* é o ganho que certo curso de ação proporciona multiplicado pela probabilidade de que esse ganho verifique-se. O texto refere-se ao *payoff* da posse em sentido subjetivo, isto é, ao que o possuidor percebe como ganho provável decorrente do ato de posse.

Convém observar que, embora a imprecisão seja, em si mesma, ruim, há um ponto no qual uma regra combina otimamente as virtudes de fazer distribuição sem enfrentar resistência política. Idealmente, o ponto em questão deveria ser aquele no qual a regra é a mais precisa possível, mas esse nem sempre é o caso. Uma regra em favor de consumidores, por exemplo, pode ser mais facilmente aceita, precisamente porque nem todos os consumidores são pobres. Nas circunstâncias não ideais de muitas sociedades, certa imprecisão pode ser o preço a pagar, portanto, para que uma regra distributiva vigore (MCADAMS; FENNELL, 2015).

O quão imprecisa uma regra de usucapião é depende, é claro, dos grupos entre os quais se deseja fazer a distribuição, mas não só. Ela também pode ser desenhada de maneira a se tornar mais ou menos precisa. Considerem-se as regras sobre usucapião do Código Civil, a começar pelas mais tradicionais, correspondentes aos arts. 1238 (usucapião extraordinária de bem imóvel), 1242 (usucapião ordinária de bem imóvel), 1260 (usucapião ordinária de bem móvel) e 1261 (usucapião extraordinária de bem móvel). Essas regras aparentemente são alheias à riqueza dos envolvidos, mostrando-se, como tais (admitindo que se esteja preocupado com a riqueza)⁹, mais vulneráveis à objeção da imprecisão.

É verdade, por um lado, que o esbulho pode ter como causa a necessidade do esbulhante e a falta de contestação, decorrer da riqueza do proprietário e do pouco valor atribuído ao bem esbulhado¹⁰. Por outro, no entanto, o interesse pelo esbulho também pode ser uma função da capacidade de exploração, sendo essa capacidade, muitas vezes, uma função do capital. Não é fantasioso, portanto, um cenário no qual a diferença entre o valor atribuído ao bem pelo possuidor e pelo proprietário tenha como causa a maior riqueza

9 Doravante, e salvo aviso em contrário, será presumido que o sentido distributivo desejável é o da dispersão da riqueza – contra os ricos e a favor dos pobres, portanto.

10 Embora a hipótese aventada – do desinteresse provocado pela opulência – não seja de descartar, outra explicação para o transcurso do prazo é que o proprietário não tenha podido incorrer nas despesas de monitoramento ou que essas despesas não se justificassem, tendo em vista o valor do bem usucapido. À medida que os custos de monitoramento não aumentem na mesma proporção do bem, haverá uma tendência a que as regras de usucapião apliquem-se contra proprietários mais pobres, com mais dificuldade para arcar com os custos de monitoramento e em relação aos quais, devido ao baixo valor do bem, é mais provável que esse monitoramento não seja compensador.

do primeiro. A ideia de que se está lidando com um possuidor destituído e com um proprietário opulento também perde força quando se trata de posse com título (usucapião ordinária). A usucapião em favor do possuidor com título não tem um distributivo claro, exceto, talvez, admitindo que a chance de confiar em um título inábil para a transmissão da propriedade seja maior entre os mais pobres.

Considerem-se, agora, as regras de usucapião que, além da posse, requerem a moradia ou o uso do bem para fins de produção. Esses são os casos, no Código Civil, das regras dos arts. 1238, parágrafo único, que diminui para dez anos o prazo da usucapião extraordinária de bem imóvel se o possuidor usar o bem para moradia ou produção; 1242, parágrafo único, que diminui para cinco anos o prazo da usucapião ordinária de bem imóvel nas mesmas hipóteses; 1228, § 4º (também conhecida como “regra da desapropriação judicial”), que requer “obras e serviços [...] de interesse social e econômico relevante”; 1239 (usucapião especial de imóvel rural), que requer moradia e produção; 1240 (usucapião especial de imóvel urbano), que requer moradia; e 1.240A (usucapião em favor do cônjuge ou companheiro), que requer moradia. É também o caso, no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), dos arts. 9º, com regra similar à do Código Civil sobre usucapião especial de imóvel urbano, e 10 (usucapião especial coletivo de imóvel urbano), que requer moradia.

O requisito da moradia reduz, ainda que ligeiramente, a imprecisão distributiva da usucapião. É plausível que o possuidor que sabe não ser proprietário hesite em morar no local, porque a moradia tornará sua retirada mais custosa. Esse custo deve ser, no mais das vezes, superior à vantagem que a moradia oferece, de maneira que o possuidor de má-fé que mora é, geralmente, o que não tem para onde ir. Em relação à posse com título e boa-fé, o requisito da moradia serve, ainda, para reduzir a chance de aquisição por usucapião de quem seja proprietário de outro imóvel (muito embora essa chance persista no caso do art. 1242, parágrafo único, do Código Civil).

No que se refere ao requisito da produção, é importante definir, primeiramente, se ele diz respeito ao trabalho exclusivo do possuidor ou se também abarca a produção com trabalho alheio. Se a interpretação for a

segunda¹¹, a imprecisão distributiva da regra aumentará consideravelmente, considerando, como já observado, que a maior aptidão para explorar o bem pode decorrer do fato de o possuidor dispor de mais capital do que o proprietário. Esse problema agrava-se nos casos dos arts. 1228, § 4º, 1238, parágrafo único, e 1242, parágrafo único, que, diferentemente das demais regras citadas, não fazem, além da produção, outras exigências que inibam sua aplicação em favor de possuidores abastados.

Chega-se, então, aos casos em que as regras de usucapião são mais claramente desenhadas para favorecer possuidores pobres. Embora essas sejam as regras menos vulneráveis à objeção da imprecisão, há, como se verá, algumas ressalvas. Na usucapião especial de imóvel rural (art. 1239 do Código Civil), o possuidor favorecido é o da produção rural familiar, não apenas pelo limite de área do imóvel a usucapir (50 hectares), como também pela exigência concomitante de uso para moradia e produção “por seu trabalho ou de sua família”. Também só pode se valer da regra em questão o possuidor que não seja proprietário de imóvel, rural ou urbano.

A regra da usucapião especial urbana (art. 1240 do Código Civil) também só se aplica a usucapientes que não sejam proprietários de imóvel, e apenas por uma vez (art. 1240, § 2º)¹². Essa regra mostra-se ligeiramente menos precisa do que a anterior, por se contentar com a moradia e, portanto,

11 A segunda interpretação ganha força pelo fato de a redação do art. 1239 – “tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família” – não se repetir nos casos dos arts. 1228, § 4º, 1238, parágrafo único, e 1242, parágrafo único, nos quais estão, respectivamente, as expressões “nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços [...] de interesse social e econômico relevante”, “realizado obras ou serviços de caráter produtivo” e “realizado investimentos de interesse social e econômico”. Repare também que, diferentemente do que ocorre com a usucapião especial de imóvel rural do art. 1239, os dispositivos referidos não requerem produção e moradia cumulativamente.

12 Se o imóvel tiver sido adquirido a título oneroso, um argumento contra a precisão da regra do art. 1240 seria o de que o limite de 250 metros quadrados, embora exíguo quando se trate do parcelamento do solo urbano, não o é para os condomínios edilícios, em relação aos quais o mesmo artigo também se tem como aplicável (Enunciado nº 85 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal). A usucapião especial urbana poderia aproveitar, assim, a compradores de unidades em condomínios de luxo nas cidades brasileiras, contanto que não proprietários de algum outro imóvel. Ocorre, no entanto, que, se a aquisição é a título oneroso e o possuidor mora no imóvel, também passa a se aplicar o parágrafo único do art. 1242, que iguala o prazo da usucapião ordinária ao da especial.

poder ser aplicada, ocasionalmente, em favor de possuidores com renda mais alta, o que dificilmente é o caso de pequenos produtores rurais¹³.

A usucapião especial coletiva, do art. 10 do Estatuto da Cidade, restringe a possibilidade de usucapir à “população de baixa renda”. Essa regra ameniza um dos problemas da usucapião especial urbana (comum), que a jurisprudência entende inaplicável a lotes irregulares, o que, tendo em vista os limites ao fracionamento do solo urbano, é frequentemente o caso de imóveis possuídos pela população mais pobre. Devido à resistência da jurisprudência a admitir a usucapião individual em tais circunstâncias¹⁴, resta a alternativa da usucapião coletiva, desde que atendidos, evidentemente, os requisitos do referido art. 10.

Considere-se, por fim, a usucapião em favor do cônjuge ou companheiro do art. 1240A do Código Civil. Nela, também há a exigência de que o usucapiente não seja proprietário de imóvel e o mesmo limite de área da usucapião especial urbana (250 metros quadrados). O problema desse artigo é que, se esses são indícios da pobreza do usucapiente, também o são daquele (cônjuge ou companheiro) contra quem a usucapião dá-se. O caso desse dispositivo não é, portanto, definitivamente, dos que se consigam justificar como meio de distribuição da riqueza, o que não impede que haja outro

13 Para a precisão distributiva, é importante também o entendimento segundo o qual a regra da *accessio possessionis*, do art. 1243 do Código Civil, não se aplica aos casos de usucapião especial – vide, por exemplo, a Apelação Cível 1.0071.09.043937-4/001, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como também o Enunciado nº 317 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal –, salvo no caso de sucessão *causa mortis* (para o qual poderia quem sabe até dispensar-se o requisito do art. 9º, § 3º, do Estatuto da Cidade). A *accessio possessionis* incentivaria o comércio de imóveis aptos à aquisição por usucapião, aumentando o risco de que intermediários apropriem-se de parte do benefício que a usucapião confere.

14 Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento 1.407.458 e Recurso Especial 402.792, do Superior Tribunal de Justiça. Esse segundo julgamento trata de um caso particularmente interessante, em que a área mínima estipulada pela legislação municipal era de 250 metros quadrados. Salvo, portanto, na remota hipótese de o imóvel possuído ter exatamente essa área, a aplicação da regra da usucapião especial urbana para imóveis daquela localidade não é possível (exceção feita aos imóveis em edificações), porque então ou haverá o impedimento da lei municipal, ou o requisito de área máxima não será atendido. Duas decisões recentes, contudo, sugerem uma mudança de posição dos tribunais superiores sobre o assunto: Recurso Extraordinário 422.249, do Supremo Tribunal Federal, e Recurso Especial 1.040.296, do Superior Tribunal de Justiça.

parâmetro de justiça distributiva para defendê-lo. Retornar-se-á a esse ponto em seguida.

Do ponto de vista da precisão distributiva, um problema de algumas regras que procuram facilitar a aquisição por usucapião para os mais pobres é não assegurar que essa aquisição dê-se apenas em desfavor dos ricos. Nas usucapiões especiais rural e urbana, não há nada que impeça o imóvel de dimensões limitadas de ser o único e constituir parte significativa da riqueza do proprietário contra o qual a usucapião dá-se¹⁵. Para a usucapião do art. 1228, § 4º, do Código Civil e a usucapião especial coletiva, em contrapartida, não há o requisito de área máxima. Ao contrário, o imóvel a usucapir deve ter, respectivamente, área “extensa” e superior a 250 metros quadrados.

De modo geral, algo que enfraquece até mesmo a ideia de as regras de usucapião especial constituírem uma medida de distribuição precisa é o fato de a riqueza imobiliária ter perdido importância, sobretudo, no patrimônio dos super-ricos. Entre dois cidadãos A e B, com riqueza total de R\$ 1 e R\$ 100 milhões, respectivamente, é provável que ativos imobiliários correspondam a uma parcela consideravelmente maior do patrimônio do primeiro do que do segundo. Consequentemente, a chance de uma regra sobre usucapião imobiliária realizar distribuição à custa de B não seria consideravelmente maior do que de A ou não tão maior, pelo menos, do que a diferença entre o patrimônio de ambos¹⁶.

Um comentário final sobre a usucapião em favor do cônjuge ou companheiro (art. 1240A do Código Civil). Como observado, não há, em tal caso, razão para supor que o cônjuge ou companheiro contra o qual a usucapião dá-se seja significativamente mais rico do que o usucapiente. Se essa regra justifica-se em termos distributivos, é como uma regra de distribuição mais equânime dos benefícios e encargos domésticos, para a hipótese, pois,

15 É bem verdade que a hipótese é pouco provável, por se tratar de imóvel no qual o proprietário não mora ou trabalha.

16 Talvez o incentivo de B para o monitoramento dos imóveis que lhe pertencem seja, devido à riqueza, inferior ao de A. No entanto, se os custos não aumentam na mesma proporção do valor do bem, o monitoramento torna-se mais factível, em termos de custo-benefício, para imóveis mais caros.

em que a propriedade exclusiva do imóvel compense a pessoa abandonada por encargos adicionais que o abandono ocasiona¹⁷.

2.3 PROBLEMA DA SUBINCLUSÃO

Mesmo que as regras de usucapião fossem perfeitamente precisas do ponto de vista distributivo, isto é, que só transferissem direitos na direção desejada – por hipótese, de ricos para pobres –, elas ainda se sujeitariam à objeção de ser subinclusivas, isto é, de não beneficiar todos os pobres e não onerar todos os ricos, mas tão somente os que venham a usucapir (no primeiro caso) e aqueles aos quais pertencem os bens usucapidos (no segundo).

Para algumas regras, o problema da subinclusão é, em parte, resolvido pela contratação de seguro, que faz com que os ônus da distribuição sejam arcados por um maior número de pessoas (LOGUE; AVRAHAM, 2003). Se houvesse um seguro contra a usucapião, o custo com a perda da propriedade seria repartido entre os contratantes do seguro, em vez de suportado exclusivamente pelo proprietário. À falta de tal seguro, entretanto, o problema da subinclusão persiste.

O quão sério é o problema da inclusão, entretanto, é uma questão que depende do ponto de vista teórico que se toma. Se se quer saber se uma sociedade atende ou não a uma concepção de justiça que requer a dispersão da riqueza, então é preciso pensar nas regras de usucapião como parte das medidas, talvez, mas, certamente, não como as únicas medidas para impedir que a riqueza concentre-se nas mãos de poucos. Em tal caso, a pertinência da objeção sobre a subinclusão teria que ser avaliada tendo em consideração a totalidade das medidas atualmente empregadas, e não das regras de usucapião isoladamente. Alternativamente, poder-se-ia pensar nas regras de usucapião como meios de transição de um estado de injustiça (para uma sociedade, portanto, que já se sabe ser injusta) para um estado de coisas perfeitamente justo (ponto de vista da justiça transicional). A questão seria saber, então, se é lícito tomar uma medida que nos aproximará do estado perfeitamente justo,

17 Para uma interpretação do art. 1240A nessa linha, vide o Enunciado nº 499 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

sem, contudo, alcançá-lo. Se é certo, por um lado, que nem toda medida assim é moralmente aceitável – não se pode, por exemplo, matar os ricos sob o pretexto de melhorar a distribuição da riqueza –, é possível, por outro, que algumas medidas, apesar de parciais, o sejam e que a subinclusão por si só não constitua, pois, um argumento definitivo contra a distribuição¹⁸.

2.4 PROBLEMA DA INEFICIÊNCIA

O fato de a usucapião ser ineficiente pode ser um problema mesmo para quem não entende que a eficiência deve ser o único, ou sequer o principal, objetivo das regras jurídicas. É suficiente admitir que a eficiência tem alguma importância para que, todo o restante sendo igual, se tenha de preferir um meio de distribuição mais eficiente a um menos. Do ponto de vista da concepção de justiça de Rawls (1999), tal será o caso se o princípio da diferença for entendido como princípio de maximização das expectativas dos cidadãos em pior situação e a eficiência estiver relacionada à disponibilidade dos bens primários cuja distribuição é governada por esse princípio.

Regras mais eficientes são, *ceteris paribus*, preferíveis, porque elevam as expectativas dos cidadãos acerca de bens primários, inclusive, dos cidadãos em pior situação. Considerando, ainda, a tese de Piketty (2013) sobre a causa da desigualdade em longo prazo, a diferença entre a taxa de retorno do capital (r) e a taxa de crescimento (g), a análise sobre o potencial igualitário da legislação também deve ter em conta a eficiência – à medida, ao menos, que eficiência e crescimento estejam correlacionados (HSU, 2014). Uma mudança legal que cause redução da taxa de retorno do capital e do crescimento na mesma proporção não alterará os termos da equação $r > g$ e, conseqüentemente, não surtirá, segundo Piketty (2013), efeito algum sobre a desigualdade.

Veja-se, então, que razões há para considerar a usucapião ineficiente. Elas podem ser separadas em quatro itens: a) incentivo ao esbulho; b)

18 O tema da justiça em circunstâncias não ideais tem sido com frequência tratado na literatura. Para um panorama, vide, por exemplo, Swift (2008) e Valentini (2012).

custos de monitoramento; c) desincentivo ao investimento em imóveis; d) custos judiciais¹⁹.

Ao tornar possível a aquisição da propriedade mediante a posse, a usucapião eleva o *payoff* do esbulho, inclusive involuntário. A dúvida sobre a propriedade chama atenção para o risco de litígio e induz a tomar medidas para evitá-lo. A usucapião, ao contrário, convida a atuar mais des-cuidadamente, pois diminui a diferença entre os *payoffs* de quem pratica atos de posse em bem seu e alheio (FENNELL, 2006)²⁰. Voluntário ou não, o esbulho pode não ser, em si mesmo, eficiente. Mesmo nas hipóteses em que a usucapião requer moradia ou produção (ou ambas), a ocupação pelo possuidor não é, necessariamente, eficiente, uma vez que a reserva do bem para uso futuro pode ser preferível, socialmente falando, ao uso imediato²¹.

A usucapião leva o proprietário a incorrer em mais custos com monitoramento (NETTER; HERSCH; MANSON, 1986), tanto direta, por sujeitá-lo à perda da propriedade, quanto indiretamente, por aumentar o risco de esbulho. Admitindo, ainda, que certos danos do esbulho não são ressarcíveis (devido, por exemplo, à insolvência do esbulhante), o aumento da probabilidade de ser esbulhado estimula o proprietário a incrementar o monitoramento, a fim de evitar também esses danos, e não apenas a perda da propriedade.

A usucapião não tem a mesma importância para todo e qualquer bem. Embora a legislação brasileira admita a usucapião para bens móveis

19 O texto limita-se às causas de ineficiência que se consideram mais importantes. Para análises mais detalhadas, vide Merrill (1985), Netter, Hersch e Manson (1986), Miceli e Sirmans (1995), Stake (2001) e Fennell (2006). Um argumento geral acerca da ineficiência de qualquer regra distributiva cujo alvo seja os ricos é que elas reduzem o incentivo ao trabalho. Uma vez que o desincentivo ao trabalho soma-se à ineficiência que lhes é peculiar, regras de usucapião distributivas causam a famosa “dupla distorção” a que Kaplow e Shavell (1994) referem-se.

20 Uma ressalva é que, ocasionalmente, o uso em curto prazo pode ter mais valor para o potencial possuidor do que a aquisição da propriedade. Como a falta de uma regra de usucapião retarda a ação do proprietário, o *payoff* do esbulho poderia aumentar nesse caso. Há, no entanto, outros incentivos à resposta rápida do proprietário, como o da regra do ano e dia para o rito especial das ações possessórias (art. 924 do Código de Processo Civil em vigor e art. 558 do novo Código de Processo Civil).

21 Uma regra de usucapião que tem a produção como requisito assemelha-se a uma regra de atribuição da propriedade ao primeiro produtor. Essas regras ocasionam desperdício ao privilegiar o uso atual, não necessariamente mais valioso, em detrimento do uso futuro.

e imóveis, seu risco para os primeiros é, em geral, menos importante, visto que são poucos os bens móveis que conservam sua utilidade para além do prazo aquisitivo (ainda mais à falta de título e boa-fé, quando esse prazo, de acordo com o art. 1261 do Código Civil, é de cinco anos). A chance de um bem móvel ser adquirido por usucapião diminui, também, pelo fato de o art. 1208 do Código Civil não reconhecer posse enquanto houver clandestinidade, bem como devido à inadmissibilidade da usucapião de bens incorpóreos, como a propriedade intelectual. Casos de usucapião de bem móvel são, portanto, mais raros, o que justifica limitar a atenção aos efeitos da usucapião sobre o investimento em bens imóveis. Há, porém, um problema. Embora a área de terra total disponível não seja, evidentemente, variável, o risco da usucapião e a necessidade de incorrer em custos de monitoramento que dele decorrem desincentivam o investimento em melhorias e, em particular, na construção, reduzindo, conseqüentemente, a quantidade disponível de imóveis em área construída.

Há, por fim, a questão dos custos judiciais (STAKE, 2001). Embora a decisão judicial nas ações de usucapião tenha efeito meramente declaratório quanto à aquisição da propriedade, o direito brasileiro não permite alteração registral sem a sentença.²² Custos judiciais também podem se elevar como efeito indireto das regras sobre usucapião, caso elas tornem as situações de esbulho mais frequentes²³.

Apesar dos custos, não deixa de haver razões para defender a usucapião no que se refere à eficiência. Essas razões relacionam-se a: a) alocação eficiente do bem; b) incentivo ao investimento pelo possuidor; c) redução da incerteza quanto à propriedade.

A eficiência pede que, entre o proprietário A e o possuidor B, o bem seja alocado àquele para quem o valor do bem ou preço de reserva (o preço

22 O art. 1071 do novo Código de Processo Civil modifica a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), admitindo a usucapião extrajudicial, mas apenas nos casos em que não haja impugnação ao pedido feito pelo possuidor ao oficial do Registro de Imóveis.

23 Como observado em nota anterior, se o uso em curto prazo for mais valioso para o potencial possuidor do que a aquisição da propriedade, a falta de uma regra de usucapião poderá aumentar a probabilidade do esbulho, daí decorreria um aumento de custos judiciais, não apenas pelo aumento das ações de reintegração de posse, mas também porque, com a demora do proprietário, a tendência é que essas ações fiquem mais complicadas.

máximo que estaria disposto a pagar ou o mínimo que aceitaria para vender) seja maior. Uma solução para uma alocação eficiente é, portanto, permitir que as partes transacionem (COASE, 1960). Se A e B estiverem aptos a chegar a um acordo e o valor do bem for maior para o segundo, será provável que o bem mude das mãos de A para as de B. Ocasionalmente, entretanto, os custos para que A e B contratem podem ser demasiadamente altos. Em tais circunstâncias, a atribuição legal da titularidade do bem a B poderia fazer as vezes da transação que não ocorreu.

Para um argumento em favor da eficiência da usucapião, entretanto, isso levanta duas questões. Primeiro, que custos de transação podem impedir a transação entre A e B e, conseqüentemente, fazer com que uma alocação eficiente dependa do modo como a propriedade é legalmente atribuída? Segundo, em que circunstâncias seria de presumir que o bem tem mais valor para o possuidor B do que para o proprietário A? O fato de a transação entre A e B não ser possível é insuficiente, por si só, para presumir que o valor do bem seja maior para B do que para A.

Quanto à primeira pergunta, os custos de transação poderão ser altos se for difícil para B saber quem é A ou descobrir seu paradeiro, algo não improvável em se tratando de imóvel no qual o dono não costuma estar presente. A e B também podem estar em uma situação de monopólio bilateral – caso o bem tenha características difíceis de encontrar e que o tornem mais interessante para B do que para a maioria das pessoas. Em casos de monopólio bilateral, os custos de transação aumentam porque a informação sobre o valor do bem para cada uma das partes é, geralmente, privada (isto é, desconhecida pela outra). A tendência, então, é que as tratativas sejam mais demoradas, com cada parte tentando obter para si uma parcela maior do excedente contratual²⁴.

24 Excedente contratual é a diferença entre os preços de reserva das duas partes. Se o mínimo pelo qual o dono A aceita vender o bem é R\$ 1.000,00 e o máximo que B aceita pagar por ele é R\$ 1.200,00, o excedente é de R\$ 200,00. Uma particularidade dos casos de monopólio bilateral é que as partes costumemente não conhecem o preço de reserva uma da outra. Essa incerteza pode fazer com que as partes empenhem-se mais para obter para si uma parcela maior do excedente, prolongando as negociações.

Em relação à segunda pergunta, deve-se começar ressaltando que a mera posse é insuficiente para presumir que o bem tem mais valor para B do que para A. A pode atribuir alto valor ao bem, mas preferir reservá-lo para uso futuro²⁵.

Uma hipótese na qual ganha força a suposição de que o bem tem mais valor para o possuidor B do que para o proprietário A é aquela em que B dispõe de mais capital do que A, uma constatação infeliz para quem espera da usucapião um efeito ao mesmo tempo distributivamente desejável e não contrário à eficiência. Se, devido ao capital, B for capaz de explorar o bem de modo socialmente mais útil do que A, a transferência da propriedade de A para B será eficiente, ainda que distributivamente perversa²⁶.

Outro argumento para presumir que o valor do bem seja maior para B do que para A é o do efeito da dotação (*endowment effect*) (STAKE, 2001). Efeito da dotação é o acréscimo de valor que um bem tem para certa pessoa pelo fato de lhe pertencer ou a diferença entre o preço de reserva quando se está na posição de “vendedor” e “comprador”. A ideia é que, depois de certo tempo, o possuidor passaria a ver o bem como seu, desenvolvendo em relação a ele a aversão à perda da qual o efeito da dotação decorre²⁷.

Também é preciso considerar, por fim, a hipótese em que a venda do bem de A para B é impedida pelo fato de o preço de reserva de B ser inferior ao de A. Em tal hipótese, a transferência da propriedade de A para B não seria eficiente alocativamente falando, entendendo como alocação eficiente aquela em favor da pessoa cujo preço de reserva é maior. De um ponto de vista utilitarista, entretanto, pode-se justificar a atribuição da propriedade

25 Como já observado, tampouco é válido presumir que, socialmente falando, o uso que B dá ao bem atualmente seja preferível ao pretendido por A no futuro. Uma razão para reputar a usucapião desajustada aos tempos presentes tem a ver, justamente, com a iminência de esgotamento de certos recursos naturais, a qual tornaria a conservação frequentemente mais valiosa do que o uso imediato (STAKE, 2001).

26 Poder-se-ia perguntar, contudo: por que, tendo em vista a superior capacidade de B para a exploração do bem, não lhe atribuir a propriedade independentemente do tempo de posse? O requisito da posse justifica-se quando não se tem informação acurada sobre a capacidade de exploração de B. A posse é um sinal de tal capacidade, porque requer de B certa disposição a investir apesar do risco de que o investimento perca-se caso o prazo para aquisição não se complete (FENNELL, 2006).

27 Note que o argumento do efeito da dotação só é válido se a aversão à perda do bem for maior para o possuidor do que para o proprietário.

a B se a utilidade que o bem lhe proporciona é maior do que a que proporciona a A, o que levaria a presumir que B só não está disposto a pagar pelo bem o suficiente para que A o venda porque é mais pobre²⁸. Convém, contudo, observar que o argumento utilitarista em favor da transferência da propriedade tem mais força quando o bem é destinado ao consumo. Em relação a bens usados para a produção, a tendência é que a realocação do bem de A para B tenha repercussão sobre terceiros, os quais também teriam de ser considerados no cálculo utilitarista.

Passe-se, agora, a outro argumento sobre a eficiência da usucapião, o que se refere ao investimento do possuidor. Como observado há pouco, esse investimento pode ou não ser socialmente desejável, uma vez que a reserva para uso futuro é, por vezes, preferível, do ponto de vista da maximização do valor social, ao uso imediato. Quando o investimento do possuidor não é socialmente desejável, a usucapião tem a vantagem de incentivar o proprietário a tomar mais rapidamente as medidas necessárias para reaver a posse. Na hipótese contrária, isto é, em que o investimento feito pelo possuidor é socialmente desejável, a usucapião tem em seu favor o fato de incentivar esse investimento a tornar possível a aquisição da propriedade ao fim de certo prazo. Tendo em vista que parte, ao menos, do investimento do possuidor é específica²⁹, a usucapião também evita que o proprietário tenha o comportamento estratégico de aguardar que esse investimento realize-se, para, então, apropriar-se dos seus resultados (MERRILL, 1985; MICELI; SIRMANS, 1995)³⁰.

28 Como Fennell (2006) observa, o fato de ter conscientemente assumido o risco do esbulho é um sinal de que o bem tem um valor não desprezível para o possuidor.

29 Investimento específico é o que não pode ser aproveitado em outro bem ou na relação com outra pessoa. No caso, investimento específico do possuidor é o que não pode ser aproveitado em outro bem que não aquele de cuja posse se trata. Para o possuidor, esse investimento perde-se, portanto, caso o proprietário recupere o bem.

30 Merrill (1985) chama atenção para o fato de que o argumento da proteção ao investimento não explica por que a propriedade é atribuída ao possuidor apenas depois de certo lapso de tempo e não imediatamente após a realização do investimento. Nos casos de esbulho não intencional, Miceli e Sirmans (1995) argumentam que o prazo (e o risco de que, antes do seu transcurso, o dono do bem aproprie-se dos resultados do investimento feito) é um incentivo a que o esbulho seja evitado.

A usucapião tem em seu favor, por fim, o fato de repelir pleitos baseados em fatos ocorridos há um tempo superior ao prazo aquisitivo, podendo reduzir, desse modo, a incerteza quanto à propriedade (NETTER; HERSCH; MANSON, 1986)³¹. A certeza reduz custos de transação e também é benéfica, à medida que potenciais compradores sejam avessos ao risco de evicção.

3 APERFEIÇOANDO A USUCAPÍÃO COMO MEIO DISTRIBUTIVO

Anteriormente, viu-se que a usucapião é suspeita de causar certa ineficiência, além de se mostrar (tal como previsto atualmente pelo direito brasileiro) um meio em alguma medida impreciso e subinclusivo de distribuir. Nesta seção, serão considerados alguns possíveis aperfeiçoamentos. Reformas na legislação serão provavelmente bem-vindas se conseguirem corrigir alguns dos defeitos das regras atuais sob o ponto de vista distributivo, sem causar, ao mesmo tempo, considerável ineficiência adicional. A análise está separada em quatro itens: a) diferença entre produção e consumo; b) área máxima do imóvel para a usucapião especial urbana; c) facilitação da usucapião coletiva; d) riqueza do proprietário.

Do ponto de vista utilitarista, há uma diferença importante, como observado, entre imóveis destinados à produção e ao consumo. Em ambos os casos, o efeito da usucapião (ainda mais notadamente quando requer produção ou moradia) é incentivar o uso atual, em detrimento da reserva para uso futuro. Para bens destinados à produção, no entanto, esse efeito é presumivelmente mais perverso, visto que a exploração subótima tem consequências certas e, muito provavelmente, mais sérias para o restante da sociedade. Se a usucapião tiver, pois, que ser facilitada a fim de servir mais adequadamente

31 Stake (2001) comenta que, embora impeça a propriedade de ser contestada com base em fatos remotos, a usucapião não necessariamente reduz a incerteza, visto que possibilita uma divergência entre propriedade e registro. Em geral, no entanto, não é difícil verificar se há posse contrária ao registro, o que torna a incerteza pouco grave.

como meio distributivo, haverá uma razão para preferir facilitá-la em relação a bens que não se destinem à produção, como os imóveis de moradia³².

Tendo em vista o afirmado, uma alteração capaz de aumentar o potencial distributivo da usucapião sem perda considerável de eficiência seria o aumento da área máxima para a usucapião especial urbana (art. 183 da Constituição e art. 1240 do Código Civil)³³. O limite atual é exíguo para imóveis que não pertencem a condomínios edilícios, ainda mais tendo em vista as restrições legais ao parcelamento do solo urbano e a posição da jurisprudência quanto à impossibilidade de usucapir imóvel em desacordo com tais restrições. A preocupação com que o possuidor “enriqueça da noite para o dia” não deve ser um entrave, uma vez que, quanto mais alto o valor do imóvel, maior é a probabilidade de que o proprietário tome medidas para evitar a usucapião³⁴. Aparentemente, o aumento proposto não tornaria a regra menos precisa, uma vez que os requisitos mais importantes para diminuir a chance de que o adquirente seja rico são outros – a saber, uso do imóvel para moradia, não ser proprietário de outro imóvel e não ter adquirido imóvel anteriormente com base na mesma regra. Contando, ainda, com a tendência de a riqueza do proprietário aumentar com o aumento da extensão do imóvel, conclui-se que a permissão à usucapião especial para imóveis com área superior aos atuais 250 metros quadrados seria um avanço no que se refere à precisão³⁵.

32 Em relação a imóveis rurais com potencial produtivo, é evidente que nem sempre a ociosidade atende ao interesse de maximizar o valor social da produção em longo prazo, de modo que o incentivo à posse produtiva decorrente da regra da usucapião especial dos arts. 191 da Constituição e 1239 do Código Civil pode ser socialmente benéfico. O problema da usucapião é incentivar a produção independentemente do interesse social na exploração ótima do bem.

33 O aumento da área também é defensável para a usucapião especial rural, mas, tendo em vista as ressalvas feitas, talvez devesse se limitar aos casos de imóveis rurais com baixo potencial produtivo e destinados eminentemente à moradia.

34 Daí se conclui que o aumento da área do imóvel urbano “usucapível” é superior à alternativa de permitir a usucapião quando a posse é sobre área maior de 250 metros quadrados, mas limitar a propriedade adquirida a essa metragem é algo que, aliás, a jurisprudência não tolera (vide, por exemplo, Apelação Cível 70022228894, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como também o Enunciado nº 313 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal).

35 A redução da área-limite para a usucapião especial urbana no Código Civil ou no Estatuto da Cidade provavelmente suscitaria contra si o argumento de violar o art. 183

É pouco provável, por outro lado, que a ampliação da área traga consigo custos adicionais significativos afora os decorrentes do aumento do número de ações judiciais. Imóveis de área superior ao limite atual já estão sujeitos à usucapião, de maneira que uma mudança na regra da usucapião especial urbana teria como consequência apenas a diminuição do prazo aquisitivo, que atualmente é de 15 ou dez anos (art. 1238 do Código Civil). Um prazo menor incentiva o proprietário a exercer vigilância com mais frequência e leva a um aumento dos custos com monitoramento, mas não induz o monitoramento onde ele antes não era necessário³⁶. Tal aumento de custos é um preço que se pode querer pagar não apenas pelos benefícios distributivos da alteração defendida, mas também pelos seus presumíveis efeitos quanto à alocação eficiente do bem e à utilidade. É bem possível que o valor do imóvel seja ligeiramente superior para o possuidor do que para o proprietário,³⁷ não apenas devido a um eventual efeito de dotação, mas também pelas vantagens que a moradia continuada oferece. A diferença de riqueza entre o possuidor e o proprietário dá, ainda, uma razão utilitarista no tocante à realocação do bem em favor daquele quando os efeitos sobre terceiros são negligenciáveis, como é, alegavelmente, o caso em se tratando de imóvel para moradia.

Qual deveria ser, então, o novo limite de área para a usucapião especial urbana? A ampliação da área máxima poderia ser feita de maneira gradual, reduzindo os riscos de efeitos negativos imprevistos³⁸. De imediato,

da Constituição. A disposição constitucional poderia, contudo, ser entendida como garantia mínima, que não impede a legislação infraconstitucional de estipular condições especiais de usucapião para outros casos, tal como já ocorre, aliás, com a usucapião especial coletiva, a usucapião em favor do cônjuge ou companheiro e a do art. 1228, § 4º, do Código Civil.

36 Repare que imóveis com área superior a 250 metros quadrados já podem ser usucapidos em cinco anos nas hipóteses de posse coletiva dos arts. 1228, § 4º, do Código Civil e 10 do Estatuto da Cidade. A redução do prazo aquisitivo da usucapião especial urbana poderia aumentar, não obstante, custos de monitoramento, tendo em vista que a posse de uma família é mais provável de ocorrer ou difícil de detectar do que a de várias.

37 Se o possuidor é pobre, uma parte considerável da diferença entre o preço máximo que pagaria pelo bem e o mínimo que aceitaria para se desfazer dele é provavelmente um “efeito da riqueza”, isto é, tem a ver com o aumento patrimonial decorrente da atribuição da propriedade. Por isso, é plausível afirmar que, embora a compra do imóvel antes da posse não se mostrasse factível, a alocação do bem em favor do possuidor é eficiente.

38 A desvantagem de uma ampliação gradual consiste nos custos com a mudança legislativa, os quais seriam ainda maiores se prevalecesse o entendimento de que a ampliação da

o aumento poderia, então, ser pequeno, dos atuais 250 para 400 metros quadrados, pouco mais ou pouco menos.

Passe-se, agora, à usucapião coletiva. Considerando as observações anteriores quanto à conveniência de diferenciar bens destinados à produção e ao consumo, medidas para facilitar a usucapião coletiva são mais facilmente defensáveis no caso da usucapião do art. 10 do Estatuto da Cidade, que requer posse para moradia, do que no do art. 1228, § 4º, do Código Civil, que incentiva o uso para produção. Uma dificuldade atualmente enfrentada para a usucapião coletiva tem a ver com o requisito da impossibilidade de verificar o lote de cada possuidor³⁹. A presumível razão de ser de tal requisito é que, sendo possível a verificação do lote, a ação deve ser a da usucapião especial urbana individual, sujeita aos requisitos dos arts. 183 da Constituição e 1240 do Código Civil. Ocorre, porém, que, devido às dimensões do lote, a usucapião individual nem sempre é admissível, o que leva a indagar se o requisito em questão não deveria ser dispensado.

É claro que, como consequência, alguns possuidores usucapiriam sem ter o tempo de posse requerido para a usucapião individual. Isso tem pouca importância, contudo, considerando que o tempo mínimo da posse coletiva continua sendo de cinco anos, de modo que a não exigência do prazo para alguns possuidores não deve ter maior impacto sobre os custos de monitoramento⁴⁰. O sentido distributivo da regra seria, além disso, preservado pelos requisitos de baixa renda e de não ser proprietário de outro imóvel,

área-limite do imóvel depende de uma alteração do art. 183 da Constituição.

39 Vide, por exemplo, Apelação Cível 0722160-9, do Tribunal de Justiça do Paraná, e Apelação 275264-9, do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

40 Somada à falta do requisito de que o possuidor não tenha adquirido imóvel por usucapião antes e, principalmente, à regra de *accessio possessionis* do art. 10, § 1º, do Estatuto da Cidade, a não exigência de tempo de posse individual de cinco anos ensejaria a comercialização dos lotes, pondo em risco a eficácia distributiva da regra. Uma solução para esse problema consistiria em tornar a usucapião especial coletiva inaplicável a possuidores que tenham adquirido seus lotes onerosamente. Outra seria exigir tempo de posse individual (não necessariamente de cinco anos), o que teria, contudo, o inconveniente de tornar conflitantes os interesses de possuidores com diferentes tempos de posse, dificultando a proposição da ação pela associação de moradores.

que seguem se aplicando a todos os possuidores. Facilitar a usucapião coletiva tem, por fim, a vantagem de reduzir custos judiciais⁴¹.

Uma última questão a examinar é se regras de usucapião deveriam ser mais sensíveis à riqueza do proprietário. Por exemplo, a ampliação da área-limite para a usucapião especial urbana, anteriormente defendida, poderia se restringir aos casos em que o proprietário dispõe de patrimônio acima de determinado valor (descontado o valor do imóvel usucapido). Há, contudo, algumas razões para que mudanças nesse sentido não se façam. A primeira é que elas não são indispensáveis para que a usucapião já apresente certa precisão distributiva. Segundo, não obstante pudessem trazer alguma melhora quanto à precisão, regras sobre a riqueza do proprietário complicariam as ações de usucapião, elevando os custos judiciais.

4 CONCLUSÃO

Em circunstâncias nas quais o objetivo de evitar a concentração da riqueza não seja alcançável com a tributação apenas, outros meios de distribuição, como regras de direito civil, podem ser cogitados. Neste trabalho, tratou-se da legislação brasileira vigente sobre a usucapião, procurando definir, primeiramente, em que medida ela sofre de problemas usualmente relacionados a regras legais distributivas, a saber, os problemas da ineficácia, da imprecisão, da subinclusão e da ineficiência. Diferentemente do que por vezes acontece, entretanto, esses problemas foram aqui considerados com o objetivo de chamar atenção para limites e sugerir aperfeiçoamentos, e não como argumento para que se abra mão, em definitivo, das regras de direito civil como meio distributivo. A convicção de que o direito civil não deve ter qualquer papel na busca por uma distribuição justa, popularizada academicamente com o argumento de Kaplow e Shavell (1994) sobre a “dupla distorção”, depende da premissa de que toda distribuição desejada seja realizável mediante a tributação. Nos casos em que essa premissa mostra-se

41 Quando os requisitos da usucapião coletiva não são atendidos, tem-se admitido o litisconsórcio entre possuidores moradores de uma mesma área para exame conjunto das demandas de usucapião individuais. Vide, por exemplo, Agravo de Instrumento 0172716-19.2012.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

falsa, meios legais imperfeitos de distribuição, como a usucapião, não devem ser ignorados.

O artigo fez também algumas propostas de mudança da legislação, cujo objetivo consistiria, em geral, em aumentar o potencial da usucapião como meio distributivo, sem, ao mesmo tempo, agravar consideravelmente o problema da ineficiência. Tendo em vista, assim, o fato de haver menos razões de eficiência (e utilitárias) contra a usucapião do imóvel usado pelo possuidor para moradia sua e da sua família (quando comparada à usucapião de imóveis usados para a produção), defenderam-se a ampliação da área-limite (hoje de 250 metros quadrados) para a usucapião especial urbana e a dispensa do requisito da indistinguibilidade do lote para a usucapião especial urbana coletiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agravo de Instrumento 0172716-19.2012.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo: TJ-SP - AI: 01727161920128260000 SP 0172716-19.2012.8.26.0000, Relator: Rui Cascaldi, Data de Julgamento: 05/02/2013, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: **DJe 07/02/2013**.

_____. Agravo de Instrumento 1.407.458: STJ - AgRg nos EDcl no Ag: 1407458 RJ 2011/0051240-8, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 07/05/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: **DJe 14/05/2013**.

_____. Apelação 275264-9, do Tribunal de Justiça de Pernambuco: Apelação nº. 275264-9, Relator: Des. José Fernandes de Lemos, Órgão de julgamento: 5ª Câmara Cível, Data de julgamento: 04/09/2013, Data da publicação: **DJe 13/09/2013**.

_____. Apelação Cível 0722160-9, do Tribunal de Justiça do Paraná: TJ-PR - AC: 7221609 PR 0722160-9, Relator: Mário Helton Jorge, Data

de Julgamento: 13/04/2011, 17ª Câmara Cível, Data de Publicação: **DJ: 620.**

_____. Código Civil de 2002. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** institui o código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

_____. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001:** regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. Novo Código de Processo Civil de 2015. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015:** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

_____. Recurso Especial 402.792, do Superior Tribunal de Justiça: (STJ - REsp: 402792 SP 2002/0001317-5, Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 26/10/2004, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20041206<br --> DJ 06/12/2004 p. 316
RSTJ vol. 185 p. 430)

_____. Registros públicos. **Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973:** dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm>. Acesso em: 12 abr. 2016.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, oct. 1960.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.

DAGAN, Tsilly. **Pay as you wish:** the global market for tax & legal rules. 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2506051>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

FENNELL, Lee Anne. Efficient trespass: the case for ‘bad faith’ adverse possession. **Northwestern University Law Review**, v. 100, p. 1037-1096, 2006.

HSU, Shi-Lung. **The rise and rise of the one percent**: getting to Thomas Piketty’s wealth dystopia. 2014. Disponível em: <http://works.bepress.com/shi_ling_hsu/27/>. Acesso em: 4 ago. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ALTOS ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO. Enunciado n. 499. **V Jornada de Direito Civil, realizada entre os dias 8 e 10 de novembro de 2011, no CJF**. 2011. Disponível em: <<http://www.altosestudios.com.br/?p=49033>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

JOLLS, Christine. Behavioral economic analysis of redistributive legal rules. **Vanderbilt Law Review**, v. 51, p. 1653-1677, 1998.

KERR, Gavin. “Predistribution”, property-owning democracy and land value taxation. **Politics, Philosophy & Economics**, 2015.

KLAPOW, Louis; SHAVELL, Steven. Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income. **Journal of Legal Studies**, v. 23, p. 667-681, 1994.

LOGUE, Kyle; AVRAHAM, Ronen. Redistributing optimally: of tax rules, legal rules, and insurance. **Tax Law Review**, v. 56, p. 157-258, 2003.

MCADAMS, Richard H.; FENNELL, Lee Anne. The distributive deficit in law and economics. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, n. 713, 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2544519>. Acesso em: 21 maio 2015.

MERRILL, Thomas W. Property rules, liability rules, and adverse possession. **Northwestern University Law Review**, v. 79, p. 1122-1154, 1985.

MICELI, Thomas J.; SIRMANS, C. F. An economic theory of adverse possession. **International Review of Law and Economics**, v. 15, p. 161-173, 1995.

NETTER, Jeffrey M.; HERSCH, Philip L.; MANSON, William D. An economic analysis of adverse possession statutes. **International Review of Law and Economics**, v. 6, p. 217-227, 1986.

O'NEILL, Martin; WILLIAMSON, Thad. The promise of predistribution. **Policy Network**, 28 set. 2012. Disponível em: <http://www.policy-network.net/pno_detail.aspx?ID=4262&title=The-Promise-of-Pre-distribution>. Acesso em: 20 mar. 2015.

PIKETTY, Thomas. **Le capital au XXI siècle**. Paris: Seuil, 2013.

RAWLS, John. **A theory of justice**. 2. ed. Cambridge: Belknap, 1999.

_____. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Belknap, 2001.

SANCHIRICO, Chris William. Deconstructing the new efficiency rationale. **Cornell Law Review**, v. 86, p. 1003-1089, 2001.

STAKE, Jeffrey Evans. The uneasy case for adverse possession. **Georgetown Law Journal**, v. 89, p. 2419-2474, 2001.

SWIFT, Adam. The value of philosophy in nonideal circumstances. **Social Theory and Practice**, v. 34, p. 363-387, 2008.

VALENTINI, Laura. Ideal vs. non-ideal theory: a conceptual map. **Philosophy Compass**, v. 7, p. 654-664, 2012.

WILLIAMSON, Thad. Realizing property-owning democracy: a 20-year strategy to create an egalitarian distribution of assets in the United States. In: O'NEILL, Martin; WILLIAMSON, Thad (Org.). **Property-owning democracy: Rawls and beyond**. Malden: Blackwell, 2012.

ZANITELLI, Leandro Martins. **Democracia de cidadãos proprietários e regras jurídicas do mercado**. 2015. (Artigo inédito, em arquivo com o autor).

Correspondência | Correspondence:

Leandro Martins Zanitelli

Av. João Pinheiro, 100, Centro, CEP 30.130-180, Belo Horizonte, MG,
Brasil.

Fone: (31) 3409-8600.

Email: leandrozanitelli@gmail.com

Recebido: 04/08/2015.

Aprovado: 25/09/2015.

Nota referencial:

ZANITELLI, Leandro Martins. Usucapião e distribuição: breve análise da legislação brasileira. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, p. 193-219, jan./abr. 2016. Quadrimestral.