

A FUNÇÃO EXPRESSIVA DO DIREITO E AS MENSAGENS PASSADAS PELO DIREITO DAS SUCESSÕES NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

THE EXPRESSIVE FUNCTION OF LAW AND THE MESSAGES EXPRESSED BY INHERITANCE LAW IN THE BRAZILIAN 2002 CIVIL CODE

Raphael Rego Borges Ribeiro ^A
 <https://orcid.org/0000-0002-1253-3205>

^A Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia, com período de Doutorado-Sanduiche na University of Ottawa. Professor de Direito Civil da Universidade Federal do Oeste da Bahia.

Correspondência: raphaelregobr@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2026.76855>

Artigo submetido em 07/06/2023 e aceito para publicação em
24/02/2026

Resumo: Neste artigo, estudou-se a função expressiva do Direito e a sua aplicação ao Direito das Sucessões brasileiro atual. Partiu-se do problema: quais as mensagens sociais passadas pelas regras sucessórias do Código Civil de 2002? Revisou-se a literatura especializada e, com base nas premissas obtidas, foi utilizado o método dedutivo. Tomou-se como marco teórico a abordagem de Cass Sunstein à função expressiva do Direito. Conclui-se que: (a) o modelo heteronormativo de sucessão intestada comunica tanto a inclusão quanto a exclusão de algumas estruturas de família; (b) que há um prestígio excessivo à liberdade de testar que influencia os debates a este respeito, bem como estimula tentativas de fraude à sucessão forçada; (c) que há uma insuficiência na regulamentação do comportamento dos potenciais sucessores, existindo hoje uma mensagem social de que o *status familiae* em abstrato prevalece sobre situações concretas de vínculos de afeto e dependência.

Palavras-chave: Direito das Sucessões; Sucessão Intestada; Herança; Testamento; Função Expressiva do Direito.

Abstract: In this paper, it was studied the expressive function of Law and its application to current Brazilian Inheritance Law. The goal was figuring out what social messages are expressed by inheritance rules in the 2002 Civil Code. The literature was reviewed and, based on the obtained theoretical premises, it was used the deductive method. It was adopted as theoretical framework Cass Sunstein's approach to the expressive function of Law. It was seen that the heteronormative model of intestate succession communicates both inclusion and exclusion of certain family structures. It was noticed that there is an excessive prestige of freedom of testation, which impacts the debates regarding this matter, as well as stimulates attempts of fraud to forced succession. It was also identified an insufficiency in the regulation of potential heirs' behavior, for there currently is a social message in the

sense that abstract *status familiae* prevails upon concrete situations of existing (or nonexistent) affection and dependency bonds.

Keywords: Law of Succession; Intestate Succession; Inheritance; Will; Expressive Function of Law.

1. INTRODUÇÃO

O Direito não atua em um vácuo; o ordenamento jurídico está inserido em um contexto de compreensões ou expectativas compartilhadas por determinado grupo em um tempo e espaço particulares. O Direito não apenas é influenciado por esse contexto, mas também o mantém, conforma e modifica. A partir dessas premissas, os teóricos da função expressiva do Direito vêm se debruçando sobre os modos pelos quais o ordenamento jurídico regula os comportamentos humanos não usando sanções, mas passando certas mensagens e, assim, influenciando aquilo que as pessoas pensam. À luz da função expressiva, a presente investigação tem como problema de pesquisa: quais as mensagens passadas pelo Direito das Sucessões positivado no Código Civil brasileiro de 2002?

Para responder à questão orientadora, o presente trabalho em primeiro lugar terá como objetivo, em primeiro lugar, descrever as noções de significados sociais, normas sociais e construção social. Em segundo lugar, observar as principais correntes que vêm explorando a teoria da função expressiva do Direito. Na sequência, identificar a aplicação dessa teoria em diversos campos do ordenamento jurídico, com especial destaque para o Direito das Sucessões. Por fim, também será objetivo desta pesquisa deduzir as mensagens passadas pelo Livro V da Parte Especial do Código Civil de 2002, bem como o modo como o direito sucessório codificado influencia a compreensão social a respeito de certos comportamentos e de certos modelos de família.

O marco teórico da investigação será justamente a teoria da função expressiva do Direito, em especial a vertente desenvolvida por Cass Sunstein. Embora haja outras abordagens, a de Sunstein se trata da mais robusta e elegante, além de ter servido de base para o desenvolvimento de inúmeras pesquisas feitas por outros autores. Para além de uma visão descritiva, ele propôs o efetivo uso da referida função para que o Estado, por meio do ordenamento jurídico, estimule

comportamentos socialmente desejáveis, ou seja, efetivamente participe do processo de construção social. A partir dessas premissas, neste trabalho, será utilizado o método dedutivo com a observação das regras sucessórias codificadas. Não se adotará aqui uma abordagem totalizante, qual seja, que busque respostas prontas e definitivas; pelo contrário, será usada uma postura problematizante, suscitando debates e incentivando novas investigações.

A presente pesquisa se justifica em razão do ainda pouco desenvolvimento da teoria da função expressiva pela doutrina brasileira, em especial pela doutrina do Direito Civil – dentro da qual a do Direito das Sucessões sempre foi a com produção menos robusta. Para além disso, a compreensão das mensagens passadas pelas regras sucessórias pode ter efeitos práticos, ilustrativamente com reflexões a respeito do simbolismo de se reconhecer, ou não, o companheiro enquanto herdeiro necessário.

2. SIGNIFICADOS SOCIAIS, NORMAS SOCIAIS E CONSTRUÇÃO SOCIAL

A devida compreensão da função expressiva do Direito passa em primeiro lugar pela concepção de significados sociais. De acordo com Lawrence Lessig (1995, p.951-952), em qualquer sociedade ou contexto social há significados sociais, ou seja, o conteúdo semiótico ligado a ações, omissões ou *status* – em outras palavras, o modo pelo qual as pessoas compreendem tais ações, omissões e *status*. Ainda segundo Lessig (1995, p.954-956), tais significados não são fixos, imutáveis, incontestados nem universalmente aplicáveis; pelo contrário, são marcados por relatividade e historicidade, diferindo no tempo e entre comunidades. Do mesmo modo, os seus efeitos não são opcionais nem voluntários: eles empoderam ou limitam as pessoas, ainda que tais indivíduos não tenham escolhido tais poderes ou limitações. Nesse sentido, os significados sociais são ferramentas semióticas que a sociedade usa para que as pessoas se conformem a determinados comportamentos ou crenças.

Conforme Lawrence Lessig (1995, p.958-961), é possível entender a força dos significados sociais a partir da relação entre texto e contexto. O texto é um fato – as supramencionadas ações, omissões e *status* –, enquanto o contexto é aquilo que lhe dá significado: o texto, naquele contexto específico, ativa uma associação. O

contexto é uma coleção de compreensões ou expectativas compartilhadas por determinado grupo em um tempo e espaço particulares – não apenas compartilhadas, mas também tomadas como tão certas que parecem naturais, e não relativas e circunstanciais, ao ponto de serem uma presença invisível e inconsciente naquele grupo. Tais compreensões e expectativas são de certa forma aprendidos pelos integrantes daquela comunidade; contudo, após o processo de aprendizado, este é esquecido. Dessa invisibilidade, decorre que comumente passam despercebidos os efeitos peculiares do contexto específico sobre o texto para a produção de determinado significado social. Assim, um significado que é resultado de um contexto em especial passa a equivocadamente ser tido como verdade absoluta, necessário ou um fato da natureza. Quanto mais tal significado parece natural, mais poderoso ele é; por outro lado, quanto mais contestado, menos força ele tem.

As condutas humanas passam mensagens, ou seja, são interpretadas pelas demais pessoas como expressando certas atitudes e compromissos; o significado das condutas é uma função do contexto e da cultura em que se está inserido (SUNSTEIN, 1996, p.925). Agir em conformidade com o significado social decorrente de um determinado contexto aparenta ser o necessário, natural, o que consequentemente é socialmente incentivado. Por outro lado, contradizê-lo significa ser desviante, o que por sua vez torna tal comportamento socialmente desincentivado. Daí vem o conceito de norma social, uma regra não-jurídica embasada em significados sociais com sanções não jurídicas – entre as quais críticas, ostracismo, vergonha e culpa contra quem a viola (MCGINN, 2015, p.07). As normas sociais indicam aprovação ou desaprovação social, especificando o que pode e o que não pode ser feito em determinada sociedade (SUNSTEIN, 1996, p.914). Nesse sentido, Cass Sunstein (1995, p.2022) bem ilustra a ideia de que os significados sociais são conformados pelas normas sociais vigentes: os significados sociais de acender um cigarro, assediar sexualmente alguém, usar camisinha ou recusar-se a comer carne eram, em 1996, completamente diferentes daqueles que tinham sido em 1966, em razão das mudanças dramáticas do contexto social.

De acordo com Anderson e Pildes (2000, p.1527), a mensagem passada por determinada conduta humana pode, por si só, causar danos; são danos expressivos, na medida em que diretamente relacionados aos significados daquela conduta. Uma

pessoa sofre dano expressivo quando é tratada de modo pelo qual se comunica uma atitude negativa ou inapropriada a seu respeito. Os mencionados autores ilustram o ponto: há uma diferença significativa entre, de um lado, acidentalmente cair lixo do terreno do vizinho ou no terreno de alguém, em razão de ventos pesados, e, de outro lado, o vizinho jogar ali o lixo de propósito; em ambas as situações, a pessoa passa pelo inconveniente de realizar a limpeza, porém apenas na segunda circunstância há uma mensagem de grosseria e desrespeito.

A partir das premissas acima traçadas, é possível começar a delinear as noções básicas de como o Direito participa da formação dos significados sociais. O Estado, por meio do ordenamento jurídico, desempenha um significativo papel em determinar qual o contexto a partir do qual textos – ações, omissões e *status* – ganham significado determinada comunidade. O direito posto reforça tais compreensões e expectativas, na medida em que aqueles que atuam em conformidade com elas são premiados, e aqueles que as contradizem são sancionados (LESSIG, 1995, p.946). Nesse contexto, o ordenamento jurídico, em especial a legislação em sentido formal, é um símbolo particularmente efetivo para expressar certos valores sociais; afinal, são postos por representantes da comunidade política, e a sua vigência simboliza que não há vontade política suficiente para a adoção de outros valores, provavelmente porque aqueles ali expressos ainda são os compartilhados por aquela sociedade (BURG, 2001, p.42). Na medida em que ocorre o processo de invisibilização do contexto, que se integra ao inconsciente da coletividade, aquilo que consta no ordenamento jurídico, conquanto seja majoritariamente fruto de escolhas políticas feitas por legisladores e magistrados, acaba equivocadamente sendo tido como necessário e natural. Em um processo de retroalimentação, a lei, que é tida como manifestação de determinados valores, acaba influenciando na formação e perpetuação desses próprios valores.

Com base na noção de significados sociais, é possível em segundo lugar compreender o conceito de construção social. De acordo com Lawrence Lessig (1995, p.961-962), a construção de um significado social diz respeito à transformação de determinado significado social. Se o significado é o produto de um texto em um contexto particular, ele pode ser alterado pela mudança do texto ou do contexto. Ocorre que textos – recorde-se, que são fatos que podem consistir em ações, omissões ou *status* – nem sempre são facilmente mudados. Lessig usa como

exemplo o significado de ser negro no Sul estadunidense antes da Guerra Civil: tal significado não poderia ser alterado pela mudança do texto, ou seja, por transformar a pessoa negra em branca; no caso, a única alternativa era transformar o contexto ou, mais precisamente, as associações feitas a respeito daquele texto específico. Desse modo, a construção social é feita com a quebra que determinadas compreensões e expectativas – que até então permaneciam invisíveis –, ensejando assim novas associações àquele mesmo texto. Note-se que tais mudanças podem ocorrer espontaneamente; contudo, quando se fala aqui em construção, o foco é em transformações ocorridas conscientemente, pela ação de indivíduos ou grupos.

Ocorre que a construção social se trata de um problema de ação coletiva. O indivíduo que deseja alterar o contexto, sozinho, dificilmente conseguirá transformar as compreensões e expectativas de uma comunidade que são tidas como tão certas que se tornam inconscientes e invisíveis. Desse modo, a mudança dos significados sociais requer um esforço coletivo suficiente para que os incentivos para a transformação do contexto superem os incentivos sociais que até então existiam para a manutenção do *status quo* (LESSIG, 1995, p.1000). Os teóricos da função expressiva do Direito partem de tais pressupostos para analisar como o Estado pode, a partir do papel do ordenamento jurídico em conformar as compreensões e expectativas coletivas, atuar no processo de construção social – encorajando as pessoas a levarem mais a sério determinado significado social já existente, a adotarem um novo ou a rejeitarem um considerado negativo.

3. A TEORIA DA FUNÇÃO EXPRESSIVA DO DIREITO

De acordo com Elizabeth S. Anderson e Richard H. Pildes (2000, p.1506), o termo “expressão” diz respeito aos modos pelos quais uma ação, uma fala ou qualquer outro signo manifesta um significado, seja uma crença, uma ideia ou uma teoria. Segundo os mencionados autores, ao nível das ações estatais, regras jurídicas e políticas públicas podem ser apropriadamente interpretadas como expressando crenças e atitudes oficiais. A partir dessas noções, é possível compreender as bases da teoria da função expressiva do Direito. Resumidamente, esta se preocupa, de um lado, com que as várias instituições governamentais passem mensagens adequadas, à luz dos valores que orientam o ordenamento

jurídico na qual elas atuam; e, de outro lado, com as situações nas quais as expressões transmitidas são ilegítimas, como ilustrativamente quando as leis expressam atitudes constitucionalmente inadmissíveis, a exemplo de hostilidade contra determinados grupos étnicos ou raciais – casos estes em que ocorrem os supramencionados danos expressivos (ANDERSON; PILDES, 2000, p.1520-1521).

A teoria da função expressiva do Direito é focada em dois grandes eixos: (a) a habilidade que o ordenamento jurídico tem de reforçar ou alterar o significado social de determinadas ações, omissões e *status*; e (b) o modo como se pode utilizar tal atributo do ordenamento jurídico para influenciar o modo como as pessoas pensam e se comportam. Suas origens remontam especialmente ao início e meio dos anos 1990, tendo sido desenvolvida principalmente (embora não exclusivamente) por acadêmicos associados à *University of Chicago*. Assim, essa corrente, focada nos incentivos e desincentivos socialmente simbólicos para obediência às regras jurídicas, chegou a ser apelidada de *New Chicago School* (NCS). Tal nome se deu em oposição à *Old Chicago School* – aquela que examina os impactos do Direito no comportamento em termos puramente econômicos (como o aumento ou a diminuição de custos materiais para o exercício de certas preferências) (MCGINN, 2015, p.02-06).

Há mais de uma abordagem teórica à noção de função expressiva do Direito. A partir da divisão realizada por Thomas A. J. McGinn (2015, p.08-14), podem ser identificadas três principais propostas doutrinárias sobre a matéria, capitaneadas respectivamente por Robert Cooter, Richard McAdams e por Cass Sunstein.

De acordo com Robert Cooter (1998, p.607), algumas pessoas obedecem a maioria das leis por medo da sua força coercitiva, enquanto todas as pessoas obedecem ao menos algumas leis por medo da sua força coercitiva; para ele, entretanto, com base em evidências decorrentes da psicologia social, a maioria das pessoas obedecem a maioria das leis por um respeito internalizado – o que pode ser explicado pela função expressiva do Direito. Para Cooter (1998, p.586-587), um sistema de normas sociais tem muitos equilíbrios possíveis, no sentido de que elas podem levar a diversos comportamentos diferentes a depender das circunstâncias – aumentando a cooperação entre as pessoas ou, por outro lado, levando um grupo a ser subordinado a outro. Robert Cooter (1998, p.593-595) afirma que, por meio da

edição de uma norma jurídica, ainda que não se invoque a sua força coercitiva, o Estado pode determinar qual o equilíbrio – comportamento resultante – das normas sociais; isso se dá porque as pessoas internalizam tanto as opiniões alheias quanto a ideia de que obedecer a lei se trata de um ato moralmente correto. Com esse processo de internalização, aumentam-se os custos de desrespeitar a lei, então se determina o equilíbrio do sistema, o que pode mudar as normas (e comportamentos) sociais independentemente da alteração dos valores individuais.

Richard H. McAdams (2000a, p.339), por sua vez, compreende que focar exclusivamente nas sanções é insuficiente para compreender como o Estado assegura o cumprimento das regras jurídicas; para ele, o ordenamento jurídico por vezes influencia o comportamento humano de forma expressiva, ou seja, mais por aquilo que diz do que por aquilo que faz. O mencionado autor desenvolveu duas grandes ideias de como a expressividade do Direito funciona: (a) como informações sobre comportamentos socialmente aprovados ou reprovados; e (b) como pontos focais.

Para McAdams (2000a, p.340), a primeira dimensão na qual o ordenamento jurídico atua de forma expressiva é sublinhando as atitudes de determinada comunidade. Tal dimensão é composta por três premissas. Em primeiro lugar, o comportamento de alguém depende, em parte, no que aquela pessoa acredita que as demais aprovarão ou desaprovarão. Em segundo lugar, os indivíduos têm informações insuficientes sobre o que os demais aprovam ou reprovam, razão pela qual estão abertos a novas fontes de informação a este respeito. Em terceiro lugar, compreende-se que produções legislativas democráticas estão relacionadas com os juízos de valor da comunidade. Segundo essa lógica, a ausência de regra sobre um determinado fato sinaliza que o legislador compreende que não há apoio social suficiente para que tal fato seja regulamentado; por outro lado, a posterior edição de norma jurídica sobre aquele mesmo fato sinaliza que o legislador passou a compreender que há um consenso social àquele respeito (MCADAMS, 2000a, p.364-365).¹ Por esses motivos, o ordenamento jurídico, independentemente da aplicação de sanções, influencia o comportamento humano na medida em que informa às pessoas o que as demais aprovam e reprovam. Nesse contexto, o

¹ Aqui podem ser trazidos como exemplos o casamento entre pessoas do mesmo sexo, direitos iguais independentemente da origem da filiação, cotas raciais ou de gênero, combate à violência doméstica etc.

processo legislativo ensejaria uma agregação de informações comunicadas à população por meio das leis, permitindo que as pessoas atualizem suas compreensões e expectativas e, assim, modifiquem seus comportamentos (DHARMAPALA; MCADAMS, 2001, p.02). McAdams (2000a, p.341-342) fundamenta seus argumentos em noções econômicas: as pessoas agem de acordo, entre outras coisas, com as suas preferências; elas têm uma preferência por respeito social, ou seja, elas se importam com o que outros, inclusive estranhos, pensam a seu respeito; nesse sentido, reprovação social é um custo, enquanto aprovação é um benefício; conseqüentemente, a crença em que determinado comportamento é reprovado torna o agir daquele modo algo mais custoso, ao mesmo tempo em que a crença em que determinado comportamento é aprovado torna-o mais benéfico.

A segunda dimensão na qual o Direito atua de forma expressiva, para Richard H. McAdams (2000b, p.1650-1653), é servindo como um ponto focal a partir do qual os indivíduos podem coordenar os seus comportamentos, na medida em que o ordenamento jurídico influencia as expectativas a respeito de como os demais sujeitos se comportarão. McAdams (2000b, p.1656-1657) parte da noção de jogos de coordenação – aqueles nos quais os participantes têm interesses comuns, porém esse fato por si só não é suficiente para que eles atuem da melhor forma possível; para ele, tal problema é facilmente resolvido com o alinhamento das expectativas de todos os participantes, que passam a saber como os demais agirão. Conforme o mencionado autor, um modo pelo qual as expectativas de todos se alinham, em especial quando inviável a comunicação direta, é a partir de pontos focais, ou seja, algo que demonstre a cada um o que esperar dos demais e o que os demais esperam dele (MCADAMS, 2000b, p.1659). Para McAdams (2000b, p.1663), o Direito pode, mesmo sem a ameaça de sanções, criar pontos focais para obter coordenação entre as pessoas, simplesmente por determinar ou recomendar um determinado comportamento. Um exemplo evidente dessa função pode ser extraído da simples decisão entre dirigir do lado esquerdo ou direito de uma estrada; se não há coordenação entre os motoristas, é de se esperar que haja vários acidentes. O Estado pode criar um ponto focal simplesmente dizendo que as pessoas dirijam à direita; ainda que não haja qualquer sanção jurídica pelo descumprimento de tal regra, cada motorista passa a esperar que os demais motoristas tanto dirijam à

direita quanto esperarão que ele próprio o faça. Desse modo, as expectativas criadas pelo comando estatal levarão à cooperação (MCADAMS, 2000b, p.1652).

A terceira abordagem à função expressiva do Direito é a proposta por Cass Sunstein, que propõe o efetivo uso da referida função para que o Estado, por meio do ordenamento jurídico, estimule comportamentos socialmente desejáveis, ou seja, efetivamente participe do processo de construção social.

Conforme delineado na seção anterior a partir das ideias de Lawrence Lessig, ações, omissões e *status* têm um conteúdo semiótico ligado a eles – os significados sociais. De acordo com Sunstein (1995, p.2022), também o Direito tem um conteúdo semiótico e simbólico; para ele, frequentemente as divergências a respeito do Direito têm a ver com as mensagens que o ordenamento jurídico passa para a sociedade. Ao passar mensagens, o Direito provoca impactos no processo de construção social, acima descrito – e isso se trata da sua função expressiva, em oposição à função de controlar diretamente o comportamento das pessoas (SUNSTEIN, 1995, p.2024). Resumidamente, a teoria de Sunstein (1996, p.907) envolve três pontos principais: (a) o comportamento humano é uma função das normas sociais; (b) mudanças nas normas sociais podem ser o melhor meio de aumentar o bem estar de uma sociedade; e (c) o Estado tem um papel significativo na construção dos significados sociais, por meio da função expressiva do Direito. Nesse sentido, a função expressiva do Direito se trata de expressar valores sociais com o objetivo específico de modificar normas sociais (SUNSTEIN, 1996, p.910).

Sunstein (1993, p.822) ressalta que valorações – assim como preferências e crenças – não são dados pré-sociais, porém produtos de uma série complexa de forças sociais, inclusive o próprio Direito. Por essa razão, Sunstein (1993, p.820-821) argumenta que, ao se analisar uma regra jurídica, deve-se questionar se aquela regra expressa uma adequada valoração de um evento, pessoa, grupo ou prática. Isso se justifica por dois motivos: em primeiro lugar, porque uma valoração incorreta pode influenciar normas sociais e as levar a uma direção errada. Nesse sentido, se a lei obriga determinadas condutas, como a reciclagem ou o trabalho voluntário, elas potencialmente passam a ser valoradas socialmente de forma mais benéfica; por outro lado, se há uma equivocada comoditização de algum interesse jurídico, como por exemplo o trabalho reprodutivo, o significado social desse interesse será afetado negativamente. Nesse sentido, as normas sociais –

influenciadas pelas valorações feitas pelo ordenamento jurídico – podem até mesmo comprometer a autonomia individual, estigmatizando negativamente determinadas escolhas pessoais (SUNSTEIN, 1996, p.962). Aqui, o foco está nas consequências: as compreensões da sociedade a respeito de algo são afetadas para melhor ou para pior a partir dos valores expressos pela regra jurídica? Nesse sentido, uma lei adequadamente elaborada, ao ser inserida no contexto de determinada sociedade, influenciará os significados sociais, empurrando-os na direção correta; por outro lado, se a lei trata de algum assunto de forma equivocada, os significados sociais serão impactados de modo negativo (SUNSTEIN, 1995, p.2026). Nesse sentido, acrescente-se que com isso se relacionam os danos expressivos sofridos por determinados grupos sociais em razão de regras jurídicas que indevidamente valoram certas pessoas ou comportamentos, tema ao qual se voltará mais à frente.

O segundo motivo trazido por Sunstein (1993, p.822-823) pelo qual é necessário se atentar à função expressiva do Direito se trata do fato de que, em determinadas situações, as pessoas não agem de acordo com premissas consequencialistas, e sim com base em interesses individuais em integridade, compromissos e narrativas; quando os sujeitos fazem certas escolhas, e não outras, eles expressam várias concepções tanto sobre si próprios quanto sobre os outros. O mesmo se aplica analogamente às sociedades e aos ordenamentos jurídicos: uma sociedade pode identificar uma valoração com a qual se compromete, independentemente de suas consequências serem desconhecidas. Ilustrativamente, uma sociedade pode insistir na proibição (ou na previsão) da pena de morte exclusivamente em razão do significado dessa opção política, independentemente de sua aplicação ter resultados efetivos na redução da criminalidade. Tal noção não se preocupa com os efeitos nas atitudes sociais; para ela, a valoração expressa pela lei tem importância intrínseca, devendo ser fruto de comprometimentos assumidos por aquela sociedade, independentemente das consequências sociais daí decorrentes (SUNSTEIN, 1994, p.1669). O referido autor desenvolve a sua teoria mais focado na primeira noção do que na segunda. Na realidade, Sunstein (1995, p.2045-2047) critica a ideia de apoiar uma lei exclusivamente em razão do seu valor intrínseco, ainda que as suas consequências práticas sejam ruins ou ambíguas; para ele, sem efeitos desejáveis nas normas sociais, não há sentido em apoiar uma regra fundamentada apenas no seu valor expressivo.

Cass Sunstein (1995, p.2029-2030) observa que as normas sociais – conforme conceito supramencionado, regras não-jurídicas embasadas em significados sociais com sanções não jurídicas – atuam com uma importante força motivacional: aqueles que as violam provavelmente sentem vergonha ou sofrem a reprovação dos outros. Tendo potenciais impactos reputacionais, tais normas atuam *ex ante*, uma vez que a expectativa de vergonha e reprovação comumente é suficiente para resultar em obediência. Afinal, o comportamento e as escolhas dos indivíduos são afetados pelos comportamentos alheios, bem como pela percepção do julgamento que os outros fazem; assim, as pessoas agem de acordo com as suas percepções do que os outros pensam. Consequentemente, a racionalidade individual é afetada pelas normas sociais e pela utilidade reputacional delas decorrente (SUNSTEIN, 1995, p.2032). O cálculo dos custos e dos benefícios de cada conduta inclui as consequências de agir de modo inconsistente com as normas sociais (SUNSTEIN, 1996, p.909). Nesse sentido, a própria obediência à lei é em grande parte decorrente das perceptíveis consequências reputacionais (negativas) do ato de violar uma regra jurídica (SUNSTEIN, 1996, p.916-917).

Janice Nadler (2017, p.70-71) aprofunda o raciocínio acima com base na ideia de dinâmica de grupo: os indivíduos são orientados pelos valores dos grupos com os quais se identificam e são motivados pelo pertencimento a tais grupos – daí, decorrem os incentivos à cooperação, à lealdade e à aderência às normas sociais, bem como a busca por evitar exclusão do grupo. A procura pelo pertencimento leva membros individuais do grupo a um esforço tanto por entender o que os demais irão aprovar quanto por agir em conformidade com essa compreensão. Desse modo, o ordenamento jurídico pode atuar modelando os valores e normas do grupo, o que por sua vez influenciará as atitudes individuais das pessoas.

Ocorre que, por vezes, não há boas normas sociais ou há normas sociais ruins a respeito de determinada matéria. Imagine-se uma sociedade na qual pessoas negras são tratadas como cidadãos de segunda classe e mulheres são limitadas a atuar na seara doméstica; em tais casos, mudar o texto (ser negro, ser mulher) não é universalmente factível. Por isso, resta mudar o contexto. Na esfera privada, pessoas ou grupos de interesses podem atuar para reconsiderar e reconstruir os significados sociais de determinados fatos; ocorre que nem sempre esse esforço pontual produz resultados suficientes; reitere-se o quanto dito acima, o

processo de construção social é um problema de ação coletiva. Desse modo, o ordenamento jurídico pode ser utilizado para modificar normas sociais existentes, modificando os significados sociais de certos fatos por meio de uma afirmação de qual comportamento é apropriado; tal ideia se funda na compreensão de que o Direito tem peso moral e, portanto, pode convencer as pessoas de que as normas sociais até então existentes são ruins e devem ser substituídas por outras (SUNSTEIN, 1995, p.2031).

O Estado, ao editar uma lei, pode aumentar os benefícios ou diminuir os custos individuais associados a certos fatos, incentivando que estes sejam socialmente valorados de forma positiva (SUNSTEIN, 1996, p.913). Quando o ordenamento jurídico muda o contexto, os significados sociais dos fatos também são transformados, o que resulta em modificações nos efeitos reputacionais das normas sociais. Isso ocorre de forma evidente quando a lei traz mecanismos jurídicos que assegurem sua fiscalização e cumprimento, com medidas coercitivas em caso de violação. Entretanto, mesmo nos casos em que não há aplicação ou mesmo previsão de medidas coercitivas, a lei tem um importante efeito em sinalizar qual o comportamento adequado e em indicar a expectativa de crítica e vergonha social contra quem adotar comportamento desviante (SUNSTEIN, 1995, p.2032).

De acordo com Cass Sunstein (1996, p.958), uma sociedade precisa, para funcionar bem, de muitas normas sociais que tornem racional para cada pessoa, agindo em seu próprio interesse, evitar problemas de ação coletiva. Nesse sentido, uma grande tarefa do legislador é a tentativa de enraizar nas pessoas as referidas normas; e muitas regras jurídicas têm esse objetivo, mesmo quando acompanhadas de previsões de sanções jurídicas coercitivas. Ilustrativamente, o mencionado autor cita as leis que determinam que as pessoas colem as fezes dos seus animais domésticos, que não joguem lixo no chão e que não fumem em determinados espaços; muito raramente as sanções jurídicas são aplicadas, mas ainda assim as referidas regras jurídicas têm um efeito de moldar e conformar as normas sociais e os significados sociais de tais condutas. Para Sunstein (1996, p.959), isso ocorre porque existe uma norma social geral em favor de obedecer a lei; assim, as regras jurídicas ajudam a indicar aprovação e reprovação social, reajustando os cálculos individuais das pessoas, tornando racional uma conduta que anteriormente não seria. Em outra perspectiva, a simples “ameaça” de uma sanção é suficiente, em si

mesma, sem necessidade da aplicabilidade prática do ato sancionador, para convencer as pessoas de que o comportamento regulado é moralmente problemático (FELDMAN; NADLER, 2006, p.595).

Cass Sunstein (1996, p.908) menciona ainda os chamados comportamentos de risco que levam à morte – uso de drogas ilícitas, atividade sexual uso de armas de fogo, fumar, excesso de álcool. Em alguns contextos, tais comportamentos são fortemente incentivados pelos seus efeitos reputacionais, na medida em que podem ser considerados prestigiosos por alguns segmentos sociais; as normas que prevalecem em tais segmentos subsidiam as referidas condutas. Campanhas educacionais constantemente tentam modificar os significados sociais dos referidos comportamentos de risco. O ordenamento jurídico pode desempenhar um papel nessa construção social, expressando juízos negativos de valor a respeito de tais comportamentos, sinalizando-os como reprováveis, de modo que o incentivo reputacional pode acabar se tornando um desincentivo, com a expectativa de crítica pelos pares, não de prestígio. Desse modo, o significado social de tais condutas é alterado pela lei, e a ameaça de punibilidade jurídica torna-as também moralmente reprováveis para a comunidade.

No mesmo sentido acima, Janice Nadler (2005, p.1429-1431) complementa afirmando que as pessoas comumente não praticam certas condutas proibidas por lei, ainda em circunstâncias nas quais tais comportamentos seriam altamente tentadores – como cometer infrações de trânsito para salvar tempo ou ofender alguém muito irritante. Nesse sentido, ao declarar a ação proibida, o ordenamento jurídico expressa desaprovação social, o que pode reforçar o comprometimento das pessoas em agir conforme a lei – por meio da pressão social de evitar a perda de respeitabilidade decorrente da prática de condutas proibidas. Desse modo, a simples proibição de determinados atos pode tornar as pessoas cientes das suas consequências negativas. A autora traz o exemplo das severas penas criminais para dirigir embriagado: antes delas, muitas pessoas não tinham conhecimento da gravidade dos riscos associados a consumir álcool e dirigir veículos; com a criminalização da conduta, tais riscos passam a ser conhecidos, e conseqüentemente há repercussões em como as pessoas avaliam moralmente esse ato.

Cass Sunstein (1995, p.2043) argumenta ainda que a função expressiva do Direito é de particular importância em relação a questões de gênero, raça e sexualidade, áreas nas quais as normas sociais comumente ajudam a constituir cenários de desigualdade e discriminação. Ilustrativamente, se, em determinado lugar, as normas sociais requerem que as mulheres façam a maior parte do trabalho doméstico, aquelas pessoas que se recusarem a desempenhar o esperado papel de gênero podem sofrer sanções sociais, como críticas e reprovabilidade; o significado social dessa conduta é negativo, podendo sinalizar traços indesejáveis. Trata-se de contexto no qual a lei pode modificar os significados sociais e as normas sociais: reprovando a discriminação, os atos discriminatórios passam a ser socialmente sancionados negativamente, eles próprios passando a ser tidos como criticáveis. Independentemente das sanções jurídicas aplicáveis, em se tratando de uma conduta da qual decorre vergonha e opróbrio para quem a pratica, é provável que haja menos discriminação. Nesse sentido, conquanto a maioria da doutrina desenvolvida a partir das ideias de Sunstein tenha focado em encorajar ou desencorajar determinados comportamentos, a função expressiva do Direito a isso não se limita. Em verdade, também é possível, por meio das mensagens passadas pelo ordenamento jurídico, mudar a compreensão e a visão que a comunidade como um todo tem a respeito de grupos de pessoas (BEST, 2012, p.475). Assim, regras mais inclusivas e favoráveis à diversidade – em relação à sexualidade, orientação religiosa, entre outros aspectos – tendem a impactar favoravelmente a opinião pública a respeito desses grupos.

Por outro lado, a teoria da função expressiva também se preocupa com potenciais danos expressivos causados pelo Direito – ou seja, os danos decorrentes por si só do significado das regras jurídicas. Elizabeth S. Anderson e Richard H. Pildes (2000, p.1528) ilustram o referido pensamento: uma jurisdição pode comunicar o seu repúdio por pessoas negras por meio da imposição de segregação racial em estabelecimentos públicos, regra esta cujo significado transmitido é a suposta inferioridade do referido grupo racial. Segundo os autores, para que essa mensagem seja comunicada, não é necessário que os destinatários concordem, acreditem ou aceitem, basta apenas que compreendam o que está sendo dito; desse modo, por meio do Direito, o Estado estaria estigmatizando uma parcela da população, o que é em si um dano autônomo em relação a todos os outros

inconvenientes práticos decorrentes da segregação. No mesmo sentido, E. Gary Spitko (1999, p.1063) argumenta que leis claramente discriminatórias atingem duplamente os grupos aos quais desfavorecem: além de conferir tratamento inferior, elas estigmatizam os referidos grupos, dando-lhes um *status* inferior aos demais, o que permite e encoraja outras formas de discriminação, tanto públicas quanto privadas. Para além disso, o tratamento inadequado pelo ordenamento jurídico passa uma mensagem negativa às próprias pessoas vítimas da discriminação normativa, na medida em que elas são afetadas negativamente na forma como enxergam a si próprias e as suas relações com o restante da sociedade (SPITKO, 1998, p.1105).

Conclusivamente, segundo a teoria da função expressiva, o Direito faz mais do que impor sanções coercitivas a quem viola os seus comandos e proibições; ele também comunica mensagens, que por sua vez se inserem no conjunto de compreensões e expectativas compartilhadas por uma coletividade e, desse modo, participam da formação dos significados sociais das ações, omissões e *status* em determinado contexto. Nesse sentido, para além da aplicação de sanções jurídicas, o ordenamento interfere no comportamento humano simplesmente pelo que ele diz: como o que está previsto na lei acaba se inserindo nas normas sociais, a conformidade às previsões legais é o socialmente comum e aprovável, enquanto a desconformidade é socialmente desviante e reprovável. Conforme a mais robusta e refinada abordagem desta teoria, o Estado pode ativamente participar do processo de construção dos significados sociais, editando normas jurídicas que enraízem nas pessoas a adoção de comportamentos considerados socialmente valorosos ou desejáveis. Do mesmo modo, o modo como o ordenamento jurídico trata determinados grupos interfere na valoração social a respeito deles; por isso, uma regulamentação inadequada pode levar aos chamados danos expressivos.

4. EXEMPLOS DA FUNÇÃO EXPRESSIVA DO DIREITO

Na literatura, é possível encontrar diversos doutrinadores desenvolvendo aplicações práticas da teoria da função expressiva do Direito. Alguns se valeram de pesquisa empírica para verificar a sua existência. Outros a utilizaram para justificar a atuação estatal em alguns sentidos, bem como para defender a construção social

em favor de certos comportamentos ou da promoção de mais igualdade para determinados grupos sociais. Por fim, também houve quem nela se baseasse para deduzir quais as mensagens passadas pelas escolhas político-legislativas a respeito da regulamentação de certos ramos do Direito. A seguir, serão expostas algumas dessas manifestações doutrinárias, inclusive em relação ao Direito das Sucessões.

Maggie Wittlin (2011, p.421-422) desenvolveu um estudo de caso para testar empiricamente a função expressiva do Direito, por meio da análise do impacto das leis a respeito de cintos de segurança no efetivo uso desse mecanismo de proteção. A referida autora notou que, mesmo nas jurisdições em que não se aplicavam multas com muita frequência pelo desrespeito a tais regras, o uso de cintos de segurança aumentou substancialmente. Para além disso, ela demonstrou também que o mencionado uso subiu até mesmo nos estados em que não havia tais leis – e muito menos as sanções previstas para o não uso do cinto. A conclusão de Wittlin foi no sentido de que, muito mais do que as potenciais multas, a mensagem passada pelas referidas leis de trânsito – explicitando tanto valores sociais quanto os riscos à segurança envolvidos – desempenhou um papel significativo nas atitudes dos motoristas.

Antes mesmo do desenvolvimento de uma robusta teoria da função expressiva do Direito, já se discutia as mensagens passadas pelo ordenamento jurídico. Ilustrativamente, Katharine T. Bartlett (1988, p.294-295) analisou questões de guarda de filhos, deduzindo que certas regras aplicadas a tais casos expressavam uma indesejável visão a respeito da parentalidade. A referida autora criticou o uso de argumentos essencialmente biológicos, fundados em direitos sobre a criança e com o uso de termos com conotação individualista e patrimonialista. Nesse sentido, o foco da guarda deveria estar em noções de benevolência e responsabilidade, com destaque para a relação entre criança e genitor. Desse modo, valorando e dando peso para tais valores, o Direito remodelaria a visão de parentalidade, em especial do que constitui um bom genitor.

Mais recentemente, Jonathan C. Lipson (2007, p.228) analisou os julgados do estado de Delaware a respeito de empresas em crise à luz do uso do Direito – seja da lei, seja de decisões judiciais – para expressar valores e impactar normas sociais. O referido autor se questionou por que os juízes e tribunais comumente consignavam em suas decisões que os diretores das empresas, notadamente

empresas em crise, tinham deveres para com os credores destas. Lipson (2007, p.263) inferiu que os comentários judiciais a respeito dos referidos deveres – que mais pareciam textos acadêmicos ou sermões do que sentenças – deveriam ser enxergados como exemplos da função expressiva do Direito, sendo importantes especificamente pela mensagem passada, no sentido dos valores que deveriam ser internalizados pelos empresários no referido contexto.

Anette Bringedal Houge (2019, p.10-12) destacou o papel da função expressiva enquanto uma razão de ser e justificação do Direito Penal Internacional. A autora apontou que o ponto forte do sistema de justiça criminal internacional é o poder de comunicar, compartilhar e declarar os ideais e aspirações, crenças e normas da comunidade internacional; por meio das condenações oficiais de certas condutas nos julgamentos internacionais, o sistema passa uma mensagem de indignação em nome de toda a humanidade.

Danielle Citron (2009, p.373) discutiu o assédio *online* contra mulheres à luz da função expressiva do Direito. Para a referida autora, tais condutas têm comumente permanecido trivializadas, inclusive porque tanto o público em geral quanto autoridades policiais rotineiramente marginalizam as experiências femininas, considerando os atos de assédio como inofensivos; conseqüentemente, a recusa em reconhecer os danos sofridos pelas mulheres nesse contexto tem um importante significado social, qual seja, a mensagem de que comportamento abusivo contra elas é aceitável e deve ser tolerado. Ela ainda argumentou que o ordenamento jurídico pode desempenhar um importante papel a este respeito: condenando o assédio cibernético contra mulheres, a lei pode modificar as normas sociais a respeito do que são os comportamentos *online* socialmente aceitos. Para Citron (2009, p.405-409), os tradicionais mecanismos da responsabilidade civil e penal são relevantes no combate ao assédio, contudo, não alcançam todos os sentidos em que as mulheres assediadas são atingidas, em especial o estigma; desse modo, a mensagem passada pelas leis pode educar o público a respeito do que é socialmente inapropriado ou apropriado. A autora destacou ainda que, a partir dos anos 1970 e 1980, leis e decisões judiciais modificaram o significado social do assédio sexual no ambiente de trabalho e da violência doméstica, tornando tais comportamentos socialmente reconhecidos como discriminação de gênero –

impactando até mesmo o modo como as vítimas enxergavam a si próprias. Para Citron, o mesmo pode ocorrer em relação aos ambientes virtuais.

Robin Pierce (2011, p.53) defendeu o uso da função expressiva do Direito no contexto das políticas de saúde pública, em especial no que diz respeito ao gerenciamento de pandemias. Ela destacou que as políticas de saúde pública visam ao bem estar da população e que isso, às vezes, exige que as pessoas ajam no interesse coletivo mesmo quando isso significar tensões com os direitos e interesses individuais; nesse contexto, a existência de normas sociais encorajadoras do bem comum, com a consequente adesão voluntária aos comportamentos necessários, poderia resultar no atingimento das metas das políticas públicas sem necessidade do recurso à coercitividade jurídica (PIERCE, 2011, p.55).

Conforme mencionado na seção anterior, a função expressiva do Direito não diz respeito apenas ao encorajamento ou desencorajamento de comportamentos, mas também à forma como a sociedade enxerga determinados grupos sociais. Nesse sentido, Eli K. Best (2012, p.463) utilizou a teoria da função expressiva do Direito para refletir a respeito de um aspecto da responsabilidade civil no sistema estadunidense, qual seja, a inexistência de um *standard* especial para avaliar a conduta de pessoas com deficiência cognitiva. Segundo o referido autor, embora haja outras razões sólidas para tal regra, também é necessário notar a mensagem que seria passada com uma eventual aplicabilidade do referido *standard* de conduta diferenciado. Conforme Best (2012, p.483-484), um *standard* especial diminuiria a possibilidade de responsabilizar civilmente pessoas com deficiência cognitiva, o que poderia parecer positivo; contudo, isso poderia enraizar estereótipos e concepções equivocadas a respeito de tais pessoas, em especial o reforço de uma tendência já existente de subestimar o potencial delas.

Wibren van der Burg (2001, p.36-37) afirmou que legislações a respeito de questões morais dizem às pessoas algo sobre elas mesmas e sobre a sociedade em que vivem; as leis podem expressar a identidade coletiva e os valores mais elevados de uma comunidade. Para ilustrar, com base nas leis da Holanda, notou que o regramento da eutanásia expressa como os holandeses enxergam a vida humana. Do mesmo modo, as soluções legislativas para questões de diversidade de estilo de vida, como sexualidade e uso de drogas, são naquele país tratadas com base na imagem que os holandeses têm de uma sociedade tolerante. Por outro lado, essa

imagem pode ser transformada caso leis evidentemente mais restritivas sejam aprovadas.

Wibren van der Burg (2001, p.44-45) chamou ainda a atenção para o fato de que, em cada sociedade, a lei deve expressar valores comuns conectados com uma identidade política comum; se, ao contrário, as regras jurídicas expressam valores e identidade de apenas uma parte da população, pode haver violações graves a direitos democráticos. Ele ilustrou da seguinte forma: se as leis sobre propriedade simplesmente não são aquelas que uma pessoa considera as melhores, ela deve simplesmente aceitar a derrota democrática, já que isso não atinge aspectos centrais da sua dignidade. Por outro lado, caso a regulamentação da propriedade em dada sociedade expresse certos valores e princípios que violam a dignidade de determinados grupos – por exemplo, se mulheres casadas ou pessoas negras sejam proibidas de ser proprietárias –, tais grupos são classificados como cidadãos de segunda classe. Quando isso ocorre, além de existir um sério problema democrático, há consequências da mensagem simbólica passada pela lei tão perniciosas quanto as consequências concretas da previsão normativa discriminatória. Nesse sentido, van der Burg (2001, p.47) afirmou que, à luz da discriminação social, a histórica negativa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo – sendo o *status* de pessoa casada algo altamente valorado socialmente, para além dos benefícios jurídicos diretamente decorrentes do vínculo conjugal – deve ser interpretada como um símbolo de discriminação. Em sentido semelhante, E. Gary Spitko (1999, p.1063) afirmou que uma lei proibindo a adoção por pessoas homossexuais, para além de lhes negar o referido direito, comunica uma mensagem de que o poder público julga tais pessoas inadequadas para criar filhos.

Também tratando de como a lei pode expressar que determinadas pessoas são cidadãos de segunda classe, Carla Spivack (2021, p.190-191) analisou a mensagem passada pelos tributos incidentes sobre produtos menstruais em algumas jurisdições estadunidenses. A autora afirmou que tais impostos sinalizam às mulheres que as suas necessidades físicas e de saúde não são necessidades humanas que merecem isenção tributária – ao contrário do que ocorre, por exemplo, com produtos relacionados à disfunção erétil ou à perda de cabelos. Spivack (2021, p.191) argumentou que o Direito Tributário manda certas mensagens à sociedade tratando diferentemente certos grupos, certos atos e certas coisas; ilustrativamente,

as regras tributárias estabelecem quais bens são artigos de luxo (taxados mais pesadamente) e quais bens são necessidades básicas (merecedoras de isenção). Para a referida autora, com o tratamento diferente a respeito das necessidades físicas de homens e mulheres, a lei tributária cria diferenças entre o corpo masculino e o feminino, tornando aquele o padrão – com o qual o legislador se preocupou em prever isenções – e este o desviante – a ponto de a falta de isenções nunca se destacara como uma anomalia a ser sanada (SPIVACK, 2021, p.192).

Por outro lado, a mensagem passada pelo Direito pode modificar para melhor a compreensão social a respeito de determinados grupos. Ilustrativamente, Kyle C. Velte (2015, p.158), comentando *Obergefell v. Hodges* – a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos que reconheceu o direito constitucional ao casamento entre pessoas do mesmo sexo –, argumentou que a maior promessa do referido julgado não seria apenas o precedente estabelecido, mas a sua função expressiva. De acordo com Velte (2015, p.162), a decisão se fundamentou em questões diretamente relacionadas às normas sociais – dignidade, liberdade, mudança –, relacionando-as à população LGBT. Com isso, passou-se uma mensagem a toda a coletividade a respeito de qual deveria ser o comportamento adequado em relação a essa parcela da sociedade. Estudos empíricos realizados nos anos seguintes a *Obergefell* ser decidido demonstram que, de fato, houve um impacto social: em 2018, já era possível observar um aumento significativo no apoio popular ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que denota que a decisão da Suprema Corte de fato exerceu alguma influência na opinião pública (KAZYAK; STANGE, 2018, p.22-24).

Reforçando as inferências acima, antes de *Obergefell* já se argumentava que a invisibilidade jurídica da comunidade homossexual tinha efeitos expressivos deletérios. Ilustrativamente, Patricia A. Cain (2000, p.465-466) argumentou que a diferença de tratamento tributário entre relações amorosas casamentárias, de um lado, e não casamentárias, de outro lado, sempre carrega um estigma negativo, no sentido de que a relação destas últimas não tem valor jurídico. Considerando a então impossibilidade de pessoas do mesmo sexo de se casarem, o referido estigma as atingia mais fortemente – e as regras tributárias não refletiam suas vidas.

Por fim, é necessário observar a função expressiva do Direito das Sucessões. As regras hereditárias, ao mesmo tempo, refletem, mantêm e

conformam os valores e normas sociais, por meio do reconhecimento e legitimação – ou, diferentemente, invisibilidade e exclusão – de determinadas relações e atitudes dos sujeitos do fenômeno sucessório (FELLOWS *et al*, 1998, p.08). Todas as regras que buscam estruturar a sucessão intestada de acordo com aquilo que presumidamente o *de cuius* gostaria que fosse feito com o seu patrimônio transmitem à sociedade a mensagem de que a vontade do falecido e a sua liberdade de dispor estão no ápice da hierarquia dos princípios sucessórios (SPITKO, 1999, p.1068). Semelhantemente, a conferência de direitos sucessórios *ab intestato* ao viúvo sobrevivente – inclusive o estabelecimento de sucessão forçada (*forced share*) em seu favor – reforça a visão social de que o casamento é uma parceria econômica cujos frutos devem ser aproveitados por ambos os cônjuges (SPITKO, 1999, p.1092). Por outro lado, o que une os defensores e os opositores da atribuição de efeitos sucessórios às relações entre pessoas do mesmo sexo é justamente a mensagem comunicada pelo Estado à sociedade com o reconhecimento de tais direitos hereditários: que as referidas relações têm mérito, aprovação estatal e a sociedade deve aceitá-las (SPITKO, 1999, p.1100). As mesmas discussões vêm sendo suscitadas nas jurisdições em que ainda se discute a atribuição de herança, ou não, a relacionamentos amorosos não-conjugais, ainda que entre pessoas de sexo oposto; a controvérsia a respeito de o companheiro herdar (ou não) está no impacto simbólico disso para o casamento, que tradicionalmente vem ocupando posição privilegiada nas sociedades ocidentais (FELLOWS *et al*, 1998, p.14-15).

Semelhantemente, Ronald J. Scalise Jr (2006, p.199) inferiu que a estrutura da sucessão intestada promove certos deveres sociais e morais; as normas de vocação hereditária têm função expressiva, no sentido de que elas refletem quais são as relações favorecidas ou desfavorecidas em determinada sociedade. O autor ilustrou seu argumento: se uma jurisdição coloca os filhos em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, aquela sociedade está comunicando que filhos são importantes e devem ser protegidos pelos pais mesmo após a morte destes. Por outro lado, segundo Scalise Jr, se uma jurisdição se recusa a reconhecer efeitos sucessórios decorrentes da união entre pessoas do mesmo sexo, a mensagem que se passa é que, naquela sociedade, tais arranjos familiares são desencorajados ou até mesmo desaprovados. O mencionado autor questionou até em que medida as normas de vocação hereditária desempenham o seu papel pedagógico, na medida

em que, ao menos em relação ao *de cuius*, ele já está morto quando elas se aplicam; entretanto, ele admitiu que, ao ser reconhecido ou não como herdeiro, a pessoa consegue identificar se a sociedade prestigiava ou não o vínculo familiar do qual ela fazia parte com o falecido (SCALISE JR, 2006, p.206). Por fim, Scalise Jr (2006, p.219) aduziu que as normas de sucessão intestada devem se adaptar às sociedades modernas, refletindo as preferências e desejos sociais; caso isso não seja feito, a legislação passa uma mensagem inadequada, além de não assegurar o devido tratamento a todos.

Sem mencionar de forma expressa a questão da função expressiva do direito, Susan N. Gary (2000, p.12-13) argumentou que o reconhecimento da família por meio da distribuição de herança traz em si não apenas benefícios econômicos, mas também, de forma igualmente importante, benefícios psicológicos. A referida autora sustentou que as alterações legais no regime sucessório, buscando a adequação às mudanças nas percepções sociais sobre “família”, também refletem o tipo de entidades familiares que aquela determinada sociedade apoia. Assim, para a doutrinadora, o reconhecimento de direitos sucessórios em benefício de certas estruturas familiares corresponde à visão que aquela sociedade tem do que uma família é ou do que uma família deve ser.

Shelly Kreiczer-Levy (2013, p.303) ressaltou o poderoso papel da função expressiva da sucessão intestada: controlando a distribuição póstuma da propriedade, elas não apenas refletem as normas sociais, mas também ajudam a moldar e a manter essas normas. Na medida em que a vocação hereditária legal normalmente direciona o patrimônio do morto dentro de sua família, ela comunica uma mensagem sobre quem é considerado membro da família aos olhos da lei. Dessa forma, há graves consequências quando diversos tipos não-tradicionais de família são marginalizados em matéria sucessória; o próprio fato de a lei contemplar ou deixar de contemplar certas estruturas familiares é refletido no modo como a sociedade enxerga essas modalidades de família (KREICZER-LEVY, 2013, p.306). O mesmo se aplica às relações não-familiares mantidas pelo *de cuius*, como por exemplo com seus amigos ou até mesmo com aqueles que são seus parentes por vínculo de afinidade (KREICZER-LEVY, 2013, p.303).

Com base em todas as reflexões feitas acima, é possível a partir deste momento verificar quais as mensagens passadas à sociedade brasileira pelo Direito das Sucessões positivado no Código Civil de 2002.

5. AS MENSAGENS PASSADAS PELO DIREITO DAS SUCESSÕES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Como visto no final da seção anterior, as leis sucessórias desempenham importante função expressiva: por um lado, reconhecendo e legitimando determinadas relações e atitudes dos sujeitos do fenômeno sucessório; por outro lado, excluindo e invisibilizando outras. Isso é particularmente verdade, embora não exclusivamente, em relação à ordem de vocação hereditária. É comum encontrar a doutrina, especificamente os manuais de graduação, referindo-se às regras de sucessão intestada como reflexo de como as coisas naturalmente são. Nada mais enganoso: a vocação hereditária é estruturada com base em escolhas político-jurídicas que têm conteúdo semiótico, conformam as compreensões sociais e, então, passam a ser encaradas como naturais e necessárias; nesse sentido, as escolhas que são feitas nessa seara desempenham um importante papel de construção social. Sendo o Direito das Sucessões um ramo privilegiadamente localizado na interseção entre família, propriedade e autonomia privada, a sua regulamentação passa mensagens significativas a respeito do que está dentro e do que está fora da moldura do Direito Privado brasileiro.

A primeira mensagem passada pelo Direito das Sucessões não diz respeito a uma regra específica, em si, mas ao próprio sistema sucessório como um todo. De um lado, há a transmissão da herança como uma universalidade aos chamados a suceder, sem distinção da natureza dos bens envolvidos nem das qualidades pessoais dos sucessores; de outro lado, há um imposto de transmissão *causa mortis* muito baixo (quando comparado tanto com o imposto brasileiro sobre a renda quanto com os impostos sobre heranças em países desenvolvidos). Como ensina Thomas Piketty (2014, p. 33; p. 227; p. 238-241; p.368), em sociedades com crescimento econômico fraco, a taxa de remuneração do capital faz com que a renda do patrimônio herdado aumente mais rápido do que a economia como um todo. Isso contribui para o crescimento da concentração de riqueza e, conseqüentemente, das

desigualdades sociais. Isso contraria os mandamentos constitucionais de valorização social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV) e de redução da desigualdade (art. 3º, III). Apesar disso, a atual regulamentação do fenômeno sucessório passa uma mensagem à sociedade de aprovação e de normalização da lamentável figura do herdeiro rentista, cujo dinheiro se reproduz sozinho, que nada produz, mas que se encontra em uma posição socioeconômica que, ainda que jocosamente, muitos brasileiros afirmam que gostariam de estar.

Na regulamentação da sucessão *ab intestato*, há uma importante regra que sequer está localizada no Livro V da Parte Especial do Código Civil de 2002, e sim no art. 1.596, que reproduz o art. 227, § 6º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, o que evidentemente tem repercussões sucessórias, refletidas no art. 1.834: “os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão dos seus ascendentes”. Consigne-se nesse mesmo sentido que filhos homens e filhas mulheres herdavam em igualdade de condições, em atendimento ao art. 5º, I da Constituição. No sistema antigo, momentos houve em que existiam filhos de primeira categoria, que herdavam em plenitude de direitos; filhos de segunda categoria, que só herdavam caso não houvesse os da primeira²; filhos que herdavam a metade do que seus irmãos receberiam³; e filhos que sequer poderiam ser reconhecidos, como os (então designados) incestuosos e adúlteros, razão pela qual simplesmente não podiam herdar. Evidentemente, esse tratamento reforçava estigmas negativos, estabelecendo que certas pessoas eram menos filhas – ou sequer filhas eram, juridicamente – em razão das suas origens; tratava-se de casos em que os danos expressivos eram evidentes, para além do aspecto material de ausência de proteção sucessória adequada. É possível identificar nesse tratamento diferenciado também uma tentativa de influenciar o comportamento das pessoas, desestimulando a reprodução (ou mesmo o ato sexual) extraconjugal, por

² Código Civil de 1916, Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária. (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 1957).

³ Código Civil de 1916, Art. 1.605. Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos. § 1º Havendo filho legítimo, ou legitimado, só a metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento (art. 358). § 2º Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes a adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes.

meio das consequências aplicadas à eventual prole então chamada ilegítima. Há importantes mensagens decorrentes da mudança expressa de posição legislativa, com o estabelecimento da igualdade de direitos hereditários entre os descendentes de mesmo grau: o Brasil, além de historicamente rejeitar os princípios da primogenitura e da varonia, passou a rejeitar a antiga distinção de filhos conforme a origem; filho é filho, e tem o mesmo valor que os demais.

Em claro contraste com a situação dos descendentes, há uma perniciosa mensagem social passada pelo tratamento dado à sucessão dos colaterais. O art. 1.841 concede aos irmãos bilaterais o dobro do quinhão conferido aos irmãos unilaterais. Na IX Jornada de Direito Civil, realizada em 2022, discutiu-se (e não se aprovou) proposta de enunciado relativa à inconstitucionalidade do referido dispositivo; apesar da rejeição, houve algum consenso no sentido de se tratar de uma regra ruim. Para além das consequências práticas na distribuição de herança, o maior problema se encontra na expressividade do comando: existem graus superiores e inferiores de irmãos. O recado legislativo é evidente: filhos do mesmo pai e da mesma mãe que o *de cuius* são mais irmãos do que filhos apenas do mesmo pai ou da mesma mãe, e cada categoria “merece” um tratamento diferenciado. A mensagem passada reforça a bionormatividade – ou seja, a compreensão de que a biologia é um fator pré-jurídico (ou extrajurídico) necessariamente determinante para a construção de categorias jurídicas, em especial relativas ao Direito de Família e ao Direito das Sucessões (BAKER, 2008). Na doutrina brasileira, é possível encontrar quem acriticamente reafirme tal concepção; ilustrativamente, “é natural que assim seja, em razão do maior parentesco de sangue quando os irmãos descendem de pai e mãe comuns” (RIZZARDO, 2019, p.182). Ocorre que a função expressiva do art. 1.841 é inconsistente com o atual sistema Civil-Constitucional brasileiro, que por sua vez se afasta dos vínculos biológicos como os únicos ou preponderantes para atribuição de direitos e deveres. A mensagem em questão se torna ainda mais problemática com a multiparentalidade – haveria irmãos com direito ao triplo do quinhão de outros? – e com ampliação do reconhecimento de vínculos de socioafetividade, inclusive a fraternidade socioafetiva.

Uma mensagem observada no Código Civil de 2002 está no seu artigo 1.786, que sofreu uma alteração redacional em relação ao seu correspondente no

Codex de 1916, o antigo artigo 1.573. Este previa que a “sucessão dá-se por disposição de última vontade, ou em virtude da lei”, enquanto aquele atualmente estabelece que “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. A inversão na enumeração dos títulos de vocação hereditária comunica a prevalência da sucessão legítima em relação à testamentária. Evidentemente, não se trata de uma mensagem sem ruídos: o conteúdo do referido dispositivo contrasta (a) com a permanência do tratamento subsidiário da sucessão intestada – aplica-se apenas quando não há testamento válido ou eficaz e em relação aos bens que nele não foram incluídos⁴ –; bem como (b) com o fato de haver 134 artigos, distribuídos em impressionantes 14 capítulos, meticulosamente regulando os testamentos, enquanto há apenas 27 artigos, divididos em somente 03 capítulos, tratando da sucessão *ab intestato*. A desproporção de trabalho legislativo entre os títulos de vocação demonstra a preservação do prestígio dado à liberdade de testar, o que é reforçado pela existência (e persistência) de inúmeras controvérsias em relação à sucessão legítima, como ilustrativamente as questões de concorrência entre cônjuge sobrevivente e descendentes ou ascendentes. Tudo isso revela que, ainda, é a última vontade o elemento de destaque da herança – e esse verdadeiro fetiche pela liberdade de determinar o destino póstumo do patrimônio influencia o discurso a respeito da sucessão *causa mortis* no Brasil. Não à toa, as discussões doutrinárias atuais permanecem muito mais focadas no poder de disposição do autor da herança do que nos interesses daqueles que são designados em lei como sucessores.

Em aparente contraste com o delimitado acima, há o tratamento da sucessão forçada. Aqui, o Código passa uma mensagem que atinge, em especial, dois dos inúmeros vieses cognitivos que afetam os seres humanos, quais sejam, (a) o “efeito dotação” – *endowment effect* –, segundo o qual as pessoas são propensas a sobrevalorizar aquilo que tem; e (b) a aversão à perda – *loss aversion* –, segundo o qual as reações às perdas são psicologicamente mais intensas do que aos ganhos (KAHNEMAN, 2012). Ao estabelecer que “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança” (art. 1.789) passa uma mensagem de tolhimento, interdição da liberdade (de testar); trata-se de uma regra de competência negativa, impondo uma abstenção, algo que o sujeito não pode fazer

⁴ Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

no exercício da sua autonomia. Nesse sentido, o termo “só” reforça a ideia de que o testador tem a sua autonomia testamentária retirada, cerceada, confinada apenas aos limites impostos pela lei; isso provoca um desconforto cognitivo decorrente justamente da perda (ainda que parcial) da tal liberdade. Não à toa, o profissional que atua com planejamento sucessório está acostumado a atender clientes que querem recuperar a sensação de controle a respeito do destino do patrimônio – muitas vezes, inclusive, solicitando como burlar os limites quantitativos legais. Melhor teria feito o legislador usando uma linguagem com competência positiva, reconhecendo ao testador uma possibilidade de ação, no sentido de que, ao testar, deve ativamente assegurar a proteção hereditária àquelas pessoas reconhecidas como sucessoras forçadas; assim, menor seria o desconforto cognitivo, pois a mensagem passada seria positiva, de responsabilidade e deveres para com certas pessoas.

Ainda a respeito da sucessão forçada, a divisão entre herdeiros necessários, de um lado, e facultativos, de outro, passa uma mensagem de que alguns familiares são mais próximos do falecido do que outros, tanto em termos de vontade presumida quanto em termos de deveres de solidariedade⁵. O prestígio dado pela lei aos sucessores forçados é tão grande, e os seus vínculos para com o *de cuius* são tão hereditariamente relevantes, que seus direitos sucessórios prevalecem até mesmo diante da vontade expressa no testamento; por outro lado, esses vínculos não são tão intensos em relação aos sucessores facultativos que, embora legítimos, podem ser afastados por simples testamento que não os contemple. Nesse contexto, em que temos uma mensagem de gradação das categorias de herdeiros, surgem duas importantes questões simbólicas. Em primeiro lugar, a inclusão do cônjuge no rol dos necessários no Código de 2002, indicando que, no século XXI, o significado social da família nuclear impede a privação de herança do cônjuge por mero arbítrio do outro, ao contrário do início do século XX, em que eram mais valorizados os laços biológicos e a manutenção do patrimônio preferencialmente de ascendente para descendente. Em segundo lugar, e associado a isso, está a proposital não inclusão do companheiro no referido rol quando da edição do novo *Codex*, com fundamento na ideia de que, havendo o mandamento constitucional de

⁵ A vontade presumida e os deveres de solidariedade são dois critérios orientadores da sucessão intestada (RIBEIRO, 2021).

facilitação da conversão da união estável em casamento, o tratamento sucessório das diferentes entidades não poderia ser o mesmo. A mensagem de então era: ambas são famílias reconhecidas e protegidas pela Constituição, porém o casamento historicamente vinha ocupando lugar de destaque e, por isso, merecia mais prestígio sucessório – inclusive por isso a vocação hereditária do companheiro estava regulamentada pelo agora declarado inconstitucional art. 1.790. Quando o Supremo Tribunal Federal decidiu pela mencionada inconstitucionalidade, embasando-se na inexistência de hierarquia entre os tipos familiares e consequente impossibilidade de tratamento sucessório prejudicial a um modelo, não se pronunciou expressamente a respeito da condição de herdeiro necessário do companheiro. A função expressiva do Direito das Sucessões deverá desempenhar um papel nas futuras decisões sobre a matéria: se designar um herdeiro como facultativo comunica a ideia de que ele está em grau abaixo em matéria de afeto e solidariedade em relação aos necessários, continuar a colocar a união estável nessa categoria menos importante representaria a manutenção de uma hierarquia simbólica já reconhecida como incompatível com a ordem constitucional brasileira. Por outro lado, caso a mensagem a ser passada à sociedade é no sentido de equiparação valorativa total entre casamento e união estável – ou seja, a ideia de que na sociedade brasileira não há uma família melhor do que a outra –, a igualdade de tratamento sucessório, inclusive em relação à sucessão forçada, é imprescindível.

Com a supramencionada declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, passou a haver uma única ordem de vocação hereditária *ab intestato* no sistema brasileiro: aquela prevista no art. 1.829, com aprofundamento da regulamentação nos artigos seguintes. Ocorre que essa ordem de vocação intestada é baseada em um modelo específico de família, qual seja, aquela fundada em *status* formal (casamento heterossexual e adoção) e na biologia; não à toa, trata-se do único modelo ao qual, até muito recentemente, havia reconhecimento de direitos sucessórios. Conforme mencionado na seção anterior, muitos dos debates a respeito da ampliação dos modelos de família protegidos pelo (e relevantes para o) Direito das Sucessões envolvem os impactos dessa ampliação no papel simbólico historicamente conferido ao modelo assim dito tradicional. Atualmente, o sistema jurídico brasileiro vem ampliando cada vez mais os vínculos

familiares hereditariamente relevantes, que antes se encontravam na periferia sucessória: uniões estáveis, uniões e casamentos entre pessoas do mesmo sexo, filiações socioafetivas. Com essa evolução, simbolicamente tais estruturas familiares passam a ter a mesma importância central conferida ao modelo tradicional, o que passa uma mensagem positiva de inclusão tanto para as próprias pessoas que vivem esses vínculos quanto para a sociedade em geral. (Não coincidentemente, todos esses modelos recém acolhidos pelo Direito das Sucessões são estruturalmente análogos ao tradicional.)

Por outro lado, estruturas não-heteronormativas de família – pessoas se tratam como família, que se compreendem como família e que são vistas em seus círculos sociais como família, conquanto não componham modelos de relacionamento estruturalmente análogos à família heteronormativa – são deixadas de fora da sucessão *causa mortis*, já que a ordem estabelecida pelo art. 1.829 não foi pensada para atender às particularidades, necessidades e anseios desses novos arranjos. Desse modo, o Código Civil de 2002 reforça a noção social de que as peculiaridades dessas entidades são de menor importância e que, para fruírem dos direitos estabelecidos em lei, elas devem se adaptar ao modelo tradicional. Por fim, ao negar reconhecimento e tutela sucessória a determinados modelos não-normativos de família, que fogem do paradigma da “família sexual”, o legislador reforça a visão negativa contra esses modelos, considerados de segunda categoria, “anormais”, desviantes ou até mesmo indesejados pelo ordenamento. Até mesmo os membros dessas famílias não-tradicionais correm o risco de enxergarem a si próprios com uma percepção negativa ou de inferioridade. Por outro lado, se o ordenamento fizer a opção pela promoção da diversidade, da tolerância, da aceitação e do acolhimento a toda forma de se relacionar – não apenas aos olhos do Direito, mas da sociedade como um todo –, é necessário pensar em novas ordens de vocação hereditária que atendam às diferentes realidades concretas.

Relacionada aos temas acima tratados está a mensagem que o Direito das Sucessões brasileiro passa a respeito do concubinato. A liberdade de testar é amplíssima em se tratando de potenciais beneficiados; o testador pode deixar herança ou legado para quase qualquer pessoa que quiser. (Em Portugal, um lisboeta deixou todo o seu patrimônio a estranhos escolhidos por meio da lista telefônica; a mesma situação seria perfeitamente possível no Brasil.) Apesar disso,

há restrições em relação a quem pode ser contemplado em testamento, em regra funcionalizadas à garantia de autenticidade e de segurança das disposições. Sem qualquer relação com essas finalidades, está a proibição de deixa testamentária para o concubino do testador casado (art. 1.801, III). São passadas duas mensagens altamente problemáticas a partir da referida regra. A primeira é no sentido de que se trata de uma proteção à família (casamentária), aqui entendida como um ente abstrato, merecedor de proteção em si mesmo e localizado acima das pessoas que o compõem – concepção essa anacrônica e incompatível com um direito sucessório constitucionalizado. A segunda mensagem é a da completa marginalização do amante, cujo relacionamento afetivo deve ser tão reprovado que até completos estranhos podem ser contemplados por testamento, mas ele, não. Se relacionamentos extraconjugais são, de modo geral, socialmente reprovados, a lei sucessória confirma e reforça tal compreensão. Por mais que os tribunais superiores venham reiterando a prevalência do princípio da monogamia, não se pode entendê-lo como absoluto, ainda mais em se tratando de colisão tanto com a autonomia privada testamentária quanto com a valorização de vínculos afetivos. Novamente, a mensagem passada pelo Código é de prestígio ao casamento, em si mesmo, em detrimento de quaisquer outros vínculos.

Sem a pretensão de esgotar o tema, o último tópico aqui trabalhado será o tratamento do comportamento dos potenciais sucessores. Com base na (mais do que justificada) ideia de igualdade formal, com algumas exceções pontuais⁶, todos sucessores de mesmo grau recebem, por força de lei, quinhões iguais. Com exceção das situações extremas e taxativas que justificam a exclusão por indignidade e a deserdação, o comportamento dos potenciais sucessores em relação ao autor da herança é indiferente. Por essa razão, a impressão que se passa é que, em matéria sucessória, para além de situações excepcionais tratadas no próximo parágrafo, a solidariedade familiar é unidirecional: do *de cuius* para com os seus sucessores. Há dois problemas, em termos de função expressiva, daí decorrentes. Em primeiro lugar, a ideia de que apenas as restritas hipóteses de afastamento sucessório são censuráveis do ponto de vista hereditário. Em segundo lugar, a compreensão que a mera existência do vínculo familiar mais próximo na

⁶ Como exemplo de exceção à regra, há divisão desigual quando há apenas ascendentes de segundo grau com diversidade no número de integrantes em cada linha.

ordem de vocação, independentemente das circunstâncias concretas, é o fundamento em si mesmo da tutela sucessória.

Quando o legislador indica algumas hipóteses de privação da herança (por indignidade ou deserção) em razão de condutas censuráveis, reforça-se a reprovabilidade delas na consciência social. Evidentemente, a repulsa social de o homicida receber a herança da vítima justifica em primeiro lugar a positivação de tal hipótese de exclusão; contudo, a própria previsão em lei mantém firme a censurabilidade de tal situação. O problema está na ausência de previsão legal de afastamento sucessório em razão de determinadas condutas que igualmente merecem grave reprovação social; exemplos claros e recorrentes são a violência doméstica e o abandono afetivo. (Na literatura, encontra-se repetidamente a péssima expressão “abandono afetivo inverso”, referindo-se àquele praticado pelos descendentes em relação aos ascendentes; a expressão é muito ruim porque não existe um sentido jurídico “regular” ou “natural” de afeto ou de abandono afetivo, muito menos um inverso.) Não resta dúvida de que, socialmente, ambas as mencionadas hipóteses merecem reprovação mais intensa do que, ilustrativamente, a interferência no pleno exercício da liberdade de testar; contudo, enquanto esta para o Código de 2002 justifica a indignidade, aquelas não. Em termos de simbolismo, o cenário é muito negativo: maridos que batem nas esposas, porém não foram responsáveis pelas suas mortes, e pessoas que não prestam a devida assistência a seus pais na velhice, a despeito dos seus atos, herdarão mesmo assim. Há doutrina minoritária que insiste em, contrariamente a noções básicas de hermenêutica, aplicar interpretação extensiva ou analógica a regras impositivas de sanções – o que é uma “forçação de barra” em razão da insuficiência do Direito posto. Se o legislador, em conformidade com os valores orientadores do sistema jurídico, deseja passar à sociedade a mensagem de que as supramencionadas condutas são reprováveis em todas as esferas do Direito, com o objetivo de desestimular a sua prática e mudar a compreensão social a seu respeito, deve reformar o Código e as inserir expressamente na legislação.

Em segundo lugar, porém também relacionado com o problema acima, está a ideia de que, independentemente da inexistência concreta de qualquer vínculo efetivo de afeto ou solidariedade (no sentido de cuidado ou dependência), o estar mais próximo na ordem de vocação hereditária, por si só, justifica a tutela

sucessória. No sistema atual, não havendo familiares mais próximos do *de cuius*, o sujeito herdará pela simples existência do vínculo abstratamente previsto em lei, independentemente de ter mantido relações concretas com o autor da herança; não se exige coisa alguma do sucessor para fazer jus ao seu título de vocação, exceto abster-se da prática dos atos justificadores de indignidade ou de deserdação. Em tal sistema de sucessão intestada, ilustrativamente, um filho que está presente nos momentos de necessidade (material, emocional e de saúde) do pai herda exatamente a mesma coisa que o outro filho que não via nem procurava o ascendente há 20 anos; pior, uma irmã unilateral que morava com a falecida herdará apenas a metade do que uma irmã bilateral que não a procurava desde a infância. (Ressalte-se aqui o supramencionado terrível simbolismo da regra do art. 1.841 do Código Civil de 2002.) Trata-se de um sistema que beneficia os *laughing heirs*: aqueles que, ao saber da morte, mais ficam felizes com o valor que receberão de herança do que enlutados pela perda do ente (não tão) querido. À sociedade, fica a mensagem de que o *status familiae* prevalece sobre atitudes concretas.

A partir das análises feitas acima, pode-se depreender que o Direito das Sucessões pode ser reformado para que as mensagens por ele passadas ajudem na construção do projeto de sociedade previsto na Constituição Federal. Se o legislador quer passar uma mensagem de desaprovação à concentração de riqueza, que onere o patrimônio herdado, vincule-o a uma função social e dificulte a existência dos herdeiros rentistas. Se se quer, de fato, fazer com que a sociedade enxergue todos os vínculos familiares – biológicos, afetivos etc. – como iguais, sem hierarquia entre si, que acabe com o estímulo à bionormatividade e trate hereditariamente todos os irmãos como iguais, independentemente de serem bilaterais ou unilaterais. Se o legislador quer que os testadores compreendam os seus deveres para com determinados familiares, em vez de usar uma linguagem que remete à interdição da liberdade, que se fale no exercício positivo de tal liberdade como meio de proteger as mencionadas pessoas. Se se deseja equiparar, com base na solidariedade, casamento e união estável, que se inclua de forma definitiva o companheiro no rol dos herdeiros necessários – que são particularmente prestigiados pela lei em detrimento dos facultativos. Se se quer proteger e promover toda forma de se relacionar afetivamente, que haja a devida proteção sucessória a formas não-heteronormativas de família, bem como ao concubinato. Se o legislador deseja

passar a mensagem de que a solidariedade familiar em matéria sucessória é recíproca, e não apenas unidirecional (do *de cuius* para com os sucessores), deve regulamentar melhor – para além das já existentes e taxativas hipóteses de indignidade e deserdação – os modos pelos quais o comportamento do herdeiro pode interferir na sucessão *causa mortis*. Nesse mesmo sentido, se se quer privilegiar hereditariamente relações efetivas de afeto e solidariedade (cuidado ou dependência), em vez de vínculos fundamentados exclusivamente no *status familiae*, o legislador deve abandonar o apego oitocentista às abstrações e construir um Direito das Sucessões que prestigie vínculos concretos mantidos pelo falecido.

6. CONCLUSÃO

Neste artigo, estudou-se a função expressiva do Direito e a sua aplicação ao Direito das Sucessões atualmente codificado no Brasil. Em primeiro lugar, conceituou-se significado social como o modo pelo qual as pessoas compreendem tais ações, omissões e *status*. Observou-se que os significados sociais são relativos no tempo e no espaço, contingentes em relação ao contexto em que se encontram. Percebeu-se ainda que agir conforme as normas sociais – com aquilo considerado normal, natural em determinado contexto – é socialmente incentivado, bem como que a recíproca é verdadeira.

Em segundo lugar, conceituou-se a teoria da função expressiva do Direito como aquela que estuda o modo como o ordenamento jurídico atua mantendo, reforçando ou modificando o contexto no qual certos fatos são interpretados – passando certas mensagens e, portanto, influenciando no modo como as pessoas pensam e se comportam e, conseqüentemente, nas normas sociais. Observaram-se as diferentes abordagens da função expressiva do Direito, depreendendo-se que a mais robusta é aquela que vem sendo desenvolvida por Cass Sunstein. Em terceiro lugar, identificaram-se aplicações concretas de tais teorias em diversos campos do Direito, a exemplo das regras de trânsito, das regras tributárias e do Direito das Sucessões.

Por fim, deduziram-se as mensagens passadas pelo Código Civil de 2002 em seu Livro V da Parte Especial. Observou-se que a ordem vocação hereditária,

conquanto pareça mero reflexo de como as coisas naturalmente são, na verdade é fruto de escolhas político-legislativas, que têm conteúdo semiótico.

Depreendeu-se que a igualdade de direitos sucessórios dos filhos ajuda a superar o antigo estigma – reforçado por regras jurídicas hoje revogadas – existente em prejuízo daqueles havidos fora do casamento. Identificou-se, por outro lado, que o tratamento diferenciado aos irmãos em razão de serem bilaterais ou unilaterais reforça uma anacrônica bionormatividade.

Notou-se que, embora tenha havido tentativa de prestigiar a sucessão legítima no Código Civil de 2002, a liberdade de testar continua tendo primazia no trato legislativo, razão pela qual permanece um fetiche pelo poder de disposição do autor da herança, em detrimento dos interesses das pessoas indicadas em lei como sucessoras. Percebeu-se ainda que o tratamento da sucessão forçada passa uma mensagem de tolhimento e cerceamento da autonomia privada testamentária, em vez de senso de deveres e responsabilidades para com certas pessoas, o que estimula as tentativas de burla ao sistema. Verificou-se que a divisão entre herdeiros facultativos e necessários simboliza uma gradação das pessoas com quem se tem mais ou menos afeto e responsabilidades, razão pela qual, no futuro, o companheiro sobrevivente deve ser equiparado ao cônjuge nessa seara, sob pena de perpetuação da ideia de que um modelo de família é melhor do que o outro. Compreendeu-se que uma ordem de vocação fundada em um modelo heteronormativo passa uma mensagem de exclusão e de não pertencimento a respeito das pessoas que vivem em arranjos não análogos à “família tradicional”.

Viu-se ainda que a proibição legal de deixar de última vontade para o concubino do testador casado confirma e reforça a reprovação social às relações extraconjugais. Deduziu-se que essa opção do legislador transmite uma problemática mensagem expressiva de valorização da família casamentária enquanto ente abstrato em si mesmo, em detrimento do respeito ao afeto e à autonomia privada testamentária.

Por fim, depreendeu-se que há insuficiências nas mensagens sociais passadas pelo tratamento legal do comportamento dos sucessores em relação ao autor da herança. De um lado, pela insuficiência das condutas justificadoras de indignidade ou deserdação, não havendo adequada reprovação simbólica de situações como violência doméstica ou abandono afetivo. De outro lado, pela

igualdade de quinhões em relação a herdeiros de mesmo grau, ainda que alguns não mantivessem qualquer efetivo e concreto vínculo de afetividade e de dependência em relação ao *de cuius* – beneficiando aquelas pessoas que mais ficam felizes com a herança do que enlutadas com a morte.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Richard. The expressive function of constitutional amendment rules. **McGill Law Journal**, vol. 59, 2013.

ANDERSON, Elizabeth S.; PILDES, Richard H. Expressive theories of law: a general restatement. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 148, 2000.

BAKER, Katherine K. Bionormativity and the Construction of Parenthood. **Georgia Law Review**, n. 42, 2008.

BEST, Eli K. Atypical actors and tort law's expressive function. **Marquette Law Review**, vol. 96, 2012.

BURG, Wibren van der. The expressive and communicative functions of law, especially with regard to moral issues. **Law and Philosophy**, vol. 20, 2001.

CAIN, Patricia A. Heterosexual privilege and the Internal Revenue code. **University of San Francisco Law Review**, vol. 34, 2000.

CITRON, Danielle Keats. Law's expressive value in combating cyber gender harassment. **Michigan Law Review**, vol. 108, 2009.

COOTER, Robert. Expressive law and economics. **The journal of legal studies**, vol. 27, 1998.

DHARMAPALA, Dhammika; MCADAMS, Richard H. The Condorcet jury theorem and the expressive function of the law: a theory of informative law. **American Law and Economics Review**, vol. 5, 2003.

FELDMAN, Yuval; NADLER, Janice. The law and norms of file sharing. **San Diego Law Review**, vol. 43, 2006.

FELLOWS, Mary Louise *et al.* Committed partners and inheritance: an empirical study. **Minnesota Journal of Law and Inequality**, vol. 16, 1998.

GARY, Susan N. Adapting Intestacy Laws to Changing Families. **Minnesota Journal of Law and Inequality**, vol. 18, 2000.

HOUGE, Anette B. Narrative expressivism: a criminological approach to the expressive function of international criminal justice. **Criminology and Criminal Justice**, vol. 19, 2019.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAZYAK, Emily; STANGE, Mathew. Backlash or a positive response? Public opinion on LGB issues after Obergefell v. Hodges. **Sociology Department, Faculty Publications**. University of Nebraska-Lincoln, 2018.

LESSIG, Lawrence. The regulation of social meaning. **The University of Chicago Law Review**, vol. 62, 1995.

LIPSON, Jonathan C. The expressive function of directors' duties to creditors. **Stanford Journal of Law, Business & Finance**, vol. 12, 2007.

MCADAMS, Richard H. An attitudinal theory of expressive law. **Oregon Law Review**, vol. 79, 2000.

MCADAMS, Richard H. Focal Point Theory of Expressive Law. **Virginia Law Review**, vol. 86, 2000.

MCGINN, Thomas A. J. The expressive function of law and the Lex Imperfecta. **Roman Legal Tradition**, vol. 11, 2015.

NADLER, Janice. Flouting the law. **Texas Law Review**, vol. 83, 2005.

NADLER, Janice. Expressive law, social norms, and social groups. **Law & Social Inquiry**, vol. 42, 2017.

PIERCE, Robin. The expressive function of public health policy: the case of pandemic planning. **Public Health Ethics**, vol. 4, 2011.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

KREICZER-LEVY, Shelly. Succession Law in Israel: Individualism and the Family. **Israel Studies Review**, vol. 28, n.2, 2013.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Breves reflexões sobre a estruturação da ordem de vocação hereditária *ab intestato* no Código Civil de 2002. **Revista IBDFAM – Família e Sucessões**, vol. 48, 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCALISE JR, Ronald J. New Developments in United States Succession Law. **The American Journal of Comparative Law**, v. 54, 2006.

SPITKO, E. Gary. The expressive function of Succession Law and the merits of non-marital inclusion. **Arizona Law Review**, n. 41, 1999.

SPIVACK, Carla. Are women human? Tampon taxes and the semiotics of exclusion. **Columbia Journal of Gender and Law**, vol. 41, 2021.

SUNSTEIN, Cass R. Incommensurability and valuation in law. **Michigan Law Review**, vol. 92, 1993.

SUNSTEIN, Cass R. Conflicting Values in Law. **Fordham Law Review**, vol. 62, 1994.

SUNSTEIN, Cass R. On the expressive function of law. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 144, 1995.

SUNSTEIN, Cass R. Social norms and social roles. **Columbia Law Review**, vol. 96, 1996.

VELTE, Kyle C. Obergefell's expressive promise. **HLRe: off the record**, vol. 6, 2015.

WITTLIN, Maggie. Buckling under pressure: an empirical test of the expressive effects of law. **Yale Journal of Regulation**, vol. 28, 2011.