

**MARCO AURÉLIO FERNANDES GARCIA**

**SANÇÕES REPUTACIONAIS E O CUMPRIMENTO DOS CONTRATOS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR DR. JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**SÃO PAULO-SP**

**2020**

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Fernandes Garcia, Marco Aurélio  
Sanções Reputacionais e o Cumprimento dos  
Contratos ; Marco Aurélio Fernandes Garcia ;  
orientador José Augusto Fontoura Costa -- São Paulo,  
2020.  
300

Tese (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em  
Direito Internacional) - Faculdade de Direito,  
Universidade de São Paulo, 2020.

1. Sanções informais. 2. Sanções reputacionais. 3.  
Sistemas jurídicos privados. 4. Teoria das redes. 5.  
Reputação. I. Fontoura Costa, José Augusto, orient.  
II. Título.

**MARCO AURÉLIO FERNANDES GARCIA**

**SANÇÕES REPUTACIONAIS E O CUMPRIMENTO DOS CONTRATOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Internacional sob a orientação do Professor Doutor José Augusto Fontoura Costa.

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**SÃO PAULO-SP**

**2020**

## FOLHA DE APROVAÇÃO

**Nome:** Marco Aurélio Fernandes Garcia

**Título:** Sanções reputacionais e o cumprimento dos contratos

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição \_\_\_\_\_

Julgamento \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição \_\_\_\_\_

Julgamento \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição \_\_\_\_\_

Julgamento \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

Pelo companheirismo físico, emocional e intelectual por anos e por me fazer acreditar e alcançar os meus maiores sonhos, fazendo com que eu me tornasse a pessoa que eu sempre desejei, eu dedico este trabalho a uma pequena fada chamada Letícia Francisco Ribeiro Alves Dias.

## AGRADECIMENTOS

O trabalho do pesquisador é social, tanto no sentido de que deve retribuir à sociedade a confiança nele investida, mas também no sentido de que é uma obra feita em conjunto. Não é por motivo diverso que agradecer a todos aqueles que participaram desta trajetória seja necessariamente parte deste trabalho.

Agradeço ao meu pai, José Leonardo Garcia, pelo incentivo, à minha mãe, Suzete Fernandes Garcia, pela confiança, e ao meu irmão, Marcos Vinicius Fernandes Garcia, pelo exemplo, à minha tia, Solange Fernandes Gasparino, pelo exemplo de força e perseverança, e às minhas primas Kelly Fernandes Gasparino e Priscila Fernandes Gasparino pela companhia durante todo esse tempo.

Agradeço ao meu Professor Orientador José Augusto Fontoura Costa, por servir como referencial teórico, inspiração e norte acadêmico e intelectual, guiando os caminhos pelos quais se desenvolveram esta dissertação.

Agradeço à Letícia Francisco Alves Ribeiro Dias, por estar do meu lado nos mais diversos lugares e por me fazer criar coragem para ir atrás e alcançar os meus maiores sonhos.

Agradeço ao meu sócio já de longa data, Luís Fernando Costa Oliveira, pelos anos de parceria e trabalho duro no nosso grande projeto.

Agradeço ao corpo acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pelos ensinamentos jurídicos e não-jurídicos durante a última década.

Agradeço ao corpo acadêmico da Université du Luxembourg pela expansão dos meus horizontes figurativa e literalmente (com o ensino de Direito do Espaço), em particular na figura da Professora Mahulena Hoffman.

Agradeço aos colegas que durante a minha passagem pela Agência Espacial do Luxemburgo, em especial na figura da minha supervisora Dovillé Matuleviciuté, pela orientação de Mathias Link, Marc Serres e Joseph Mousel, em particular pela grande e desafiadora companhia de Sarah Fleischer e pela inspiração que emana de Gary Martin.

Agradeço pelo acolhimento e pela intensidade da experiência no Ministério das Relações Exteriores do Brasil, em especial na figura do meu supervisor Leandro Rocha, que me ensinou profundas lições sobre diplomacia e Direito Internacional.

Agradeço a todos os amigos e colegas que participaram deste percurso, em especial, pela paciência, Mario Gamaliel Guazzeli de Freitas, pelo apoio, Alex Silva Oliveira e Vivian

Rocha Gabriel, pela amizade de longuíssima data, Davi Pereira de Almeida, Arthur Takeshi Murakawa, Vinicius Lio Rodrigues, Jean Phelippe de Oliveira Souza, Lucas Narciso, Pietro Cariola, Luiz Roveran, pelo exemplo, Pedro Luís Chambô, Peter Adrian Barna, Michelle Young Lee e Pedro Augusto Simões da Conceição, pela companhia, a Rafael Neves, pela parceria intelectual, às queridas Gabrielle Matsumoto, Cecília Corelli, Flávia Parra, Aline Molinari e Bruna Alves Gonçalves, pela presença constante na minha vida,

Agradeço aos amigos que fiz e que me apoiaram quando eu estive fora, em especial pela incrível força de vida de Delphine Ernst, pelos caminhos que se abriram em conversas com a Sigrid Heirbrandt, pela presença constante do Yi Gong, Mohammed Amr e Eriona Prençi, pelas experiências vividas com Nicolas Wurth, Corentin dal Pra, Júlia Drummond, Guilherme Belotto, Natalia Olechnowicz e Chloé Catallo.

Agradeço, ademais, a todos que direta ou indiretamente me auxiliaram na execução deste trabalho.

Finalizo a presente obra com diversas incertezas em relação ao estudo. Confesso que encerro este ciclo com mais perguntas do que respostas. No entanto, carrego comigo também algumas poucas certezas. Dentro desta exígua coleção de certezas, eu estou confiante que cresci e amadureci muitíssimo com o caminho até agora traçado. Estou certo que o caminho foi difícil em alguns momentos, porém sempre recompensador. Hoje entendo que o caminho é mais importante que o destino. Confio que estou apenas no início da minha trajetória e aguardo ansiosamente o desenrolar dos próximos passos.

*En aquel Imperio, el Arte de la Cartografía logró tal Perfección que el mapa de una sola Provincia ocupaba toda una Ciudad, y el mapa del Imperio, toda una Provincia. Con el tiempo, estos Mapas Desmesurados no satisficieron y los Colegios de Cartógrafos levantaron un Mapa del Imperio, que tenía el tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él.*

*Menos Adictas al Estudio de la Cartografía, las Generaciones Sigüientes entendieron que ese dilatado Mapa era Inútil y no sin Impiedad lo entregaron a las Inclemencias del Sol y los Inviernos. En los desiertos del Oeste perduran despedazadas Ruinas del Mapa, habitadas por Animales y por Mendigos; en todo el País no hay otra reliquia de las Disciplinas Geográficas.*

*(“Del Rigor en la Ciencia”, Jorge Luís Borges)*



GARCIA, Marco Aurélio Fernandes. **Sanções reputacionais e o cumprimento dos contratos**. 2020. 300 p. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

## RESUMO

Analizamos o fenômeno das sanções reputacionais nas comunidades comerciais sob uma perspectiva tripartite – Estado, contrato e relação – para verificar os principais impactos, efeitos, relações e desenvolvimentos das sanções reputacionais nos contratos comerciais. Aplicando o instrumental teórico da Teoria das Redes, desenvolvemos um simples modelo teórico da transmissão de informação sobre reputação em redes comerciais que permite melhor compreendermos as dinâmicas às quais estão sujeitos os agentes comerciais quando optam por cooperar ou trair o parceiro comercial. Sob essa perspectiva, delineamos os principais pontos das sanções reputacionais, que envolvem a sua característica de sinalização de qualidades do comerciante à comunidade, a sua representação enquanto fuga do sancionamento formal e criação de sistemas jurídicos privados, a sua natural e intrínseca relação de complementariedade com as sanções formais e a sua função precípua de atuar como mecanismo de governança contratual. Partindo da revisão da literatura, podemos vislumbrar uma abertura cognitiva hermenêutica para que consideremos o desenvolvimento de novas categorias, funções e relações de causidade com fundamento em um modelo dinâmico de transmissão de informação sobre reputação comercial.

**Palavras-chave:** Sanções informais. Sanções reputacionais. Sistemas jurídicos privados. Teoria das redes. Reputação.

GARCIA, Marco Aurélio Fernandes. **Reputational sanctions and contract performance**. 2020. 300 p. Dissertation (Master in International Law) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

## **ABSTRACT**

This work addresses the topic of reputation sanctions in business communities through a tri-tiered perspective – State, contract and relation – in order to determine the main impacts, effects, relations and developments of reputational sanctions in commercial contracts. With the application of the theoretical basis of network theory, we devised a simple theoretical model of transmission of information concerning reputation in business communities that allows for a better understanding of the dynamics underlying business agents' decisions to cooperate or cheat on their commercial partners. Under this theoretical framework, we assessed the main issues relating to reputational sanctions, especially that they signal characteristics of the agent to the community, that they represent a crowd out of the formal sanctioning system and they foster the creation of private legal systems, their natural relation of complementarity with formal sanctions and their function as contractual governance mechanisms. This literature review provides us the possibility for a cognitive hermeneutical opening under which we may consider the development of new categories, functions and casualty relationships based on a dynamic model for transmission of information concerning commercial reputation.

**Keywords:** Informal sanctions; reputational sanctions; private legal systems; network theory; reputation.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

<b>Gráfico 1 - As sete pontes de Königsberg</b>	<b>143</b>
<b>Gráfico 2 - Caminhos Eulerianos nas sete pontes de Königsberg</b>	<b>144</b>
<b>Gráfico 3 - Distribuição normal e regra de potência</b>	<b>146</b>
<b>Gráfico 4 - Redes complexas</b>	<b>147</b>
<b>Gráfico 5 - Nodos isolados</b>	<b>152</b>
<b>Gráfico 6 - Outros elementos participantes da relação</b>	<b>153</b>
<b>Gráfico 7 - Construção da rede estática No. 1</b>	<b>153</b>
<b>Gráfico 8 - Construção da rede estática No. 2</b>	<b>154</b>
<b>Gráfico 9 - Construção da rede estática No. 3</b>	<b>154</b>
<b>Gráfico 10 - Nodos hiper e hipoconectados</b>	<b>155</b>
<b>Gráfico 11 - Clusters e hubs No. 1</b>	<b>156</b>
<b>Gráfico 12 - Clusters e Hubs No. 2</b>	<b>157</b>
<b>Gráfico 13 - Plano das associações e organizações comerciais</b>	<b>158</b>
<b>Gráfico 14 - Redes de comunicação</b>	<b>161</b>
<b>Gráfico 15 - Redes de coexistência, referência, confluência, correlação e adjacência</b>	<b>161</b>
<b>Gráfico 16 - Caminhos da informação</b>	<b>162</b>
<b>Gráfico 17 - Transmissão da informação versus tempo</b>	<b>163</b>
<b>Gráfico 18 - Dissipação da informação</b>	<b>165</b>
<b>Gráfico 19 - Unidades de informação versus tempo e agregado de informação no sistema versus tempo</b>	<b>166</b>
<b>Gráfico 20 - Custo de transmissão de informação versus tempo</b>	<b>169</b>
<b>Gráfico 21 - Quantidade de informação a cada transmissão</b>	<b>170</b>
<b>Gráfico 22 - A associação representada como nodo</b>	<b>173</b>

## LISTA DE TABELAS

<b>Tabela 1 - Matriz teórica do Dilema do Prisioneiro No. 1</b>	<b>266</b>
<b>Tabela 2 - Matriz teórica do Dilema do Prisioneiro No. 2</b>	<b>267</b>
<b>Tabela 3 - Jogo evolucionário Hawk versus Dove</b>	<b>271</b>

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>17</b>
<b>2 METODOLOGIA DE ANÁLISE</b>	<b>23</b>
<b>2.1 O DESENVOLVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO</b>	<b>23</b>
<b>2.2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ENQUANTO METODOLOGIA</b>	<b>25</b>
<b>2.3 DISTINÇÃO: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW E LAW AND ECONOMICS</b>	<b>31</b>
<b>2.4 ECONOMIA INSTITUCIONAL E NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL – CUSTOS DE TRANSAÇÃO</b>	<b>33</b>
<b>3 SANÇÕES FORMAIS E INFORMAIS: DEFINIÇÕES E CONCEITOS</b>	<b>41</b>
<b>3.1 ETIMOLOGIA DO VOCÁBULO SANÇÃO</b>	<b>41</b>
<b>3.2 SANÇÕES REPRESSIVAS, PREMIAIS, NEGATIVAS E POSITIVAS</b>	<b>44</b>
<b>3.3 A FUNÇÃO DA SANÇÃO NA TEORIA GERAL DO DIREITO: BREVÍSSIMAS NOTAS</b>	<b>48</b>
<b>3.4 A VISÃO CRIMINOLÓGICA DA SANÇÃO</b>	<b>54</b>
<b>3.5 SANÇÕES FORMAIS E INFORMAIS: DEFINIÇÃO DE TRABALHO</b>	<b>59</b>
<b>3.6 SANÇÕES INFORMAIS CONTRATUAIS E SANÇÕES INFORMAIS REPUTACIONAIS</b>	<b>66</b>
<b>3.7 SANÇÕES INFORMAIS REPUTACIONAIS EM REDE E INSTITUCIONALIZADAS</b>	<b>76</b>
<b>3.8 REPUTAÇÃO COMERCIAL: DEFINIÇÃO DE TRABALHO</b>	<b>79</b>
<b>4 ANÁLISE HISTÓRICA DAS SANÇÕES INFORMAIS COMERCIAIS</b>	<b>83</b>
<b>4.1 A LEX MERCATORIA E A PROTEÇÃO DOS COMERCIANTES</b>	<b>85</b>
<b>4.2 PRIMÓRDIOS DAS ASSOCIAÇÕES COMERCIAIS: AS GUILDAS E O CONSELHO DA CIDADE</b>	<b>96</b>
<b>4.3 AS FEIRAS MEDIEVAIS DE CHAMPAGNE</b>	<b>100</b>
<b>4.4 A IGREJA CATÓLICA</b>	<b>103</b>
<b>4.5 A LEX MARITIMA DA LIGA HANSEÁTICA: A REGRA DO MEIO FRETE</b>	<b>107</b>
<b>4.6 REINHEITSGEBOT DA BAVIERA</b>	<b>111</b>
<b>4.7 AS ASSOCIAÇÕES COMERCIAIS MODERNAS</b>	<b>115</b>
<b>5 ELEMENTOS BÁSICOS DAS SANÇÕES INFORMAIS REPUTACIONAIS</b>	<b>123</b>

<b>5.1 FIGURA DE IMPOSIÇÃO</b>	<b>124</b>
<b>5.2 OBJETO DA SANÇÃO</b>	<b>126</b>
<b>5.3 INTERESSE E FATOR GERADOR DA IMPOSIÇÃO DA SANÇÃO</b>	<b>128</b>
<b>5.4 GARANTIAS AO SANCIONADO</b>	<b>129</b>
<b>5.5 MECANISMOS DE EXECUÇÃO E EXTRATERRITORIALIDADE</b>	<b>130</b>
<b>5.6 CATEGORIAS MAIS COMUNS DAS SANÇÕES INFORMAIS REPUTACIONAIS</b>	<b>134</b>
<b>6 AS REDES DE TRANSMISSÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE REPUTAÇÃO</b>	<b>142</b>
<b>6.1 AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DAS REDES – SCALE-FREE POWER LAW SOCIAL NETWORKS</b>	<b>142</b>
<b>6.2 TRANSMISSÃO DE INFORMAÇÃO POR LAÇOS FRACOS</b>	<b>149</b>
<b>6.3 REDES COMERCIAIS, CLUSTERS E HUBS E TRANSMISSÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE REPUTAÇÃO</b>	<b>152</b>
<b>6.4 UM MODELO TEÓRICO DA CONSTRUÇÃO DAS REDES DE COMUNICAÇÃO – UMA VISÃO DINÂMICA</b>	<b>160</b>
<b>6.5 DISTRIBUIÇÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE REPUTAÇÃO POR MEIO DE REDES ASSOCIATIVAS</b>	<b>175</b>
<b>6.6 CONFIANÇA E REDES ASSOCIATIVAS DE TRANSMISSÃO DE INFORMAÇÃO</b>	<b>181</b>
<b>7 RACIONAL JURÍDICO E ECONÔMICO DAS SANÇÕES INFORMAIS REPUTACIONAIS</b>	<b>187</b>
<b>7.1 FUGA DO SISTEMA ESTATAL DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS</b>	<b>188</b>
<b>7.2 SINALIZAR AS QUALIDADES POSITIVAS E NEGATIVAS DO COMERCIANTE</b>	<b>197</b>
<b>7.2.1 Panorama Teórico</b>	<b>197</b>
<b>7.2.2 A Sinalização Dos Laços Fracos</b>	<b>206</b>
<b>7.3. MECANISMO DE DELEGAÇÃO DO CONTROLE DAS ATIVIDADES COMERCIAIS</b>	<b>208</b>
<b>7.4 MECANISMO DE GOVERNANÇA INFORMAL CONTRATUAL</b>	<b>212</b>
<b>7.5 CADEIAS DE CRÉDITO E CADEIAS DE CONFIANÇA</b>	<b>220</b>
<b>7.6 INDEPENDÊNCIA EM RELAÇÃO ÀS SANÇÕES FORMAIS</b>	<b>226</b>
<b>7.7 OS SISTEMAS JURÍDICOS PRIVADOS DAS SANÇÕES INFORMAIS</b>	<b>234</b>
<b>7.7.1 A fuga do centralismo jurídico – a subapreciação das normas sociais na literatura jurídica</b>	<b>235</b>

7.7.2 A evolução das instituições comerciais para formação dos sistemas jurídicos privados _____	242
7.8 COMPLEMENTARIDADE ENTRE SANÇÕES FORMAIS E INFORMAIS __	252
7.9 O SURGIMENTO DA COOPERAÇÃO POR MEIO DA RECORRÊNCIA DAS INTERAÇÕES _____	260
7.9.1 Instrumental teórico _____	260
7.9.2 Fatores de cooperação e a sombra do futuro _____	264
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS _____	283
REFERÊNCIAS _____	286





## 1 INTRODUÇÃO

Quando os indivíduos realizam trocas, distribuem-se mercadorias e serviços, assim como são trocadas preciosas informações sobre o agente, a sua conduta, histórico de transações e reputação. Os maus agentes não são somente sancionados apenas pela Lei, mas também por seus pares, cujas penalidades não raramente são mais relevantes economicamente do que aquelas impostas pelo Estado. Não é demais afirmar que a reputação é uma das moedas do comércio, sendo possivelmente mais valiosa que o próprio capital financeiro. Enquanto o capital financeiro pode ser facilmente recuperado, o mesmo não é válido para a reputação<sup>1</sup>.

Os agentes comerciais respeitam normas sociais que não necessariamente coincidem com as normas jurídicas. Os motivos são múltiplos: evitar a ostracização social, observar costumes imemoriais, vergonha, isolamento, perda de reputação, entre outros. Infelizmente, ao sobrelevar os efeitos das normas sociais nas normas jurídicas, a literatura jurídica falha em considerar parte substancial da realidade social, econômica e até mesmo jurídica da comunidade mercantil. Embora a ciência do Direito tenha historicamente se dedicado a responder aos questionamentos acerca dos efeitos das normas jurídicas na sociedade, esta análise recorrentemente ignora os efeitos informais das normas jurídicas<sup>2</sup>.

O presente trabalho visa rever o desenvolvimento da literatura neste tópico – a intersecção das normas sociais e jurídicas na comunidade -, por meio do estudo dos efeitos das sanções informais reputacionais no cumprimento dos contratos.

É certo que os empresários contratam para obter lucro e, quando o fazem, procuram formas e mecanismos de assegurar que as prestações avençadas serão cumpridas. As trocas no mercado requerem um ambiente que privilegie a segurança e a previsibilidade jurídicas, provendo uma ordem de regularidade e previsibilidade no modo de agir<sup>3</sup>. Estas formas e mecanismos de apoio às transações comerciais formam, em conjunto, um panorama jurídico que visa prover calculabilidade às transações entre os agentes econômicos<sup>4</sup>. As

---

<sup>1</sup> ERP, Judith van. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. **Erasmus Law Review**, vol. 1, No. 5, p. 145-162, 2009. p. 146.

<sup>2</sup> POSNER, Eric. **Law and Social Norms**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 4.

<sup>3</sup> FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 75-76.

<sup>4</sup> TRUBEK, David. Max Weber on the Law and the Rise of Capitalism. **Wisconsin Law Review**, n. 720, p. 720-753, 1972. A denominação de “calculabilidade do direito” é um termo desenvolvido pro Max Weber e apontado pelo autor como um dos mais importantes desenvolvidos do direito em razão do modelo capitalista de

sanções informais são uma das respostas organicamente geradas para o problema fundamental da garantia e estabilização das transações comerciais, que, por sua vez, é uma parte do problema fundamental das trocas comerciais transfronteiriças, aplicável aos contratos internacionais<sup>5</sup>.

A calculabilidade das transações mostra-se eminentemente necessária nas trocas comerciais internacionais, em que as empresas tomam rotineiramente decisões de alto impacto em face de inúmeras incertezas e inexatidões sobre o futuro. A maior calculabilidade das transações econômicas resultante de uma maior certeza do Direito pode ser vista, inclusive, como um dos principais predicados do próprio sistema capitalista<sup>6</sup>.

Embora advindas do mundo econômico, as transações comerciais não existem em um isolamento esplêndido dos demais sistemas, em particular o sistema jurídico e social. Sob uma perspectiva clássica e puramente econômica, nenhum compromisso futuro de trocas comerciais seria sagrado em face do princípio da utilidade marginal puramente econômica. Isto é, se os agentes econômicos vislumbrassem ganhos suficientes no futuro para sopesar as perdas atuais, a decisão econômica racional seria a quebra do vínculo comercial atual<sup>7</sup>.

Contudo, os agentes do mercado necessitam da confirmação de que os outros agentes não irão violar os seus compromissos, sob pena do próprio sistema de trocas ir à ruína. Historicamente, duas grandes formas de estabilizar as relações comerciais, evitando o impasse entre a utilidade econômica e sacralidade dos contratos, ou entre os ganhos de curto-prazo versus as perdas de longa prazo, ou entre cooperação e oportunismo, foram consagradas na literatura jurídica: o Estado e os contratos.

A aproximação do Estado ao modelo de racionalidade lógico-formal imprescindível ao desenvolvimento do capitalismo é de origem Weberiana e precede uma longa linha de pensadores sobre os efeitos da atuação Estatal sobre os contratos e relações

---

sociedade, em conjunto com o desenvolvimento de regras substantivas acerca da atuação dos agentes de mercado. In WEBER, Max. **Economy and Society**. Berkeley: University of California Press, 1978.

<sup>5</sup> Tema abordado em: COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova lex mercatoria e a estabilização das relações comerciais internacionais. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, No. 6, p. 4783-4810, 2013. p. 4786-4787.

<sup>6</sup> WEBER, Max. **Economy and Society**. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 847.

<sup>7</sup> Este ponto é ilustrado por FULLER: “*Before the principle of marginal utility nothing is sacred; all existing arrangements are subject to being reordered in the interest of increased economic return*”. FULLER, Lon. **The Morality of Law**. New Haven: Yale University Press, 1964. p. 28.

comerciais<sup>8</sup>. O Estado Weberiano lógico-formal assegura as transações por meio da força ou da ameaça de uso da força. Os contratos são um mecanismo reconhecido para prover segurança e previsibilidade às transações comerciais, sendo ainda, por conseguinte, um mecanismo de diminuição de custos de transação, reduzindo contingências e permitindo à empresa e ao empresário anteverem as consequências de suas escolhas negociais<sup>9</sup>, assegurando as transações por meio da possibilidade de recurso ao uso da força (Estado), se e quando necessário.

Ocorre que há um terceiro elemento de estabilização das relações comerciais, possivelmente muito mais eficiente do que Estado e contrato para a estabilização das relações comerciais: a **socialização**, composta pelos métodos informais de aprovar e reprovar comportamentos comerciais.

Com efeito, o reconhecimento da relevância dos efeitos extralegais e extracontratuais nas relações comerciais acompanha o início da sociologia em WEBER com a inclusão do Direito em sua teoria e método sociológicos. Contudo, uma análise mais moderna e aprofundada da influência de aspectos extralegais e extracontratuais na contratação aparece somente em MACAULAY, em 1963. Em seu trabalho, MACAULAY não só avança no estado da arte da matéria com as suas considerações sobre o tema, assim como o método para investigá-lo se destaca, tendo em vista o elevado grau de empiria<sup>10</sup>. Neste ínterim, autores de grande renome, como ERIC POSNER, decisivamente avançaram no estudo do relacionamento das normas sociais e jurídicas na comunidade<sup>11</sup>. A utilização da empiria para investigar o fenômeno da socialização e dos impactos das sanções informais nas relações comerciais atingiu grande relevância nos três artigos seminais publicados por BERNSTEIN entre a década de 1990 e o início dos anos 2000<sup>12</sup>. Mais recentemente, novas obras surgiram com o enfoque nos efeitos da

---

<sup>8</sup> WEBER, Max. **Economy and Society**. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 656-657 e seguintes. Tendo em vista a grande quantidade de autores que já estudou este fenômeno, não convém mencioná-los separadamente neste momento.

<sup>9</sup> COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, out. 1960. p. 400.

<sup>10</sup> MACAULAY, Stewart. Non-Contractual Relations in Business: a Preliminary Study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, fev/1963. p. 56-57.

<sup>11</sup> À guisa de ilustração, citamos POSNER, Eric. **Law and Social Norms**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 4.

<sup>12</sup> São estes: BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. **Journal of Legal Studies**, v. XXI, p. 115-157, jan/1992; BERNSTEIN, Lisa. Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 144, p. 1765-1821, 1996; BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the

comunidade nas relações comerciais, com os trabalhos de ELLICKSON<sup>13</sup>, MACAULAY<sup>14</sup>, BERNSTEIN<sup>15</sup> e GREIF<sup>16</sup>, SCOTT, entre outros<sup>17</sup>.

Em breve nota introdutória, BERNSTEIN erige a sua construção teórica jurídica com base em dados qualitativos obtidos com os integrantes de mercados específicos por meio de entrevistas e traça conclusões e correlações na busca pela interpretação do significado jurídico da atuação econômica e social destes atores. Em suas contribuições, a socialização das relações comerciais é vista, ao menos nestes mercados, como um fator determinante da própria tomada de decisão econômica<sup>18</sup>. Ou seja, um fenômeno social – as teias de relacionamento comerciais, a estrutura das relações entre os principais agentes, entre outros – com reflexos econômicos – estabilidade das operações comerciais, fomento à cooperação e confiança recíproca, entre outros – apresenta importantes consequências e contribuições jurídicas para a melhor compreensão do panorama jurídico sob o qual se sustentam as transações comerciais, em especial aquelas de caráter transnacional, usualmente cercadas de inseguranças e incertezas em razão de sua própria natureza transfronteiriça. Assim, esta ótica investigativa – econômica, jurídica e social - indica a possibilidade de uma maior compreensão sobre a criação, manutenção e extinção de instituições jurídicas e revela traços importantes sobre como os mercados e os agentes do mercado se organizam de determinadas formas e em respeito a determinadas necessidades sociais e econômicas.

---

Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. Mais recentemente: BERNSTEIN, Lisa. Beyond Relational Contracts Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, No. 742, p. 1-71, 2016.

<sup>13</sup> ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

<sup>14</sup> MACAULAY, Stewart. Non-Contractual Relations in Business: a Preliminary Study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, fev/1963. p. 55 e ss.

<sup>15</sup> BERNSTEIN, Lisa. Beyond Relational Contracts Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, No. 742, p. 1-71, 2016.

<sup>16</sup> GREIF, Avner. Reputation and Coalitions in Medieval Trade: Evidence of the Maghribi Traders. **The Journal of Economic History**, Vol. 49, No. 4, p. 857-882, dez/1989.

<sup>17</sup> Por exemplo, mencionamos a análise aprofundada de mercados específicos em: FAFCHAMPS, Marcel. The Enforcement of Commercial Contracts in Ghana. **World Development**, Vol. 24, No. 3, p. 427-448, mar/1996; CLAY, Karen. Trade without Law: Private-Order Institutions in Mexican California. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, vol. 13, No. 1, p. 202-231, 1997. McMILLAN, John, WOODRUFF, Christopher. Private Order under Dysfunctional Public Order. **Michigan Law Review**, vol.98, No. 8, p. 2421-2458, 2000; McMILLAN, John, WOODRUFF, Christopher. Dispute Prevention without Courts in Vietnam. **The Journal of Law, Economics, and Organization**. Vol. 15, p. 637-663, 1999; CHARNY, David. Non-Legal Sanctions in Commercial Relationships. **Harvard Law Review**, vol. 104, No. 2, p. 373-467, dez/1990.

<sup>18</sup> Vide BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1787-1788.

O escopo do presente trabalho não é responder questões tão intrincadas e complexas do mundo econômico, como, por exemplo, o porquê e em que medida a socialização altera a tomada de decisão econômica, ou o porquê trocas comerciais são realizadas em um ambiente de insegurança jurídica. Procuraremos analisar com profundidade o impacto das sanções informais de natureza reputacionais nas relações comerciais internacionais, verificando a função destas sanções, os principais pontos relacionados à sua aplicação, o seu impacto econômico e jurídico nas relações comerciais e os fatores que determinam a sua intensidade<sup>19</sup>.

Para tanto, utilizaremos do instrumental econômico para análise jurídica para analisar a interface Direito-economia-sociedade existente quando da aplicação de sanções informais entre agentes econômicos do mercado. Serão levados em consideração na análise os efeitos das sanções legais e contratuais, que, em conjunto com as sanções reputacionais, compõem uma tríade de monitoramento dos comportamentos econômicos dos agentes, mas a análise será focada nas sanções informais.

O presente trabalho está dividido seis capítulos de aprofundamento, uma introdução e notas conclusivas sintetizando o quanto desenvolvido neste trabalho. O Capítulo 2 é destinado somente a apresentar e justificar a nossa metodologia de análise – a análise econômica do direito. O Capítulo 3 expõe as principais definições, conceitos e distinções que permeiam este trabalho, incluindo a conceituação de sanção e reputação, assim como as nossas categorias das sanções formais, informais contratuais, informais reputacionais institucionalizadas e informais reputacionais em rede. O Capítulo 4 apresenta uma breve incursão histórica no fenômeno do sancionamento informal, em especial nos seus desenvolvimentos medievais e modernos, com vista a colocar em perspectiva o aprofundamento do tema. O Capítulo 5 ingressa na temática das sanções informais reputacionais ao descrever as suas características mais básicas e como elas se diferem das

---

<sup>19</sup> A escolha do vocábulo, assim como o seu significado preciso, serão abordados em tópico apartado. Desde logo ressalta-se, por fins de clareza, que o termo sanções informais reputacionais é usado em contraposição a sanções contratuais ou legais. O presente trabalho justamente não pretende ingressar na influência dos mecanismos contratuais, como a cláusula penal, assim como nos efeitos de autuações e imposições legais, como multas impostas pelo Estado, tendo em vista a demasiada abrangência do tema, assim como a já existente literatura abordando estes tópicos. Assim, da tríade mencionada – sanções legais, contratuais e informais reputacionais -, pretendemos seja feita a devida revisão de literatura somente em relação ao elemento social – as sanções informais reputacionais.

demais formas de sancionamento. O Capítulo 6 desenvolve a temática da teoria das redes em relação ao sancionamento reputacional em rede e institucionalizado, apresentando inovações sobre o tema por meio de uma construção dinâmica das redes de transmissão de informação sobre a reputação. Este panorama teórico norteia o Capítulo 7, principal tópico da presente obra, que traça e aprofunda os principais pontos de discussão acerca das sanções informais reputacionais. Por fim, colacionamos as nossas perspectivas sobre o tema e sobre o quanto foi desenvolvido neste trabalho nas considerações finais.

## 2 METODOLOGIA DE ANÁLISE

O presente capítulo visa explicar quatro pontos introdutórios, que servirão de norte para a nossa análise: (i) o desenvolvimento da linha metodológica utilizada pelo trabalho, a análise econômica do Direito; (ii) o uso da análise econômica do Direito enquanto metodologia; (iii) uma breve diferenciação entre os conceitos da análise econômica do direito e o *Law and Economics (L&E)*; e, por fim, (iv) a linha de específica de contribuição seguida pelo presente trabalho.

### 2.1 O DESENVOLVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A análise do Direito sob uma perspectiva econômica não surgiu na década de 1960 com o movimento acadêmico do *L&E*. Com efeito, a crítica econômica do Direito é tão antiga quanto a Economia, sendo que análises jurídicas sob uma perspectiva econômica permearam a história do Direito, embora não tenham recebido propriamente este nome.

A existência de um relacionamento entre Direito e Economia, por óbvio, já era conhecida muito antes de BENTHAM. Não obstante, BENTHAM irá apresentar os primeiros predicados que comporiam o movimento *L&E*<sup>20</sup>. Quando BENTHAM não é mencionado como o precursor da análise econômica do Direito, os autores costumam apontar BECCARIA (1767) como o primeiro precursor teórico<sup>21</sup>.

As raízes do movimento da análise econômica do Direito são geralmente traçadas a esse conjunto de ideias desenvolvidas ainda no século XVIII, que eventualmente seriam consideradas como formadoras da corrente de pensamento utilitarista. Em essência, BENTHAM elaboraria sobre a correlação entre Direito e Economia, em especial a análise de como agentes econômicos respondem a incentivos advindos do Direito<sup>22</sup>. Apesar do espírito reformista advindo de sua educação jurídica nas principais academias britânicas (*Oxford* e *Cambridge*) e devotou a sua energia criativa ao aprimoramento do sistema jurídico britânico, iniciando pelo

<sup>20</sup> POSNER, Richard. Bentham's Influence on the Law and Economics Movement. **Current Legal Problems**, v. 51, No. 1, p. 425-439, jan/1998. p. 427.

<sup>21</sup> SHAVELL, Steven. **Foundation of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 4.

<sup>22</sup> KAPLOW, Louis, SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. **John M. Olin Center for Law Economics and Business Discussion Paper**, n. 251, 1999. p. 3.

aprimoramento jurídico-político, em 1776, com “*A Fragment on Government*”<sup>23</sup>, em que o princípio da utilidade é apresentado, e a *magnum opus* “*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*”<sup>24</sup>, a pretensão inicial de BENTHAM não era fundar uma nova escola de pensamento (utilitarismo) ou de apresentar as fundações para uma metodologia multidisciplinar (análise econômica do Direito). Não obstante, a própria linguagem e temática de BENTHAM o colocam em uma posição de influência indireta sobre o movimento *L&E*. À guisa de exemplo, podemos mencionar a temática da dor e do prazer como agentes que governam toda a humanidade e cujas ações devem ser medidas em relação a esta métrica, em *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*<sup>25</sup>.

A herança de BENTHAM ao movimento *L&E* seria precisamente descrita por POSNER em dois pontos: em primeiro lugar, BENTHAM apontou para o uso normativo de conceitos econômicos; em segundo lugar, BENTHAM seria o precursor do realismo jurídico em solo americano, e a escola realista seria particularmente importante para a criação do movimento da análise econômica do Direito por meio da obra de CALABRESI sobre responsabilidade civil e economia<sup>26</sup>.

Essa influência seria vista em diversos autores que participariam da fundação do movimento da análise econômica do Direito. O ponto de referência é a análise de BECKER, em 1968, sobre a mesma temática original de BENTHAM (crime, utilidade, punição)<sup>27</sup>. Além da proximidade de temática, BECKER segue a linha de análise econômica de não-mercados (*non-market analysis*), um ponto certamente apresentado por BENTHAM em sua obra, com a aplicação do conceito de maximização racional de interesses nestes tópicos, expandindo os limites usuais de aplicação da teoria econômica<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> BENTHAM, Jeremy. **A Fragment on Government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012 (original publicado em 1776).

<sup>24</sup> BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Londres: T. Payne and Son, 1780 (original publicado em 1789).

<sup>25</sup> Citação original: “*nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure ... They govern us in all we do, in all we say, in all we think.*”

<sup>26</sup> POSNER, Richard. Bentham’s Influence on the Law and Economics Movement. **Current Legal Problems**, v. 51, No. 1, p. 425-439, jan/1998. p 439.

<sup>27</sup> BECKER, Gary. Crime and Punishment: an Economic Approach. **Journal of Political Economy**, v. 76, No. 2, pp. 169-217, mar.1968.

<sup>28</sup> POSNER, Richard. Bentham’s Influence on the Law and Economics Movement. **Current Legal Problems**, v. 51, No. 1, p. 425-439, jan/1998. p. 435.



Outro claro exemplo da influência de BENTHAM se encontra ainda na parte introdutória da obra de BECKER, em particular na temática e objetivo de seus problemas de pesquisa. Ao enunciar os temas de sua pesquisa, BECKER afirma que o seu objeto de estudo é a versão normativa de questões sobre a capacidade da prisão em deter novos crimes, a natureza da punição e como ela deve ser aplicada. O principal propósito de seu trabalho consiste em verificar quantos recursos e quanto de punição deveria ser usado para fazer cumprir distintos instrumentos legislativos<sup>29</sup>. Vê-se, por conseguinte, uma pergunta econômica sob um pano de fundo jurídico e a inspiração em BENTHAM tanto em relação à temática, quanto em relação à abordagem do tema. A diferença entre a abordagem normativa e descritiva, por sua vez, será objeto de análise da seção seguinte.

O ponto cronológico fundamental para demarcar o início do movimento da análise econômica do Direito com a fundação do *Journal of Law and Economics*, em 1958<sup>30</sup>. Além da contribuição de BECKER para o início da análise econômica do Direito, podemos citar ainda os trabalhos sedimentares de COASE<sup>31</sup>, CALABRESI<sup>32</sup> e POSNER<sup>33</sup> entre a década de 1960 e 1970. A lista de trabalhos de *L&E* que iria causar profundo impacto no desenvolvimento da ciência jurídica é enorme e envolve uma pletera de temas jurídicos que extrapolam, em muito, o escopo inicial dos trabalhos de análise econômica do Direito, não sendo objeto desta seção.

## 2.2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ENQUANTO METODOLOGIA

Passaremos, então, a tratar dos fundamentos da metodologia da análise econômica do Direito. Tratar de metodologia relacionada à análise jurídica é, por si só, um desafio. O Direito não é conhecido pela aplicação estrita de uma metodologia ou pela falseabilidade de seus experimentos. Ao revés, a conceituação clássica acerca da metodologia do Direito é

---

<sup>29</sup> BECKER, Gary. Crime and Punishment: an Economic Approach. **Journal of Political Economy**, v. 76, No. 2, pp. 169-217, mar.1968. p. 170.

<sup>30</sup> POSNER, Richard. Values and Consequences: an Introduction to Economic Analysis of Law. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 53, 1998. p. 2.

<sup>31</sup> COASE, Ronald. The Nature of the Firm. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov. 1937.

<sup>32</sup> CALABRESI, Guido. **The Costs of Accidents: a Legal and Economic Analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970.

<sup>33</sup> POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little Brown, 1972.

sobretudo relacionada à sua caracterização como um conhecimento prático, uma sabedoria ou prudência jurídica<sup>34</sup>.

Para ilustrar, GADAMER aponta um detalhe sobre a evolução histórica da palavra latina *iurisprudencia* na língua alemã. A tradução mais recorrente até o advento da Escola Histórica era *Rechtsgelehrsamkeit*, que traduzia literalmente para jurisprudência. Após SAVIGNY, o termo mais recorrente passou a ser *Rechtswissenschaft*, que traduz para ciência do Direito. Esta guinada seria atribuída ao movimento pela adoção de um caráter mais científico ao Direito, acentuando o caráter de ciência sobre o de prudência<sup>35</sup>.

Sem ingressar na seara interminável do debate acerca do que de fato o Direito é – ciência ou prudência –, incumbe a nós reconhecermos, ao menos, que o Direito possui tanto traços de ciência quanto de prudência.

A economia, por outro lado, não é caracterizada por ser um conhecimento prático, uma práxis, uma prudência sobre bens escassos. Afirma BECKER que o que distingue a economia das outras ciências sociais não é o seu objeto de estudo, mas sim o seu método<sup>36</sup>. Em si, a economia é um método de análise, o que não significa suposições e pressuposições sobre motivações particulares das condutas dos agentes econômicos<sup>37</sup>.

Os juristas que se debruçaram sobre assuntos econômicos seguiram sobretudo um estilo metodológico eclético e pragmático, utilizando elementos consolidados no *mainstream*

---

<sup>34</sup> GADAMER, Hans. **Verdad y Metodo**. v. II. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998. p. 302. Em razão da sua relevância, entendemos por bem apresentar a transcrição integral do trecho mencionado: “*Esto se ajusta al antiguo principio aristotélico de que la búsqueda del derecho necesita siempre la ponderación complementaria de la equidad y que la perspectiva de la equidad no se opone al derecho, sino que lleva a su plenitud el sentido legal mediante la atenuación de la letra. El hecho de que estos viejos problemas de búsqueda del derecho a principios de la era moderna se agudizaran con la recepción del derecho romano al cuestionarse ciertas formas tradicionales de jurisprudencia con el nuevo derecho de jurisprudencia, dio una relevancia especial a la hermenéutica jurídica como teoría de la interpretación. La defensa de la aequitas ocupa un amplio espacio en el debate del primer período de la época moderna desde Budé hasta Vico. Se puede afirmar incluso que el conocimiento del derecho que caracteriza al jurista sigue llamándose con buenas razones «jurisprudencia», literalmente «prudencia jurídica». Esta palabra recuerda aún el legado de la filosofía práctica, que veía en la prudentia la virtud suprema de una racionalidad práctica. El hecho de que la expresión «ciencia del derecho» prevaleciera a finales del siglo XIX indica la pérdida de la idea de una peculiaridad metodológica de este saber jurídico y de su definición práctica*”.

<sup>35</sup> GADAMER, Hans. **Verdad y Metodo**. v. II. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998. p. 302.

<sup>36</sup> BECKER, Gary. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976. p. 5.

<sup>37</sup> BECKER, Gary. The Economic Way of Looking at Behavior. **The Journal of Political Economy**, v. 101, No. 3, pp. 385-409, jun. 1993. p. 385.

econômico. Entende-se por difícil a caracterização destes trabalhos em escolas de pensamento com traços específicos e o termo “*integrated paradigm*” define o uso de elementos de diversas escolas econômicas pelos juristas<sup>38</sup>.

Assim, estamos diante deste aparente conflito inicial entre um pensamento prático, que se reflete em uma metodologia essencialmente eclética e pragmática, com uma ciência social de pensamento teórico fundada em uma metodologia clara.

Não obstante a pragmaticidade típica do Direito, PACCES e VISSCHER apontam uma abordagem consistentemente utilizado pela análise econômica do Direito, fundado em uma análise de dois níveis. Em razão da clareza e profundidade descritiva destes autores, eles serão utilizados como referência para a análise deste capítulo.

No **primeiro** nível, realizar-se-ia a **análise econômica do fenômeno** a ser observado. Neste tocante, a teoria da escolha racional, segunda a qual, em linhas gerais, os indivíduos buscam a maximização da utilidade esperada por meio de suas escolhas, é o traço metodológico predominante. Ao **segundo** nível pertence a **análise econômica sobre o instrumental jurídico**, incluindo os incentivos e desincentivos fornecidos aos agentes econômicos, as causas e consequências de suas disposições, em suma, a razão de existência das normas jurídicas<sup>39</sup>.

É recorrente o argumento apresentado por SHAVELL de que a análise econômica do Direito não difere das demais análises jurídicas, tendo em vista que o objetivo natural da análise de uma regra jurídica deveria se concentrar em seus efeitos e resultados. Contudo, o mesmo autor apresenta ao menos três características distintivas da análise econômica do Direito: (i) a utilização (e valorização) de métodos estatísticos, estudos empíricos e modelos teóricos; (ii) o pressuposto de racionalidade econômica do agente; e (iii) a medição explícita de bem-estar gerado<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> PACCES, Alessio, VISSCHER, Louis, Methodology of Law and Economics, *In*: KLINK, Bart van, TAEKEMA, Sanne (ed.). **Law and Method: Interdisciplinary Research into Law**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 85.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>40</sup> SHAVELL, Steven. **Foundation of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 4.

Analisaremos de forma mais detalhada o primeiro nível, qual seja, os conceitos de *mainstream economics* que inspiram o jurista quando da análise econômica do Direito. Contudo, incumbe ressaltar a profundidade da análise a ser feita no presente momento, tendo em vista a enorme tarefa que seria explicar todos os principais conceitos da economia clássica. Assim, vislumbra-se que a melhor solução seja tratar especificamente de cada um dos predicados econômicos que são relevantes para a metodologia da análise econômica do Direito, mas em caráter de enunciação, ou seja, os conceitos serão apresentados como forma de demonstrar como eles compõem a metodologia tratada. Desta forma, será possível conciliar a necessidade de explicitar os conceitos básicos com os objetivos introdutórios do presente capítulo. À medida do necessário, serão aprofundados os conceitos econômicos no decorrer dos capítulos.

A metodologia básica econômica aplicada ao Direito decorre da aplicação da **teoria econômica da ação racional**, que presume que os agentes atuam de forma racional, sendo a decisão racional composta de três elementos: (i) o agente escolhe uma opção que ele pensa que melhor atende às suas necessidades, considerando as suas expectativas; (ii) as expectativas são baseadas na informação disponível ao agente; e (iii) o agente colhe o montante de informação que ele considera ótimo para a sua tomada de decisão<sup>41</sup>.

Assim, a escolha racional maximiza a utilidade esperada para o agente, dado o seu conjunto de informações disponíveis, incluindo o custo para a sua aquisição. Incumbe trazeremos a ressalva de BECKER: os indivíduos maximizam a utilidade da forma que eles a compreendem, seja de forma altruística, egoística, leal, reprovável, entre outros. A racionalidade, por conseguinte, precisa ser analisada com fundamento nas preferências do indivíduo<sup>42</sup>.

O foco no indivíduo é o centro do **individualismo metodológico** que norteia a análise econômica clássica. Ao menos de início e sujeito a diversas críticas, as **ações coletivas** e as interações sociais também seguiriam a mesma regra de individualismo e metodológico e seriam verificadas em termos de resultados das ações individuais<sup>43</sup>. POSNER aponta que todo o

---

<sup>41</sup> PACCES, VISSCHER, Op. cit., p. 86.

<sup>42</sup> BECKER, Gary. Crime and Punishment: an Economic Approach. **Journal of Political Economy**, v. 76, No. 2, pp. 169-217, mar.1968. p. 386.

<sup>43</sup> PACCES, VISSCHER, Op. cit., p. 87.

ramo da análise econômica do Direito é fundamentado na figura do agente racional maximizador de interesse que, dado um conjunto informacional, toma decisões em condições de incerteza<sup>44</sup>.

Uma importante vantagem de utilizar o instrumental teórico **fundamentado na figura do agente econômico racional** consiste em sua capacidade preditiva de comportamentos, embora não seja razoavelmente possível prever cada comportamento econômico individualmente considerado<sup>45</sup>. Isso significa dizer que se os limites de velocidade de determinada via forem diminuídos, dada a aplicação de multas, os motoristas terão um **incentivo econômico** para dirigirem em velocidade reduzida. A escolha de reduzir a velocidade de deslocamento ou arriscar ser multado será concentrada no agente e diversas outras considerações, não necessariamente econômicas, poderão ser feitas. Supondo que o agente não seja sensível à perda financeira, o trespasse poderá ser mais desejado; supondo que o agente precise dirigir a uma certa velocidade para alcançar determinada localidade o mais rápido possível, por exemplo um hospital, a tolerância a uma sanção administrativa – a multa – será certamente reforçada. A predição econômica clássica naturalmente se resumiria aos efeitos econômicos da redução da velocidade, sendo que os efeitos sociais, como, por exemplo, a redução de mortes no trânsito ou a redução de engarrafamentos, seriam analisados em outras disciplinas.

Com efeito, as categorias econômicas ideias clássicas mostram a sua relevância como ponto de partida para a estritamente econômica dos fenômenos sociais. Assim, apesar das exacerbadas críticas à utilização de modelos teóricos como o agente racional maximizador de interesse, a sua utilidade consiste nas análises que com ele podem ser realizadas. Não obstante, a sua utilidade usualmente se estende apenas à verificação de **como** os indivíduos reagem a incentivos, mas não explica propriamente o **porquê** eles decidem adotar as suas ações. Aplicando esta ideia ao Direito, a utilidade da análise econômica será em determinar o **como** os agentes respondem à Lei, sem necessariamente prover considerações sobre o **porquê** os agentes reagem a Lei de determinada forma<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> POSNER, Richard. Bentham's Influence on the Law and Economics Movement. **Current Legal Problems**, v. 51, No. 1, p. 425-439, jan/1998. p. 430.

<sup>45</sup> PACCES, VISSCHER, Op. cit., p. 88-89.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 89.

Será no sentido de explicar o **porquê** das ações tomadas pelos indivíduos que agregaremos outros instrumentais teóricos à análise do fenômeno objeto do presente trabalho.

Avançando no instrumental da análise econômica do Direito, uma das suas principais funções históricas consistiu no estudo de fenômenos jurídicos com o objetivo de sugerir novas políticas públicas, pautadas em ideias de eficiência, incluindo o conceito econômico de eficiência alocativa (eficiência de PARETO, eventualmente aprimorada na eficiência de KALDOR-HICKS, entre outras). Outra função usualmente atribuída ao Direito e amplamente estudada pela análise econômica do Direito é a correção de falhas de mercado, situação em que a análise possivelmente indicaria a necessidade de intervenção do Direito para que sejam atenuadas diferenças econômicas indesejadas. Por fim, a análise econômica do Direito já há muito se engajou no escrutínio das externalidades – positivas e negativas – da adoção de instrumentos jurídicos, assim como temas relacionados a assimetria informacional, bens coletivos, entre muitos outros<sup>47</sup>. De fato, as possibilidades de aplicação da análise econômica do Direito são tão grandes quanto a própria ciência jurídica.

Por uma questão de acurácia, incumbe asseverar que as ponderações da análise econômica não são necessariamente normativas, tendo em vista que é reconhecida a existência de ao menos duas abordagens fundamentais: descritivo e normativo. A análise descritiva consiste na verificação de como o agente racional econômico maximizador de interesse age, ou costuma agir, em face de regras jurídicas. A análise normativa, por sua vez, consiste na avaliação dos efeitos da aplicação de regras jurídicas; quando aplicável, inclui a comparação entre os efeitos econômicos de regras jurídicas e a determinação de uma regra superior, dadas determinadas definições de bem-estar. A análise normativa que busca o aprimoramento das regras jurídicas é necessariamente condicional, porquanto se fundamenta em um critério específico de análise. À guisa de exemplo, se uma lei de trânsito objetivasse somente reduzir as mortes no trânsito, o maior nível de punição razoavelmente possível seria desejado; mas um nível de punição absurdamente elevado poderia desestimular o uso de carros e consequentemente dificultar a mobilidade urbana.

O conceito de bem-estar, por sua vez, é definido em termos bastante amplos para a análise econômica do Direito. Não inclui somente o benefício econômico direto (muitas vezes

---

<sup>47</sup> PACCES, VISSCHER, Op. cit., p. 90 e seguintes.

confundido com conceitos menores, como benefício monetário ou financeiro), mas sim toda utilidade que a regra jurídica traz para o indivíduo. Inclui, por conseguinte, toda função de utilidade ao indivíduo, gostos estéticos, preferências pessoais, entre outros. Entretanto, duas exclusões importantes sobre bem-estar costumam ser feitas pela Escola da análise econômica do Direito. A primeira se refere à *distribuição das utilidades geradas pela regra jurídica*. A forma e os efeitos da distribuição dos resultados obtidos pelos indivíduos não costumam entrar na análise não por sua importância, mas por sua complexidade. A segunda se refere a noções de **justiça e moralidade**. Estas noções poderiam (e deveriam) ser incorporadas à análise, na medida do possível. Ocorre que esta inclusão, em razão da imensa dificuldade de definir justiça, equidade e moralidade mesmo quando se analisam casos concretos, tende a complexificar demasiadamente ou até criar óbices para a verificação econômica dos resultados da análise. Entretanto, apesar da usual exclusão, não é incomum que os analistas integrem noções de justiça após realizada a análise econômica, assim como se debruçam sobre as potenciais consequências distributivas do fenômeno analisado<sup>48</sup>.

Em suma, na análise econômica do Direito enquanto metodologia, estaremos diante da **aplicação de categorias econômicas para a crítica de fenômenos jurídicos**, fundamentada em um vasto corpo teórico de amplo e contínuo desenvolvimento recente.

Para finalizar este capítulo introdutório, apresentaremos brevemente a principal fonte de inspiração econômica da análise que será desenvolvida neste trabalho, consistente nas contribuições da economia institucional e da nova economia institucional e a temática dos custos de transação.

### 2.3 DISTINÇÃO: *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* E *LAW AND ECONOMICS*

Até o momento, tratamos indistintamente os conceitos de *Economic Analysis of Law* (análise econômica do Direito) e *L&E* (Direito e Economia), embora entendemos importante reconhecer a diferença conceitual, com consequências práticas, entre estas duas categorias.

---

<sup>48</sup> PACCES, VISSCHER, Op. cit., p. 3-4.

CALABRESI argumenta que o *Economic Analysis of Law* se refere ao uso da teoria econômica para analisar o mundo, de forma a prover subsídios para a reforma jurídica, enquanto *L&E* seria um movimento mais restrito, que busca compreender como a teoria econômica pode explicar as categorias jurídicas existentes. O autor categoriza os escritos de POSNER como relacionados à *Economic Analysis of Law*, enquanto vê a sua linha de pensamento mais alinhada à *L&E*<sup>49</sup>.

HYLTON, em análise recente, busca as raízes filosóficas desta distinção e procura jogar luz sobre o atual funcionamento dos estudos de *L&E* e *Economic Analysis of Law*<sup>50</sup>.

Com efeito, a análise econômica pode ser dividida em análise econômica positiva e normativa. A primeira categoria busca compreender e explicar fenômenos existentes, enquanto a segunda categoria procura desenhar novas, ou reformar antigas instituições para otimizar o alcance de seus objetivos. Argumenta o autor que a análise jurídica também pode ser dividida em positivista e não-positivista, sendo a diferença consistente no fato de quem no modelo positivista, normas sociais, religiosas ou morais são excluídas da análise<sup>51</sup>.

Em consequência, coexistem quatro categorias: análise econômica normativista e jurídica positivista, econômica normativista e jurídica não-positivista, econômica positivista e jurídica positivista e econômica positivista e jurídica não-positivista, que representam sobretudo um espectro de análise. Apesar da nomenclatura diferente, positivista econômico e jurídico se referem a pontos completamente distintos. Uma análise positivista econômica e jurídica, por exemplo, assumiria somente a possibilidade de análise de leis e do Direito codificado, enquanto também assumiria que a função da análise é somente explorar e descrever a eficiência econômica deste Direito<sup>52</sup>.

Entretanto, HYLTON argumenta que os estudos de *L&E* não podem ser conduzidos de forma a acreditar cegamente nas assunções de COASE, mas deve também levar em consideração diversos outros pontos, tais como limitações comportamentais, potenciais

<sup>49</sup> CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection**. New Haven: Yale University Press, 2016. p. 2.

<sup>50</sup> HYLTON, Keith. Law and Economics versus Economic Analysis of Law. **Boston University School of Law Law and Economics Research Paper**, No. 17-40, 2018. p. 2.

<sup>51</sup> HYLTON, Keith. Law and Economics versus Economic Analysis of Law. **Boston University School of Law Law and Economics Research Paper**, No. 17-40, 2018. p. 3.

<sup>52</sup> HYLTON, Keith. Law and Economics versus Economic Analysis of Law. **Boston University School of Law Law and Economics Research Paper**, No. 17-40, 2018. p. 4-5.



atuações humanas irracionais e custos de transação revelados pelo mundo real. À medida que *L&E* é inerentemente institucionalista, estas considerações sobre a realidade, e sobre o discurso jurídico precisamente colocado pela Lei e pelas Cortes (envolvendo limitações intrínsecas ao discurso jurídico), devem compor o modelo de análise<sup>53</sup>.

A distinção entre análise positivista e normativista é bastante útil para delimitar as balizas do presente trabalho. Isto posto, cumpre ao final esclarecer que o presente trabalho se associa à linha de pensamento *L&E*, restringindo-se à análise econômica para explicação de categorias jurídicas já existentes, sem propósito normativista. Quando necessário, serão feitas distinções entre *L&E* e *Economic Analysis of Law*, mas entendemos que esta distinção, em si, não é imprescindível para o avanço do presente trabalho e não nos ateremos a esta diferenciação.

#### 2.4 ECONOMIA INSTITUCIONAL E NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL – CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A atenção da Economia à temática dos custos de transação é relativamente recente quando comparada com a sua história e desenvolvimento. Se em 1776 já era possível falar de Economia enquanto um ramo do saber estruturado, somente em meados do século XX a problemática dos custos de transação foi nela inserida com a obra seminal de COASE<sup>54</sup>.

A Teoria da Firma, ou seja, a linha econômica teórica que visa explicar a existência, funcionalidade e utilidade das empresas possui origem Smithiana, sendo relacionada sobretudo à divisão de trabalho, já que as empresas seriam mais eficientes em produzir mercadorias do que os indivíduos. A utilização do fator trabalho é intensificada na empresa, além de poder ser coordenada contratualmente pelo mercado<sup>55</sup>.

A linha Smithiana compôs a visão clássica da economia, compreendendo a empresa em termos de divisão de trabalho, sem se estender muito sobre o tema em “*A Riqueza das Nações*”. Esta visão foi seguida pelos economistas neoclássicos, que apresentavam uma visão bastante formalista da economia e das ações econômicas, vislumbrando o homem e a

---

<sup>53</sup> HYLTON, Keith. Law and Economics versus Economic Analysis of Law. **Boston University School of Law Law and Economics Research Paper**, No. 17-40, 2018. p. 11.

<sup>54</sup> COASE, Ronald. The Nature of the Firm. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov. 1937.

<sup>55</sup> SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Saraiva, 2012 (original publicado em 1776).

empresa como racionais maximizadores de interesse, cercada de termos como “homem econômico” e “competição perfeita”<sup>56</sup>.

Foi particularmente uma crítica à falta de empiria e de um conceito de instituição que surgiram os primeiros escritos daquela que seria conhecida como Economia Institucional. Os primeiros institucionalistas tinham a visão de que as suas obras seriam uma contribuição à economia, e não a formulação de uma nova escola de pensamento. Entretanto, a conceituação e utilização dos custos de transação seria considerada a pedra angular da economia institucionalista<sup>57</sup>.

Foi WILLIAMSON que levaria estes conceitos adiante e representaria o surgimento da nova economia institucional. Dando um passo atrás, contudo, incumbe identificar aquela que seria chamada de Velha Economia Institucional, em contraposição à Nova Economia Institucional. A Velha Economia Institucional é identificada com VEBLEN, COMMONS e MITCHELL ainda no final do século XIX. VEBLEN questiona, em 1898, o porquê a economia não é uma ciência evolucionária (natural)<sup>58</sup>. Tratava-se de um chamado à “cientifização” da economia, para que esta se adequasse às “ciências modernas”, que eram “evolucionárias”, determinantes, possuindo regras gerais que determinavam o funcionamento das matérias sob a sua égide. A economia seria um processo, orientado por relações claras de causa e efeito, num processo evolutivo e guiado por uma teoria dos instintos (*workmanship, parental bent e idle curiosity*)<sup>59</sup>. A perspectiva de VEBLEN era tão natural/biológica/evolucionista que a sua compreensão de “instituição” parte do pressuposto que estas são um processo evolutivo e de adaptação, tornando-se eficientes fatores de seleção<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> CAVALCANTE, Carolina Miranda. A Economia Institucional e as Três Dimensões das Instituições, **Revista de Economia Contemporânea**. v 18, n. 3, p. 373-392, 2014. p. 374.

<sup>57</sup> CAVALCANTE, Carolina Miranda. A Economia Institucional e as Três Dimensões das Instituições, **Revista de Economia Contemporânea**. v 18, n. 3, p. 373-392, 2014. p. 374-379.

<sup>58</sup> VEBLEN, Thorstein. Why is Economics not an Evolutionary Science?. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 12, n. 4, p. 373-397, jul. 1898.

<sup>59</sup> CAVALCANTE, Carolina Miranda. A Economia Institucional e as Três Dimensões das Instituições, **Revista de Economia Contemporânea**. v 18, n. 3, p. 373-392, 2014. p. 374-375.

<sup>60</sup> VEBLEN, Thorstein. **The Theory of the Leisure Class**. Londres: MacMillan, 1899. p. 87-89. Para fazer jus à sua visão, transcrevemos a íntegra do trecho em que VEBLEN expõe a sua acepção de instituição: “*The life of man in society, just like the life of other species, is a struggle for existence, and therefore it is a process of selective adaptation. The evolution of social structure has been a process of natural selection of institutions. The progress which has been and is being made in human institutions and in human character may be set down, broadly, to a natural selection of the fittest habits of thought and to a process of enforced adaptation of individuals to an environment which has progressively changed with the growth of the community and with the*

Essa linha de estudo foi seguida por COMMONS e MITCHELL, ainda precursores de COASE. MITCHELL repercutiria a visão de que instituições são hábitos de pensamento orientadores de conduta em *The Rationality of Economic Activity*<sup>61</sup>. COMMONS, que seria o economista da Velha Economia Institucional mais retomado pela Nova Economia Institucional, apresentava uma visão da escassez da economia como fator que levaria a conflitos de interesses. Para resolver esses conflitos interesses, haveria recurso à ação física, caso não existissem constrictões ao comportamento humano. Estas restrições são colocadas pela ação coletiva que se opera mediante mecanismos institucionais<sup>62</sup>.

A definição de instituição para COMMONS traduz a noção de controle coletivo da ação do individual. A ação coletiva perpassa os diversos níveis de organização, envolvendo tanto os costumes desorganizados até as associações comerciais e, ultimamente, o Estado. Estas instituições permitiriam maior ou menor grau de liberdade do agente a elas relacionado<sup>63</sup>

Para COMMONS, a transação, assim entendida como a aquisição de direitos de propriedade e liberdade criados pela sociedade, é a unidade básica de análise. A mudança para esta unidade básica faz a conexão entre VEBLEN, MITCHELL, COMMONS e COASE, que traria contribuições da nova economia institucional<sup>64</sup>.

---

*changing institutions under which men have lived. Institutions are not only themselves the result of a selective and adaptive process which shapes the prevailing or dominant types of spiritual attitude and aptitudes; they are at the same time special methods of life and of human relations, and are therefore in their turn efficient factors of selection. So that the changing institutions in their turn make for a further selection of individuals endowed with the fittest temperament, and a further adaptation of individual temperament and habits to the changing environment through the formation of new institutions. (...) Any community may be viewed as an industrial or economic mechanism, the structure of which is made up of what is called its economic institutions. These institutions are habitual methods of carrying on the life process of the community in contact with the material environment in which it lives”.*

<sup>61</sup> MITCHELL, Wesley. The rationality of economic activity. **The Journal of Political Economy**, v. 18, n. 2, p. 97-113, mar/1910.

<sup>62</sup> CAVALCANTE, Carolina Miranda. A Economia Institucional e as Três Dimensões das Instituições, **Revista de Economia Contemporânea**. v 18, n. 3, p. 373-392, 2014. p. 377-378.

<sup>63</sup> COMMONS, John. Institutional Economics. **American Economic Review**, v. 21, p. 648-657, 1931. p. 648. A íntegra do trecho mencionado é a seguinte: “*If we endeavor to find a universal circumstance, common to all behavior known as institutional, we may define an institution as collective action in control, liberation and expansion of individual action. Collective action ranges all the way from unorganized custom to the many organized going concerns, such as the family, the corporation, the trade association, the trade union, the reserve system, the state. The principle common to all of them is greater or less control, liberation and expansion of individual action by collective action.*”

<sup>64</sup> CAVALCANTE, Carolina Miranda. A Economia Institucional e as Três Dimensões das Instituições, **Revista de Economia Contemporânea**. v 18, n. 3, p. 373-392, 2014. p. 374-375.

O termo “custos de transação”, em si, não é encontrado em nenhum trecho em *The Nature of the Firm*. Ao responder ao seu problema de pesquisa – por quê as empresas surgem? -, COASE trata em diversas oportunidades dos custos de realizar operações no mercado ou de usar o mecanismo de preço, mas a formulação teórica clara sobre a importância dos custos de transação é uma abstração de outros autores sobre o escrito de COASE<sup>65</sup>.

A teoria econômica clássica não tratava dos custos de acessar ao mecanismo de preço; esta pressupunha somente que o “mercado” é eficiente, e por tal característica, seria sempre mais eficiente contratar no mercado do que constituir a empresa.

Para responder à questão do porquê uma empresa se forma, COASE analisa os motivos que levam a usar o mecanismo de preço (mercado) ou a utilizar a hierarquia e verticalização de comando (firma/empresa). O principal motivo pelo qual os agentes econômicos recorrem à estrutura da empresa é porque existem custos para usar o mecanismo de mercado, tais como os custos para obter informação, custos de fiscalização, custos de negociação de contratos, entre outros<sup>66</sup>.

Diante destes custos, que podem ser reduzidos, porém não eliminados, a estrutura empresarial melhor se adaptará ao padrão de mercado ou empresa. A escolha de uma forma de organização, por óbvio, não elimina a outra; os contratos persistem na organização empresa, por exemplo<sup>67</sup>.

Mesmo se firmado um contrato de longa duração, que traz vantagens com a eliminação de determinados custos de contratação, ainda sobrevivem custos em razão a dificuldade de previsão do futuro (*forecast*) e de determinar o conteúdo para o contrato diante de tanta insegurança e incapacidade de prever contingências. Estes custos seriam reduzidos

---

<sup>65</sup> COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov. 1937. p. 389. De forma simples, Coase propõe o problema da seguinte forma: “*Our task is to attempt to discover why a firm emerges at all in a specialized exchange economy*”.

<sup>66</sup> CAVALCANTE, Carolina Miranda. A Economia Institucional e as Três Dimensões das Instituições, **Revista de Economia Contemporânea**. v 18, n. 3, p. 373-392, 2014. p. 390.

<sup>67</sup> CAVALCANTE, Carolina Miranda. A Economia Institucional e as Três Dimensões das Instituições, **Revista de Economia Contemporânea**. v 18, n. 3, p. 373-392, 2014. p. 391.

pela escolha da estrutura verticalizada da empresa, em razão do poder diretivo central do empresário dirigente<sup>68</sup>.

Contudo, existem ganhos crescentes ao utilizar a estrutura da empresa. Naturalmente, assevera COASE, a firma chegara um momento em que o custo de organizar uma transação internamente e realiza-la no mercado serão iguais, desestimulando a estrutura hierarquizada. Ainda, o aumento da produção implicaria em mais erros de gestão e alocação de recursos dentro da empresa, trazendo ineficiências alocativas<sup>69</sup>.

Esta é a estrutura básica de *The Nature of the Firm* de COASE. Por muito tempo, as suas afirmações carecem de empiria e até mesmo de literatura abordando o tema. Foi somente com WILLIAMSON que a economia dos custos de transação seria retomada e aprofundada. Com efeito, WILLIAMSON é reconhecido por cunhar o termo “Nova Economia Institucional”, ainda em 1975<sup>70</sup>, relacionando-a ao trabalho de COASE, em contraposição à “Velha Economia Institucional” de VEBLEN<sup>71</sup>.

WILLIAMSON aprofunda os conceitos de custos de transação e de instituição, trazendo novas camadas de análise e pontos subanalisados na economia<sup>72</sup>. Em especial, o autor faz a distinção entre instituições em quatro níveis na sociedade: instituições informais (como costumes, tradições, religião); regras formais (Direito, norma, Lei); governança (criação de contratos na sociedade com objetivo de mitigar conflitos e prover benefícios mútuos); e alocação de recursos (a função de produção que guia a organização de uma empresa)<sup>73</sup>.

Estes níveis são conectados por uma relação de dependência e constrição. Os níveis mais superiores atuam de forma a restringir os efeitos dos níveis inferiores. De

---

<sup>68</sup> CAVALCANTE, Carolina Miranda. A Economia Institucional e as Três Dimensões das Instituições, **Revista de Economia Contemporânea**. v. 18, n. 3, p. 373-392, 2014. p. 394-395.

<sup>69</sup> CAVALCANTE, Carolina Miranda. A Economia Institucional e as Três Dimensões das Instituições, **Revista de Economia Contemporânea**. v. 18, n. 3, p. 373-392, 2014. p. 391.

<sup>70</sup> WILLIAMSON, Oliver. Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications: a Study in the Economics of Internal Organization, **Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship**, 1975.

<sup>71</sup> CAVALCANTE, Carolina Miranda. A Economia Institucional e as Três Dimensões das Instituições, **Revista de Economia Contemporânea**. v. 18, n. 3, p. 373-392, 2014. p. 387.

<sup>72</sup> FRIEL, Daniel. Understanding Institutions: Different Paradigms, Different Conclusions. **Revista de Administração**, n. 52, p. 212-214, 2017. p. 213.

<sup>73</sup> WILLIAMSON, Oliver. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking ahead. **Journal of Economic Literature**, v. 38, pp. 595-613, set. 2000. p. 597.

particular importância para nossa análise, WILLIAMSON afirma que o nível superior (normas informais) é o nível da incrustação social, em que as suas instituições são compostas por normas, costumes, tradições, entre outros, mudando de forma absolutamente infrequente, na ordem de séculos a milênios<sup>74</sup>:

De forma gráfica, WILLIAMSON explicita em sua obra o nível, frequência e propósito de cada um dos níveis institucionais, da seguinte forma<sup>75</sup>. Em um primeiro nível, estamos diante da incrustação social, que envolve instituições informais, costumes, tradições, normas religiosas, tabus, sanções, códigos de conduta, cuja periodicidade de mudança é muito infrequente e cujo propósito se refere a regras criadas espontaneamente, inerciais, efeitos duradouros na condução da sociedade. Em um segundo nível, temos o ambiente institucional (“as regras do jogo”, por assim dizer), que se referem a regras formais, legislativo, executivo, judiciário, burocracia, cuja periodicidade de mudança é infrequente e cujo propósito envolve uma parte deliberadamente desenhada e uma parte inercial, sendo que as regras do jogo e visam manter o ambiente institucional em bom funcionamento. Em um terceiro nível, encontramos as instituições de governança (“o jogo em si”, por assim dizer), referente a regras contratuais, alinhamento de incentivos e interesses, cuja periodicidade de mudança é frequente e correspondem a um esforço para criar ordem, mitigar conflitos, reduzir custos de transação e produzir ganhos mútuos. Em um quarto e último nível, estamos diante da alocação de recursos, que se refere a ajustes de produção, de preços e à gestão de risco das empresas, cuja periodicidade de mudança é contínua e que se relacionam a condições marginais de funcionamento, sobrevivência e progresso das empresas.

Uma das principais críticas de WILLIAMSON se refere ao fato de que a economia se ocupou majoritariamente dos níveis 2 e 3, afirmando que as instituições relacionadas à incrustação social são uma parte relevante, mas subdesenvolvida, da economia<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> WILLIAMSON, Oliver. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking ahead. **Journal of Economic Literature**, v. 38, pp. 595-613, set. 2000. p. 596. Transcrição do trecho sobre incrustação social: “The top level is the social embeddedness level. This is where the norms, customs, mores, traditions, etc. are located. (...) Institutions at this level change very slowly – on the order of centuries or millennia”.

<sup>75</sup> WILLIAMSON, Oliver. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking ahead. **Journal of Economic Literature**, v. 38, pp. 595-613, set. 2000. p. 597.

<sup>76</sup> WILLIAMSON, Oliver. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking ahead. **Journal of Economic Literature**, v. 38, pp. 595-613, set. 2000. p. 608.

Em razão do foco da Nova Economia Institucional na ação, WILLIAMSON também traz no bojo de suas formulações teóricas o conceito de racionalidade limitada (*bounded rationality*), assim como, dada uma capacidade cognitiva limitada, os contratos complexos serão inevitavelmente incompletos<sup>77</sup>.

Aliado à problemática dos contratos incompletos, a problemática do oportunismo surge como tema fundamental na Nova Economia Institucional. Dentro do espectro do oportunismo, existirão diversos temas específicos, tais como *moral hazard*, *shirking*, seleção adversa, *subgoal pursuit* e outras formas de comportamento estratégico<sup>78</sup>.

NORTH será reconhecido como o autor da Nova Economia Institucional com a definição mais sucinta de instituições. Para NORTH, instituições são amarras criadas para restringir e estruturar as interações políticas, econômicas e sociais, consistindo tanto de amarras informais (como as sanções, tabus, costumes, tradições e códigos de conduto), quanto formais (constituições, leis, direitos de propriedade)<sup>79</sup>.

O autor reconhece que instituições foram histórica e paulatinamente desenvolvidas para criar ordem e reduzir a incerteza nas trocas. Elas definem o conjunto de escolhas dos indivíduos e empresas, determinando a possibilidade e lucratividade de exercer atividade econômica. De particular relevância para o presente trabalho, NORTH afirma que as instituições provêm a estrutura de incentivos da economia<sup>80</sup>.

NORTH coloca a questão dos incentivos fornecidos pelas instituições em termos de Teoria dos Jogos. Instituições eficientes aumentam os benefícios da cooperação em relação à traição. Em termos de custos de transação, estes determinam os custos de transação e produção e permitem que os ganhos sejam realizáveis, visto que fortalecem (ou mitigam) a força dos compromissos críveis (*credible commitments*). Outros pontos, como a sombra do futuro e o

---

<sup>77</sup> WILLIAMSON, Oliver. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking ahead. **Journal of Economic Literature**, v. 38, pp. 595-613, set. 2000. p. 600-601.

<sup>78</sup> WILLIAMSON, Oliver. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking ahead. **Journal of Economic Literature**, v. 38, pp. 595-613, set. 2000.. 601.

<sup>79</sup> NORTH, Douglass. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, v. 5, No. 1, pp. 97-112, 1991. p. 97.

<sup>80</sup> NORTH, Douglass. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, v. 5, No. 1, pp. 97-112, 1991. p. 97.

estágio da relação (se irá se repetir ou não) também são apresentados em termos de Teoria dos Jogos<sup>81</sup>.

Feita a apresentação inicial da metodologia a ser utilizada – a análise econômica do Direito – e o pano de fundo teórico econômico subjacente – a nova economia institucional-, incumbe resumir brevemente a proposta do presente trabalho.

A análise do fenômeno das sanções informais será feita com base nas instituições que o permeiam. Sendo um fenômeno constituído por ao menos três dimensões – jurídica, econômica e social -, a sua análise será fundamentada nas **instituições jurídicas, econômicas e sociais** que motivaram a sua criação e manutenção. Assim, o ponto de partida estará localizado precisamente em uma ótica institucional, vislumbrando o fenômeno por meio das instituições que o compõem.

As considerações de sociologia jurídica, teoria das redes e teoria dos jogos, por sua vez, apresentarão a função de completar a análise econômica subjacente ao fenômeno das sanções informais, fornecendo explicações adicionais e temas que precisam ser abordados para uma análise mais completa.

---

<sup>81</sup> NORTH, Douglass. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, v. 5, No. 1, pp. 97-112, 1991. p. 98.



### 3 SANÇÕES FORMAIS E INFORMAIS: DEFINIÇÕES E CONCEITOS

O presente capítulo visa analisar as origens dos vocábulos que permeiam a presente dissertação, esclarecendo as definições aplicáveis aos conceitos repetidamente tratados nesta obra, assim como expondo as suas raízes e visões filosóficas mais fundamentais e esclarecer por meio dos seguintes pontos: (i) a etimologia do vocábulo sanção; (ii) o refinamento do sentido de sanção para abranger as suas diversas facetas; (iii) a função da sanção na Teoria Geral do Direito; (iv) e na criminologia; assim como (v) as definições de trabalho de sanções formais e informais; (vi) as definições de trabalho de sanções contratuais e reputacionais; (vii) as definições de trabalho sobre sanções informais reputacionais em rede e institucionalizadas; e, por fim, (viii) as definições de trabalho sobre reputação comercial.

#### 3.1 ETIMOLOGIA DO VOCÁBULO SANÇÃO

Sanção é um vocábulo de origem latina, com etimologia relacionada a três palavras próximas: *santio*, *sanctionis* e *sancire*, significando “estabelecer em lei”<sup>82</sup>.

A origem do vocábulo sanção revela dois significados distintos, relevantes e utilizados até os dias atuais: em primeiro lugar, refere-se à sanção enquanto ato positivo, de aprovar, aceitar, permitir (*e. g.*, sanção da Lei); em segundo lugar, relaciona-se à sanção enquanto ato negativo, a consequência desagradável prevista em norma para um ato praticado por um indivíduo (*e. g.*, sanção administrativa)<sup>83</sup>.

Os autores que se dedicaram ao estudo das fontes romanas apontam a utilização do vocábulo em seus dois sentidos desde épocas romanas.

KLABIN aponta que sanção era a consequência negativa das leis *perfectae* e das *minus quam perfectae*, mas estava ausente nas *imperfectae*. Este era o fator que distinguiu estas espécies de atos normativos. As leis *perfectae* impunham a nulidade do ato praticado em infração à norma, enquanto as leis *minus quam perfectae* não impunham nulidade, mas cominavam pena diversa (como, por exemplo, multa pecuniária). As leis *imperfectae* eram

<sup>82</sup> BENEVIDES FILHO, Maurício. O que é Sanção? **Revista da Faculdade de Direito**, v. 34, No. 1, p. 355-373, jan-jun. 2013. p. 355.

<sup>83</sup> SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, 14 ed. São Paulo: Forense. p. 732 *apud* BENEVIDES FILHO, Maurício. O que é Sanção? **Revista da Faculdade de Direito**, v. 34, No. 1, p. 355-373, jan-jun. 2013. p. 355.

imperfeitas justamente pela ausência de sanção para a sua violação<sup>84</sup>. Contudo, a análise do texto revela que o vocábulo utilizado para denotar a pena pelo descumprimento da Lei não é “*sanctio*”, mas “*poena*”, como, por exemplo, na definição da lei *minus quam perfect*: “*Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam injungit ei qui contra legem fecit*”.

O significado positivo de sanção, por sua vez, é encontrado no Direito Romano. À guisa de exemplo, citamos a *Pragmatica Sanctio pro Petitione Vigilii* de JUSTINIANO I de 13 de Agosto de 554, acerca da reorganização jurídica da região da Itália<sup>85</sup>. BOTTCHEER aponta o uso intercambiável dos termos *Romana leges* e *Romana sanctio*<sup>86</sup>.

Pouco encontramos sobre a utilização do termo *sanctio* entre o fim do período romanístico e início da Idade Moderna.

No *Dictionary of the English Language*, em sua edição original de 1755, o vocábulo *sanction* revela somente com o seu sentido positivo: “*SANCTION. s. {sanction, French; sanctio, Latin.} 1. The act of confirmation which gives to any thing its obligatory power; ratification. 2. A law; a decree ratified*”<sup>87</sup>.

Igualmente, o *Compendious Dictionary of the English Language*, de 1806, apresenta exclusivamente o sentido de aceitação e confirmação do vocábulo sanção: “*Sanction, n. a ratification, confirmation, decree. Sanction, v. t. to ratify, confirm, support*”<sup>88</sup>.

O *American Dictionary of the English Language*, de 1828, traz a definição de sanção enquanto ato positivo de aceitação e determina como impróprio o seu uso como “Lei ou decreto”<sup>89</sup>:

SANCTION, n. {Fr[ench] from L[atin] sanctio, from sanctus, holy, solemn established.} 1. Ratification; an official act of a superior by which he ratifies and gives validity to the act of some other person or body. A treaty is not valid without the sanction of the president and

<sup>84</sup> KLABIN, Aracy. Observações sobre a sanção (*Sanctio*) das Leis em Direito Romano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 91, p. 37-43, 1996. p. 38.

<sup>85</sup> Referência encontrada em SANDARS, Thomas. **The Institutes of Justinian**. Londres: The Lawbook Exchange, 2007. p. xxxiii.

<sup>86</sup> BOTTCHEER, Carlos Alexandre. O Legado Ético e Universalista do Direito Romano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 108, p. 155-167, jan-dez. 2013. p. 164.

<sup>87</sup> JOHNSON, Samuel. **A Dictionary of the English Language**. Londres: J. P. Knapton, 1755.

<sup>88</sup> WEBSTER, Noah. **Compendious Dictionary of the English Language**. Hartford: Hudson & Goodwin, 1806.

<sup>89</sup> WEBSTER, Noah. **An American Dictionary of the English Language**. Hartford: Springfield: G & C Merriam, 1828.

senate. 2. Authority; confirmation derived from testimony, character, influence or custom. (...) 3. A law or decree. {Improper.}

SANCTION, v. t. To ratify; to confirm ; to give validity or authority to.

Notavelmente, o próprio *American Dictionary of the English Language*, em sua edição de 1864, trouxe o dito sentido “negativo” de sanção, ou seja, incluindo a repreensão à violação da Lei em seu significado<sup>90</sup>:

Sanction, n. (Lat[in] sanctio, from sancire, sanctum, to render sacred or inviolable, to fix unalterably; Fr[ench] sanction, Sp[anish] sancion, It[alian] sanzione) 1. Solemn or ceremonious ratification; an official act of a superior by which he ratifies and gives validity to the act of some other person or body; establishment of any thing as valid, or giving authority to it ; confirmation ; approbation and acceptance; support. [...] 2. Any thing done or said to enforce the will, law, or authority of another; as legal sanctions.

O significado negativo de sanção aparece, ainda que de forma incidental, em textos do final do século XVII de forma genérica<sup>91</sup> (“*for they who spent the whole year in abstinence were not tied with the necessity of a precept or legal sanction*”) e início do século XVIII sobre sanções advindas de tratados (“*and especially of all those legal Sanctions, which upon due reflection do without doubt render our best condition even at present anxious*”)<sup>92</sup>.

Para traçar um paralelo com o português, procuramos, sem sucesso, os vocábulos “sanção” e “*sancção*” no primeiro dicionário da língua portuguesa, de 1713<sup>93</sup>. No âmbito jurídico brasileiro, observamos algumas referências mais recentes que trazem ambos os significados do vocábulo sanção.

Encontramos na obra de TEIXEIRA DE FREITAS uma definição particularmente do vocábulo, abrangendo tanto o sentido positivo quanto o negativo<sup>94</sup>. Surpreendentemente,

<sup>90</sup> WEBSTER, Noah. **An American Dictionary of the English Language**. Hartford: Springfield: G & C Merriam, 1828.

<sup>91</sup> TAYLOR, Jeremy. **Ductor Dubitantium: or, the Rule of Conscience in all her General Measures**. 2. ed. Cambridge: Norton for R. Royston, 1671.

<sup>92</sup> WALSH, Peter. **The History & Vindication of the Loyal Formulary or Irish Remonstrance of 1661 against all Calumnies and Censures in several treatises**, Londres: RareBooksClub, 2012 (original publicado em 1723). Todas as fontes citadas sobre a evolução do vocábulo em língua inglesa foram retiradas da análise disponível em: <<https://english.stackexchange.com/questions/48837/how-did-sanction-come-to-have-two-opposite-meanings>>, acessado em 17/08/2018.

<sup>93</sup> BLUTEAU, Raphael. **Vocabulario Portuguez e Latino**. Coimbra: Collegio das Artes da Companhia de Jesú, 1713. A obra completa se encontra digitalizada na internet no sítio eletrônico da Biblioteca Brasileira, acessível em: <<https://digital.bbm.usp.br/handle/bbm/5445>>, acessado em: 20/08/2018, 01:28. Os vocábulos de M a Z se encontram na Parte 2 e foram pesquisadas variações ortográficas do vocábulo “sanção”.

<sup>94</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1882. p. 204. Transcrição: “*A Lêi contém, além do preceito, a sancção: e esta é a pena, ou a recompensa, o bem ou o mal, que se-lhe anexa à sua observância ou à sua violação [...]*”

GERALDO ATALIBA reforça este conceito dual de sanção ao dissipar a confusão causada sobre o termo ao considerá-lo como aplicável tanto em seu sentido positivo quanto negativo<sup>95</sup>:

Diante das premissas e necessidades da presente pesquisa referentes à evolução dual do vocábulo sanção, não vislumbramos a necessidade de aprofundar as referências de dicionários ou da cultura jurídica brasileira em acréscimo àquelas acima expostas.

Por fim e em paralelo à descrição das sanções, incumbe apontar também que o vocábulo “norma”, em um sentido amplo, historicamente manteve dois significados complementares. De um lado, norma denota o comportamento que os indivíduos devem imitar para evitar a punição da sanção negativa – o sentido prescritivo. Por outro lado, norma significa o comportamento que é normal – o sentido descritivo -, que pode ser ou não recompensado com uma sanção positiva. Assim, a norma descreve e prescreve comportamentos sancionados tanto negativa ou positivamente<sup>96</sup>.

### 3.2 SANÇÕES REPRESSIVAS, PREMIAIS, NEGATIVAS E POSITIVAS

Na seção anterior, tratamos como significado positivo da sanção o seu significado de aceitação e ratificação, ao passo que o significado negativo se referiria à sanção enquanto uma recompensa pelo indevido.

Ocorre que o significado negativo de sanção também traz, de fato, duas conotações particularmente distintas: as sanções “repressivas” e “premiais”. Isto significa dizer que a sanção em seu sentido pode não ser somente uma retribuição pelo indevido, mas pode também ser uma retribuição positiva por uma conduta valorada como positiva pela norma. Esta interpretação não é originária do vocábulo sanção. Ao revés: foi somente em BOBBIO<sup>97</sup> que

<sup>95</sup> ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. p. 38. Transcrição: “A sanção não é sempre e necessariamente um castigo. É mera consequência jurídica que se desencadeia (incide) no caso de ser desobedecido o mandamento principal da norma. É um preconceito que precisa ser dissipado - por flagrantemente anti-científico - a afirmação vulgar infelizmente repetida por alguns juristas, no sentido de que a sanção é castigo. Pode ser, algumas vezes. Não o é muitas vezes.”

<sup>96</sup> Tópico apontado por ELLICKSON na elaboração das suas categorias de comportamentos sancionados (pro-social, ordinário e antissocial). O autor faz a interessante constatação que enquanto o não cumprimento da norma – o comportamento antissocial em sua categorização – significa o sancionamento negativo, o comportamento da norma – ordinário – não é geralmente sancionado positivamente, esperando-se um comportamento que ultrapasse as expectativas da norma para a sanção positiva. O aprofundamento neste tópico é objeto do próximo sub-capítulo. ELLICKSON, Op. Cit., p. 126.

<sup>97</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

este conceito se materializou e ganhou os contornos modernos do instituto<sup>98</sup>, sendo posteriormente incorporado no pensamento de outro jusfilósofos, como HABERMAS<sup>99</sup>.

Precisamente, o conceito de sanção premial não se inicia em BOBBIO, porquanto o autor reconhece as suas raízes em BENTHAM e HOBBS. A principal alteração qualitativa entre BOBBIO e seus predecessores é a inclusão do conceito de sanção positiva em sua Teoria Geral do Direito<sup>100</sup>.

Para os propósitos do presente trabalho, o enfoque desta seção será dado em relação especificamente ao conceito de sanção *premier* em BOBBIO, enquanto a inclusão da sanção em sua Teoria Geral do Direito será objeto da seção subsequente.

Assevera BOBBIO que não há nada no Direito que o ligue intrinsecamente apenas ao sentido negativo ou punitivo de sanção, mas que se trata de um desenvolvimento ideológico fundamentalmente apoiado em uma dissociação entre a esfera política e econômica. Assim, a norma sancionatória tanto pode ser escrita na forma negativa (“se você fizer X, sucederá Y”), quanto em uma versão alternativa e hipotética que nega a forma negativa (“se você não fizer X, sucederá Y”). Assim, prossegue BOBBIO, se a sanção for definida como uma consequência desagradável imputada pelo legislador a um comportamento transgressor de uma norma primária, a atribuição pode ser realizada igualmente nas duas modalidades. Sendo que a sanção jurídica atua no espectro da liberdade, e não da necessidade, cabe ao legislado uma alternativa entre as condutas possíveis e as sanções cominadas<sup>101</sup>.

A noção de sanção positiva é uma dedução, *a contrario sensu*, da noção mais elaborada de sanção negativa. Em termos simples, a sanção negativa será uma reação má a uma ação má, um desencorajamento; enquanto a sanção positiva será uma reação boa a uma ação boa, um encorajamento<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> SALGADO, Gisele. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008. p. 114.

<sup>99</sup> HABERMAS, Junger. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. vol. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008. p. 307.

<sup>100</sup> SALGADO, Gisele. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008. p. 114.

<sup>101</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003. p. 43. Corresponde à tradução do original *Teoria della norma giuridica*, de 1993.

<sup>102</sup> BOBBIO, Norberto. As sanções positivas. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007. p. 24.

As sanções positivas podem ser de diversas categorias, incluindo sanções **atributivas, retributivas, reparadoras, preventivas, privativas e sucessivas**. Em sua essência, consistirão de comandos que visam tornar uma ação benéfica ou vantajosa para o agente. Estes comandos podem ser divididos em facilitações e prêmios, sendo a facilitação uma vantagem *ex ante*, enquanto o prêmio é uma recompensa *ex post factum*. Os prêmios poderiam ser bens econômicos, sociais ou morais prometidos aos indivíduos<sup>103</sup>.

A qualidade da sanção (positiva ou negativa) não se confunde com a natureza da norma (positiva ou negativa), de forma que não há incompatibilidade entre normas negativas e sanções positivas, ou normas positivas e sanções negativas<sup>104</sup>.

Com efeito, se seguirmos a distinção de BOBBIO entre comando (norma positiva) e proibições (norma negativa), veremos que é teoricamente possível a existência de comandos reforçados por prêmios, comandos reforçados por castigos, proibições reforçadas por prêmios e proibições reforçadas por castigos<sup>105</sup>.

KELSEN e BOBBIO reconheceram a bilateralidade da norma jurídica sancionatória, consistente na imposição de um direito subjetivo a um indivíduo e de um dever a outro, gerando uma relação de interdependência entre direito e dever<sup>106</sup>.

Contudo, na sanção positiva a bilateralidade é invertida. A sanção negativa conta com uma relação Direito-obrigação que parte daquele que sancionada em direção ao sancionado, enquanto a sanção positiva desloca o ponto de partida para o sancionado<sup>107</sup>. Ao passo que a sanção negativa é **ameaça** ao sancionado, a sanção positiva é promessa que parte do sancionado para o sancionador<sup>108</sup>.

---

<sup>103</sup> BOBBIO, Norberto. As sanções positivas. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007. p. 15 e seguintes.

<sup>104</sup> BOBBIO, Norberto. A função promocional do Direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007. p. 6.

<sup>105</sup> BOBBIO, Norberto. A função promocional do Direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007. p. 6.

<sup>106</sup> SALGADO, Gisele. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008. p. 140.

<sup>107</sup> SALGADO, Gisele. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008. p. 141.

<sup>108</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999. p. 14.

Apesar da sanção positiva ser vista como fortalecedora da posição do sujeito direito, ela também envolve um grau mais elevado de consenso entre sancionado e sancionador, que comumente é motivado por ganhos econômicos<sup>109</sup>.

Em suma, a passagem da concepção do Direito enquanto ordenamento coativo para um ordenamento coativo e premial é fundamentada na transição da ideia do homem enquanto mau e antissocial, para o homem indiferente, passivo, que então poderia (e deveria) ser estimulado<sup>110</sup>.

BOBBIO se destaca e merece esta menção mais extensa em razão da originalidade do seu pensamento e colocações sobre sanções positivas. Como será visto na seção subsequente, a Teoria Geral do Direito foi sempre muito frutífera em incorporar a sanção na construção do Direito enquanto sistema, mas a visão dual de sanção (repreensão/aceitação) ainda é escassa.

Embora recorrentemente as sanções sejam usadas exclusivamente em seu sentido negativo, é comum vislumbrar o Direito como um sistema de incentivos (*carrots and sticks*), o que naturalmente incorporaria a visão das sanções enquanto prêmio ou promoção<sup>111</sup>.

Em termos mais recentes, ELLICKSON incorpora considerações sobre sanções positivas e negativas em sua teoria sobre ordenamentos jurídicos privados. A sua premissa é que sistemas de controle social empregam mecanismos de recompensa e punição (*carrots and sticks*) para influenciar os comportamentos humanos. Quando aplicando estas regras, a autoridade divide os comportamentos humanos em bons comportamentos que devem ser recompensados, maus comportamentos que devem ser punidos e comportamentos comuns que não geram nenhuma resposta (*prosocial behaviour; antisocial behaviour e ordinary behaviour*). Embora a sociologia classifique os comportamentos antissociais como desviantes (*deviants*), não há sequer um termo sociológico para reconhecer comportamentos pro-sociais. Um sistema tripartite também não precisa necessariamente existir, tendo em vista que é

<sup>109</sup> SALGADO, Gisele. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008. p. 147.

<sup>110</sup> BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito, *In*: BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Barueri: Manole, 2007. p. 79.

<sup>111</sup> Por exemplo, BAKER e CHOI, que orientam a nossa análise, constroem as suas noções sobre a interseção entre sanções formais e informais com base nesta acepção do Direito. BAKER, Scott; CHOI, Albert. *Crowding In: How Formal Sanctions can Facilitate Informal Sanctions*. **UCLA Law and Economics Workshop Fall 2013/Spring 2014**, p. 1-39, 2014. p. 4.

possível uma sociedade que não recompense os comportamentos pro-sociais. No mais, dado que o comportamento comum não gera resposta, ele também pode ser subsumido da equação, restando somente a consideração que as sociedades sempre possuem regras para punir maus comportamentos, sendo que algumas sociedades também recompensam os bons comportamentos com sanções negativas e positivas, respectivamente<sup>112</sup>.

### 3.3 A FUNÇÃO DA SANÇÃO NA TEORIA GERAL DO DIREITO: BREVÍSSIMAS NOTAS

Sem a pretensão de aprofundarmos o tema, apresentaremos uma breve arqueologia das principais ideias sobre sanção que permearam o desenvolvimento da Teoria Geral do Direito.

Não há sanção neutra, isto é, sem impacto no agente sancionado, assim como não há sanção sem custo para o sancionador e o sancionado. Em termos gerais durante o desenvolvimento da Teoria Geral do Direito, as sanções foram vistas como um instrumento de retribuição do mal causado e, em termos econômicos mais específicos, como um instrumento para coibir oportunismo, como recentemente a literatura vem reconhecendo mais expressamente<sup>113</sup>.

Assim como vale a máxima latina *ubi societas, ibi jus*, a cada ordenamento jurídico corresponde um conjunto de sanções. A noção de sanção acompanhou perenemente a própria noção do que é Direito e o que é a norma jurídica, por vezes sendo considerada como elemento integrativo e fundamental da própria essência da norma, ou como elemento que revela a norma jurídica por meio da sua aplicação à conduta infringente de um dever jurídico.

Historicamente, os doutrinadores de maior peso na Teoria Geral do Direito iriam restringir a análise das sanções (positivas ou negativas) à atuação estatal, sem levar em

---

<sup>112</sup> ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.p. 125.

<sup>113</sup> AKER, Scott; CHOI, Albert. Crowding In: How Formal Sanctions can Facilitate Informal Sanctions. **UCLA Law and Economics Workshop Fall 2013/Spring 2014**, p. 1-39, 2014. p. 4.



consideração as sanções impostas pelos próprios comerciantes pertencentes a determinados setores econômicos<sup>114</sup>.

Segundo BOBBIO, o conceito operacional mais fundamental de sanção negativa consiste em entendê-la como um comando que torna uma ação impossível, difícil ou desvantajosa. O conceito operacional positivo de sanção, por sua vez, irá consistir em um comando que torne uma ação desejada, fácil ou vantajosa<sup>115</sup>.

Por conseguinte, a função da sanção predominante na Teoria Geral do Direito seria a de um mecanismo repressivo, que objetiva, por meio da coerção garantida pelo Estado, restringir comportamentos indeterminados<sup>116</sup>.

WEBER traz a sua acepção clássica do Direito como um sistema organizado de coerção que pode ser garantido (*i. e.*, executado ou cumprido) por qualquer forma de autoridade, secular ou eclesiástica. Incumbe apontar que a autoridade garantidora da execução do Direito pode decorrer da vontade do indivíduo, como as regras de uma associação voluntária, desde que possua autoridade garantidora assegurando a sua aplicação. Na mesma seção, *em passant*, afirma WEBER que as práticas comerciais que são compulsoriamente observadas são “Direito” em sua acepção<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> SALGADO, Gisele. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008. p. 122.

<sup>115</sup> BOBBIO, Norberto. As sanções positivas. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007. p. 15.

<sup>116</sup> SALGADO, Gisele. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008. p. 123.

<sup>117</sup> WEBER, Max. **Economy and Society**. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 34-35. Trechos originais relevantes: “An order will be called (a) convention so far as its validity is externally guaranteed by the probability that deviation from it within a given social group will result in a relatively general and practically significant reaction of disapproval (b) law if it is externally guaranteed by the probability that physical or psychological coercion will be applied by a staff of people in order to bring about compliance or avenge violation. (...) For terminological purposes, this is best considered a form of legal coercion. Conventional rules may, in addition to mere disapproval, also be upheld by other means; thus domestic authority may be employed to expel a visitor who defies convention. This fact is not, however, important in the present context. The decisive point is that the individual, by virtue of the existence of conventional disapproval, applies these sanctions, however drastic, on his own authority, not as a member of a staff endowed with a specific authority for this purpose. (...) Hence “law” may be guaranteed by hierocratic as well as political authority, by the statutes of a voluntary association or domestic authority or through a sodality or some other association. (...) The *leges imperfectae* and the category of “natural obligations” are forms of legal terminology which express indirectly limits or conditions of the application of compulsion. In the same sense a trade practice which is compulsorily enforced is also law”.

FICHTE apresenta uma visão bastante peculiar sobre sanção jurídica em contraposição à sanção moral, de inspiração kantiana. Ainda no final do século XVIII, FICHTE apresenta a ideia que **lei moral** comanda categoricamente o que pode ser feito, enquanto a **lei jurídica** é essencialmente um comando permissivo, determinando o que pode ser realizado. A **lei jurídica** jamais obriga seja exercitado um direito subjetivo<sup>118</sup>. Apesar da origem kantiana, as suas conclusões em muito fogem à ideia de imperatividade em KANT, que não reconhece normas jurídicas que não sejam imperativos<sup>119</sup>.

SKINNER, em sua visão peculiar, ao analisar a função das sanções, ressalta que sancionar é uma das técnicas de controle mais comuns, sendo que diversos sistemas jurídicos já se basearam em multas, açoitamento, encarceramento e trabalhos forçados, sempre objetivando reduzir tendências dos agentes de se comportarem de maneira desagradável<sup>120</sup>.

Contudo, em BOBBIO a sanção não será uma forma de **controle social**, mas sim de **direção social**, em um sistema de incentivos que leva em consideração incentivos positivos e negativos, reconhecendo que a **liberdade** é uma característica essencial ao Direito, motivo pelo qual o termo “controle” é de difícil aplicação<sup>121</sup>.

Analisando os escritos de BOBBIO, SAMPAIO FERRAZ reconhece a existência de ao menos três tipos de controle exercidos pela norma: o controle coercitivo estatal clássico, o controle persuasivo e o controle premonitivo, sendo estes dos últimos atuantes antes e depois do comportamento, respectivamente<sup>122</sup>.

A passagem do uso de sanções negativas para positivas seria, na teoria de BOBBIO, um fator representativo da evolução da sociedade e da valorização da liberdade dos agentes, caracterizando a evolução do **reino da necessidade** ao **reino da liberdade**<sup>123</sup>.

---

<sup>118</sup> FICHTE, Johann. **Lineamentos de Direito Natural**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000 (original publicado em 1796).

<sup>119</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003. p. 43.

<sup>120</sup> SKINNER, Burrhus. **Ciência e comportamento humano**, São Paulo: Martins Fontes, 2003 (original publicado em 1951). p. 198.

<sup>121</sup> SALGADO, Gisele. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008. p. 124.

<sup>122</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. *In: Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999. p. 14.

<sup>123</sup> BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. p. 111

Ato contínuo, interessante apontar que HABERMAS aceita e incorpora a evolução teórica de BOBBIO em sua obra. Para HABERMAS, o Direito considerar-se-á estruturado como um sistema de normas positivas e impositivas, das quais deriva uma expectativa de legitimidade assegurada por sanções positivas e negativas<sup>124</sup>.

Dentro da estrutura do Direito de BOBBIO, as sanções pertenceriam e seriam um fator de eficácia da norma, dentro da visão de BOBBIO que leva em consideração validade, eficácia e justiça como elementos do Direito<sup>125</sup>, distanciando-se da lógica positiva imbuída em KELSEN, em que é certo que a Justiça não pode ser critério do Direito. A eficácia em KELSEN, por sua vez, não é um dos elementos do Direito, mas deve existir em ao menos um nível “mínimo” no ordenamento jurídico para que ele seja válido<sup>126</sup>. A sanção é ínsita à imperatividade do ordenamento jurídico Kelseniano, porquanto este autor enxerga a norma como imperativos condicionais, que proscrevem comportamentos e imputam sanção para o seu descumprimento<sup>127</sup>.

Entretanto, para nos atermos à pureza do Direito Kelseniano, incumbe ressaltar SAMPAIO FERRAZ que, analisando BOBBIO à luz da teoria da norma fundamental de KELSEN, assevera que o ordenamento jurídico em BOBBIO está fundamentado em um ato de poder, e não de validade<sup>128</sup>.

Assim, em BOBBIO a sanção jurídica determina a norma jurídica, colocando em destaque a função da sanção em seu quadro teórico. A sanção deve levar ao cumprimento da norma, seja espontâneo ou pela ameaça de coerção. Contudo, BOBBIO vê a sanção como sendo potencialmente composta por todo ordenamento jurídico, não requerendo que cada norma individualmente considerada tenha uma sanção também individualmente considerada<sup>129</sup>.

---

<sup>124</sup> HABERMAS, Junger. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. vol. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008. 307.

<sup>125</sup> SALGADO, Gisele. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008. p. 148.

<sup>126</sup> SALGADO, Gisele. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008. p. 148-149.

<sup>127</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Item 4.2.1

<sup>128</sup> SALGADO, Gisele. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008. p. 149-150.

<sup>129</sup> SALGADO, Gisele. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008. p. 150.

Se na linha positivista a sanção já possuía uma posição relevante na compreensão do sistema jurídico, a linha do realismo jurídico amplificaria a sua relevância. Tanto a linha americana, quanto a linha escandinava, apresentariam uma visão prática do Direito, norteadas pela sua aplicação no mundo concreto, o que envolve, necessariamente, uma análise sobre a sua eficácia e, por conseguinte, o uso de sanções. Conservadas, é claro, as distinções de abordagem entre estas duas linhas, sendo a linha americana mais pragmática, enquanto a linha escandinava, com treinamento formal em filosofia, apela mais à metafísica<sup>130</sup>.

O pensamento realista jurídico é marcado, sobretudo, sobre um ceticismo sobre diversas categorias, incluindo a pureza do Direito em relação à moral, ao processo decisório dos juízes, à diferença entre “o Direito dos livros” e o “Direito na prática”. As sementes do pensamento realista jurídico dariam frutos na análise econômica do Direito que seria desenvolvida futuramente e que permeia o presente trabalho<sup>131</sup>.

Paralelo à evolução do realismo jurídico, citamos o pensamento destacado de HART em *The Concept of Law*. À parte da distinção entre normas primárias (de conduta) e secundárias (de elaboração de normas primárias), o sistema jurídico somente é jurídico se for capaz de punir as suas violações com sanções. Em HART, as sanções do sistema jurídico são sanções físicas, em sentido negativo, requerendo seja atribuído ao Estado o monopólio da força para que delas possa dispor para conter violações às regras jurídicas<sup>132</sup>.

Por fim, aproximando a discussão ao cenário brasileiro, mencionamos o referencial teórico moderno do pensamento de SAMPAIO FERRAZ. A sanção é parte fundamental dos três modos básicos de seu enfoque teórico sobre a norma jurídica: a norma-proposição, norma-prescrição e norma-comunicação. Na norma-proposição, a sanção é a consequência da violação da conduta hipotética. Na norma-prescrição, as qualidades prescritoras, incluindo o uso da força, são fundamentais para o seu reconhecimento como tal. Por fim, a norma-comunicação fundamenta-se na transmissão de informação, determinando a

---

<sup>130</sup> LEITER, Brian. Legal Realisms, Old and New. **Valparaiso Law Review**, No. 47, p. 949-963, 2013. p. 951.

<sup>131</sup> LEITER, Brian. Legal Realisms, Old and New. **Valparaiso Law Review**, No. 47, p. 949-963, 2013. p. 955.

<sup>132</sup> KRONMAN, Anthony. Hart, Austin and the Concept of Legal Sanctions. **Yale Law Journal**, No. 84, p. 585-607, 1974. p. 599.

relação entre dois comunicadores, quais seja, subordinação e coordenação, sendo que em ambas as situações há comunicação de uma mensagem proscritiva<sup>133</sup>.

A norma jurídica seria, então, um **imperativo despsicologizado**, uma espécie de comando, mas que identifica comandante ou comandado. A relevância não está na figura do legislador ou do legislado, mas no papel que eles exercem. O legislador pode decidir não somente desencorajar comportamentos (**sanção-castigo**), mas também encorajar certas condutas (**sanção-prêmio**). Para que o conceito de sanção-prêmio se enquadre na imperatividade das normas, SAMPAIO FERAZ argui que as normas jurídicas são sempre coercivas (suscetíveis de aplicação de sanção), mas não necessariamente coercitivas. Por fim, aponta o autor que a sanção não é elemento de estrutura da norma ao reconhecer a existência de normas sem sanção, como as normas interpretativas, embora reconheça mérito no argumento de que a sanção seria composta pelo ordenamento jurídico como um todo<sup>134</sup>.

O ponto de transição fundamental na temática das sanções é justamente a sua passagem de uma categoria incidental, fruto da necessidade prática de fazer o Direito ser respeitado, para uma posição dogmática clara como elemento fundamental na própria noção de Direito. Embora o pensamento jurídico moderno não incorpore a sanção como elemento constitutivo da norma, isto não abala a sua posição crucial no funcionamento das regras constantes do ordenamento jurídico.

Por fim, destacamos a recorrente ausência do conceito positivo de sanção durante a trajetória do pensamento jurídico sobre sanção. Com efeito, é sempre preciso retomar a BOBBIO para certificarmos o robustecimento deste conceito, já há muito existente no Direito, mas com pouca frutificação na teoria geral do Direito. O mesmo se aplica à incorporação de sanções informais ao quadro teórico jurídico, sobretudo incorporado na seara da discussão sobre a diferenciação entre Moral e Direito.

---

<sup>133</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. *In: Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999. Item 4.1.

<sup>134</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. *In: Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999. Item 4.2.1.

### 3.4 A VISÃO CRIMINOLÓGICA DA SANÇÃO

No âmbito da criminologia, persiste até hoje um debate fundamental sobre a utilidade das sanções penais, isto é, se as sanções possuem o efeito de desestimular ou de estimular o comportamento proscrito. De um lado, os teóricos da *deterrence theory* (teorias relativas ou preventivas da pena) apregoarão que a sanção inibe o comportamento reprovado; por outro lado, os teóricos da *labeling theory* (etiquetamento social) asseveram que a sanção reforça o comportamento proibido. Há, ainda, teorias absolutas ou retributivas da pena e as chamadas teorias da prevenção geral positiva<sup>135</sup>.

Resiste uma longa linha de estudos teóricos e empíricos para atestar a consistência de cada uma destas teorias e persiste um debate acirrado sobre qual deve prevalecer<sup>136</sup>.

Trabalharemos de forma bastante breve com cada uma destas categorias e focaremos em apenas dois espectros teóricos: o espectro que afirma que a pena reduz o delito (teorias preventivas) e o espectro que assevera que a pena estimula novos delitos (espectro sociológico de origem Durkheimiana). Ambos os espectros teóricos são acentuadamente complexos e demandariam uma análise mais aprofundado do que aquela proposta na presente monografia. Não obstante, faremos uma breve incursão teórica em suas raízes e principais fundamentos ideológicos.

Antes de avançarmos, convém esclarecer que o conceito e a função da pena são dois temas diferentes. Com efeito, a pena é reconhecidamente um mal que se impõe por causa da prática de um delito. Isto não significa, contudo, que a pena necessariamente seja uma retribuição do mal causado pelo agente delituoso<sup>137</sup>.

As teorias absolutas ou retributivas da pena se imiscuem na mentalidade do Estado absolutista e apregoava que a pena era um castigo para expiar o mal causado. Quando

---

<sup>135</sup> Classificação feita por BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 15. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2010. Esclarece-se que o etiquetamento social foi incluído neste rol pelo autor deste trabalho por inspiração retirada da seguinte obra: THOMAS, Charles, BISHOP, Donna. The Effect of Formal and Informal Sanctions on Delinquency: a Longitudinal Comparison of Labeling and Deterrence Theories. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 75, n. 4, pp. 1222-1245, 1984. p. 1223.

<sup>136</sup> THOMAS, Charles, BISHOP, Donna. The Effect of Formal and Informal Sanctions on Delinquency: a Longitudinal Comparison of Labeling and Deterrence Theories. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 75, n. 4, pp. 1222-1245, 1984. p. 1223.

<sup>137</sup> Esclarecimento incluído no início das considerações do Tratado de Direito Penal de BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 15. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 17.

Rei e divino se confundiam, o crime contra o Rei ou o Reino era um ato contra Deus que demandava punição do desviante<sup>138</sup>.

A transição para o Estado liberal não alterou o fundamento da imposição da pena, embora a confusão entre Rei e Deus já não fosse mais aceita na sociedade. A pena passa a ser vista como uma necessidade para restaurar a ordem jurídica que foi interrompida com o delito. A pena é a realização da Justiça que foi interrompida com a quebra do Contrato Social causada pelo delito. KANT e HEGEL serão expoentes deste pensamento liberal retribucionista. Em KANT, a fundamentação da pena será de ordem ética, enquanto em HEGEL será de ordem jurídica<sup>139</sup>.

Para KANT, o cumprimento das disposições legais é um atributo do direito de cidadania; quem as descumpre, sequer é digno deste direito e deve ser castigado pelo soberano. A lei é um imperativo categórico a ser observado, fundado no dever-ser, e o seu descumprimento deve ser castigado simplesmente por ter violado um dispositivo legal. O espírito da Justiça advém dos homens e as regras jurídicas são uma emanção da moral da sociedade. A pena não possui uma função preventiva: ela simplesmente castiga o delinquente pelo fato dele ter delinquido<sup>140</sup>.

Para HEGEL, a função da pena é restabelecer a vontade geral instrumentalizada na ordem jurídica. O delito é uma negação do Direito e a pena é considerada a negação da negação do Direito. O Direito Hegeliano é fundado na racionalidade e liberdade. Sendo o delito uma manifestação de vontade irracional (no caso, uma vontade particular), há uma contradição entre a vontade geral racional e a particular que deve sofrer a sanção penal<sup>141</sup>.

A linha de pensamento da *deterrence theory* (teorias preventivas da pena), por sua vez, parte de pressupostos fundamentalmente diferentes. Dada uma noção de Contrato Social, em que os agentes criam a figura do Estado limitador da sua liberdade como forma de estruturação do convívio social, os agentes, que não são morais ou imorais, agirão motivados

---

<sup>138</sup> BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 15. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99.

<sup>139</sup> BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 15. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 100-101.

<sup>140</sup> BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 15. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2010. P. 103-104.

<sup>141</sup> BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 15. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104-105.

pelo auto-interesse conforme o seu livre árbitro. Contanto que existam punições rápidas, certas e duras, os agentes irão evitar praticar comportamentos não-normativos. A percepção do aumento dos riscos relacionados ao comportamento não-normativo seria suficiente para que o agente reduzisse o seu nível de envolvimento com esse comportamento<sup>142</sup>.

A concepção de que as sanções reduzem os crimes possui raízes bastante antigas. Contudo, a sua formulação teórica clássica e paradigmática ocorreu somente no século XVIII, com BECCARIA (1764)<sup>143</sup>.

BECCARIA apregoou a reforma do sistema penal vigente à época em sua localidade, defendendo a necessidade de um sistema repressivo fundado em princípios racionais, como a proporcionalidade das penas aos delitos. A sua visão central é de que o sistema jurídico penal deve dissuadir os cidadãos do cometimento de crimes<sup>144</sup>.

A sua visão sobre o efeito dissuasório das penas foi aprofundada na visão utilitarista de BENTHAM redigida em termos de dor e prazer (1789). O sistema jurídico, para BENTHAM, deve ser construído de forma a fornecer o máximo de prazer e o mínimo de dor possível. A justiça penal, assim como as suas instituições correlatas, deve ser erigida de forma a produzir o máximo de felicidade. Atos criminais são causa da diminuição da felicidade no seio da sociedade e as punições são uma forma de reduzi-los. Por conseguinte, a sociedade de construir um sistema penal capaz de perseguir e punir os crimes para alcançar o máximo de felicidade possível<sup>145</sup>.

BITENCOURT aponta que a partir de FEUHERBACH as teorias sobre a função preventiva da pena seguirão em duas direções: a prevenção geral e especial<sup>146</sup>.

A prevenção geral conta com a linha teórica de BECCARIA, BENTHAM, SCHOPENHAUER e o próprio FEUERBACH. A cominação ou ameaça de cominação de pena avisa

---

<sup>142</sup> THOMAS, Charles, BISHOP, Donna. The Effect of Formal and Informal Sanctions on Delinquency: a Longitudinal Comparison of Labeling and Deterrence Theories. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 75, n. 4, pp. 1222-1245, 1984. p. 1228.

<sup>143</sup> BECCARIA, Cesare. **On Crimes and Punishment**. Nova Jérsei: Prentice Hall, 1963 (original de 1764).

<sup>144</sup> THOMAS, Charles, BISHOP, Donna. The Effect of Formal and Informal Sanctions on Delinquency: a Longitudinal Comparison of Labeling and Deterrence Theories. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 75, n. 4, pp. 1222-1245, 1984. p. 1228.

<sup>145</sup> BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Londres: T. Payne and Son, 1780 (original publicado em 1789).

<sup>146</sup> BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 15. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.



aos demais membros da sociedade sobre os riscos da conduta delituosa. A pena é uma ameaça prevista em lei, direcionada aos cidadãos, para que estes evitem cometer delitos, significando uma “coação psicológica”. Duas ideias são fundamentais para a prevenção geral: o potencial intimidador da pena e a racionalidade humana. A mensagem ameaçadora emitida pela pena é suficiente para que o homem racional pondere as suas ações e não haja de forma delituosa<sup>147</sup>.

A corrente que analisa a função da pena em termos de prevenção especial pode ser relacionada a VON LISZT, tendo como sucessores MARC ANCEL e KLAUS ROXIN. A pena obedece uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquente, aliada à intimidação daqueles que não precisam se ressocializados e à neutralização dos agentes incorrigíveis. Agrega, portanto, três elementos: a intimidação, correção e inocuidade. O delito continua sendo considerado uma violação à ordem jurídica, mas que causa um dano social por um perigo social (o delinquente). A prevenção especial não retribui o mal praticado, mas visa somente que o indivíduo que já delinuiu não volte a transgredir normas jurídico-penais<sup>148</sup>.

Partindo da linha de pensamento especial preventiva, WELZEL e JAKOBS apresentarão a corrente da teoria da prevenção geral positiva. Para os autores, a mais importante função do Direito Penal é de natureza ético-social. As normas jurídicas possuem uma função orientadora e buscam estabilizar e institucionalizar as experiências sociais, servindo como uma orientação de conduta do cidadão em suas relações sociais. A violação da norma deve ainda ser respondida com uma pena para afirmar a sua vigência, mas, enquanto o delito é negativo, a pena deve ser positiva de forma fundamentadora<sup>149</sup>.

A *labeling theory* não apresenta uma resposta unificada para o efeito do ato sancionador, representando sobretudo um modelo teórico, com raízes diversas, em que se enxergam as sanções como uma forma de estimular o comportamento sancionado<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 15. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 108-109.

<sup>148</sup> BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 15. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110-111.

<sup>149</sup> BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 15. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117-118.

<sup>150</sup> THOMAS, Charles, BISHOP, Donna. The Effect of Formal and Informal Sanctions on Delinquency: a Longitudinal Comparison of Labeling and Deterrence Theories. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 75, n. 4, pp. 1222-1245, 1984. p. 1226.

Os efeitos contraintuitivos da sanção já foram objeto de análise ainda no século XIX pelos primeiros estudos sociológicos sobre o tema, incluindo DURKHEIN (1893<sup>151</sup> e 1897<sup>152</sup>) e TARDE (1890)<sup>153</sup>. No século XX, esta corrente se fortaleceu com MEAD (1934)<sup>154</sup>, TANNENBAUM (1938)<sup>155</sup>, LEMERT (1951)<sup>156</sup>, GOFFMAN (1956)<sup>157</sup>, BECKER (1963)<sup>158</sup>, GIBBONS (1979)<sup>159</sup>, LINK (1989)<sup>160</sup> e MATSUEDA (1992)<sup>161</sup>.

O foco das *labeling theories* é intrinsicamente duplo. Em primeiro lugar, buscam responder como são criados e atribuídos os estigmas sociais do comportamento desviante, se as variáveis que determinam a sua atribuição são dependentes ou não de alguma conduta em particular (como, por exemplo, raça, gênero, idade, poder aquisitivo). Em segundo lugar, procuram verificar quais são os efeitos da estigmatização do comportamento desviante, tanto em relação ao restante da sociedade, quanto em relação ao agente que pratica o comportamento desviante<sup>162</sup>.

A resposta recorrentemente asseverada por essa linha de pensamento para o questionamento acerca da função da sanção pode ser consolidada como a atribuição de rótulos estigmatizantes por agentes formais de controle social, causando a redução da disponibilidade de oportunidades, uma alteração da percepção da identidade do sujeito, a reestruturação de

---

<sup>151</sup> DURKHEIN, Émile. **The Division of Labor in Society**. Nova Iorque: The Free Press of Glencoe, 1964 (original publicado em 1893).

<sup>152</sup> DURKHEIN, Émile. **The Suicide: a Study in Sociology**. Nova Iorque: The Free Press, 1951 (original publicado em 1897).

<sup>153</sup> TARDE, Gabriel. **Les lois de l'imitation**. Paris: Editions Kimê, 1890.

<sup>154</sup> MEAD, George. **Mind, Self and Society: from the Standpoint of a Social Behaviorist**. Chicago: University of Chicago Press, 1934.

<sup>155</sup> TANNENBAUM, Frank. **Crime and the Community**. Boston: Ginn and Co., 1938.

<sup>156</sup> LEMERT, Edwin. **Social Pathology**. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1951.

<sup>157</sup> GOFFMAN, Erving. **The Presentation of Self in Everyday Life**. Nova Iorque: Anchor Books, 1956.

<sup>158</sup> BECKER, Howard. **Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance**. Nova Iorque: The Free Press of Glencoe, 1963.

<sup>159</sup> GIBBONS, Don. **The Criminological Enterprise: Theories and Perspectives**. Ann Arbor: Prentice-Hall, 1979.

<sup>160</sup> LINK, Bruce. A Modified Labeling Theory Approach to Mental Disorders: An Empirical Assessment. **American Sociological Review**, v. 54, n. 3, p. 400-423, jun. 1989.

<sup>161</sup> MATSUEDA, Ross. Reflected Appraisals, Parental Labeling, and Delinquency: Specifying a Symbolic Interactionist Theory. **American Journal of Sociology**, vol. 97, no. 6, p. 1577-1611, maio/1992.

<sup>162</sup> THOMAS, Charles, BISHOP, Donna. The Effect of Formal and Informal Sanctions on Delinquency: a Longitudinal Comparison of Labeling and Deterrence Theories. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 75, n. 4, pp. 1222-1245, 1984. p. 1226.

relacionamentos interpessoais e o aumento da possibilidade de envolvimento com novo comportamento desviante<sup>163</sup>.

A atribuição do estigma de “delinquente” iniciaria por meio de delinquências de menor grau ofensivo (*primary deviations*). A sua recorrência ensejaria um processo de estereotipização do desviante, que passaria a se reconhecer como um delinquente. Neste processo de alteração da própria concepção, o desviante passa a cometer delinquências de maior grau ofensivo (*secondary deviations*). A partir de então, a possibilidade de recorrência em delinquências graves continua a ser alimentada pela auto-imagem do desviante como um “delinquente”<sup>164</sup>.

Por consequência, os esforços criminológicos para redução dos crimes, consubstanciados nas sanções formais, apresentariam o efeito negativo de servirem como estímulo à continuidade e repetição dos delitos. Entretanto, asseveramos que a resposta sob a efetiva função da pena na visão criminológica ainda aparenta ser inconclusiva diante da possibilidade de agravamento dos delitos como consequência dos efeitos estigmatizantes da imposição da pena.

### 3.5 SANÇÕES FORMAIS E INFORMAIS: DEFINIÇÃO DE TRABALHO

O presente trabalho utiliza extensamente a distinção entre sanções formais e informais para estudar os seus impactos nas relações comerciais. Por conseguinte, incumbe traçar, em detalhes, as linhas que diferenciam estas duas categorias.

---

<sup>163</sup> THOMAS, Charles, BISHOP, Donna. The Effect of Formal and Informal Sanctions on Delinquency: a Longitudinal Comparison of Labeling and Deterrence Theories. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 75, n. 4, pp. 1222-1245, 1984. p. 1226. A transcrição da íntegra do trecho é a seguinte: “*The attribution of stigmatizing labels, particularly when that attribution process involves formal agents of social control, initiates a social process that results in altered self-conceptions, a reduction in the availability of conventional opportunities, a restructuring of interpersonal relationships, and an elevated likelihood of involvement in the real or imagined conduct which stimulated initial intervention efforts*”.

<sup>164</sup> THOMAS, Charles, BISHOP, Donna. The Effect of Formal and Informal Sanctions on Delinquency: a Longitudinal Comparison of Labeling and Deterrence Theories. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 75, n. 4, pp. 1222-1245, 1984. p. 1226-1227.

Em primeiro lugar, apontamos o uso indistinto de diversos vocábulos, como sanções informais<sup>165</sup>, sanções reputacionais<sup>166</sup> (*reputational sanctions* e a variante *reputation sanctions*<sup>167</sup>), sanções não-legais (*non-legal sanctions*)<sup>168</sup> e sanções difusas<sup>169</sup>, quando os autores desejam se referir ao fenômeno do sancionamento não-estatal.

Em uma nota particular, assevera SAMPAIO FERRAZ que a sanção jurídica deve ser prescrita por normas, de forma que o “*o direito não aceita sanções implícitas ou extranormativas como jurídicas*”<sup>170</sup>. Ao se referir a sanções com natureza reputacional, o autor utiliza o termo “*sanção difusa*”, como a desaprovação moral subsequente ao cometimento de um crime.

Não é incomum que seja feita referência a fenômenos diversos com a utilização das mesmas categorias conceituas.

Vejamos, à guisa de exemplo, três abordagens diferentes sobre a definição de sanções informais em IACOBUCCI<sup>171</sup>, FALK, FEHR e FISCHBACHER<sup>172</sup> e BAKER e CHOI<sup>173</sup>.

---

<sup>165</sup> A terminologia preferida por esta obra, pode ser vista em diversos ensaios, como a obra de BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1724-1725.

<sup>166</sup> De forma notória, IACOBUCCI utiliza o termo sanções reputacionais em sua análise, vide IACOBUCCI, Edward, On the Interaction between Legal and Reputational Sanctions. **Journal of Legal Studies**, v. 43, p. 189-207, 2014.

<sup>167</sup> Opção utilizada em AVIRAM, Amitai. The Paradox of the Spontaneous Formation of Private Legal Systems. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, No. 192, p. 1-71, 2003. p. 47.

<sup>168</sup> Opção adotada por diversos autores, dentre os quais POSNER, Eric. The Regulation of Groups: the Influence of Legal and Nonlegal Sanctions on Collective Action. **The University of Chicago Law Review**, v. 63, p. 133-197, 1996. Opção também utilizada recorrentemente por BERNSTEIN, Private Commercial Law ..., Op. cit., p. 1724-1790, 2001. No mesmo sentido: JUURIKKALA, Oskari. Law and Social Norms in Contractual Relationships. **Helsinki Law Review**, vol. 1, p. 49-67, 2009. p. 54.

<sup>169</sup> Vide breve análise de FERRAZ JÚNIOR, Tércio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Item 4.2.1

<sup>170</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Item 4.2.1

<sup>171</sup> IACOBUCCI, Edward, On the Interaction between Legal and Reputational Sanctions. **Journal of Legal Studies**, v. 43, p. 189-207, 2014. p. 190. Transcrição: “*A reputational sanction arises because of the observer’s pure self-interest, not a self-interest derived from wanting to adhere to a social norm or avoid punishment from others. The reputational sanction arises because observers have changed their views about the benefits of dealing with a wrongdoer that has revealed by its wrong its type as one that is unattractive to trading partners (with “trading” conceived broadly)*”.

<sup>172</sup> FALK, Armin, FEHR, Ernst, FISCHBACHER, Urs. Driving Forces behind Informal Sanctions. **Econometrica**, v. 73, No. 6, p. 2017-2030, nov/2005. p. 2017. Transcrição: “*We term sanctions to be informal if they are not imposed by formal, legal bodies, but by private parties who punish other peoples’ observed behaviors. Informal sanctions are important because the bulk of peoples’ daily interactions is not governed by explicit, enforceable contracts, but by implicit agreements and social norms*”.

Conforme a definição de FALK, FEHR e FISCHBACHER, as sanções informais seriam aquelas impostas por agentes privados e elas seriam importantes em razão do fato de que as transações conduzidas rotineiramente não são governadas por contratos explícitos e executáveis. Assim, rephraseando a definição, as sanções informais seriam sanções privadas não-contratuais. Já na definição de BAKER e CHOI, a sanção formal seria o litígio judicial, enquanto a sanção informal seria o risco do relacionamento (possivelmente contratual) não continuar. Na terceira definição, em IACOBUCCI, não encontramos precisão sobre a natureza da sanção – contratual ou não -, tendo em vista que a situação poderia ser aplicar tanto à sanção derivada de cláusula contratual, quanto àquela imposta pelo agente de mercado que observa o mau desempenho de seu (antigo) parceiro comercial. Nesses dois últimos casos, as sanções informais seriam sanções privadas não-estatais, mas possivelmente contratuais. Outras definições caracterizam, de forma mais clara, as sanções informais como não-estatais e não-contratuais.

O que se caracteriza, portanto, é uma grande **confusão** sobre este tópico que se originou e se perpetuou ainda há muito na doutrina. O melhor exemplo é o estudo seminal de MACAULAY<sup>174</sup> sobre relações **não-contratuais** de empresas no Estado de Wisconsin. Apesar do título, o enfoque do autor está claramente relacionado às relações **contratuais** da indústria, em especial na forma como são resolvidas as disputas comerciais. Apesar de tratar de relações comerciais, o autor acertadamente menciona que o seu estudo deseja verificar a existência e importância de sanções não-contratuais. Assim, estamos diante de sanções não-contratuais que

---

<sup>173</sup> BAKER, Scott; CHOI, Albert. Crowding In: How Formal Sanctions can Facilitate Informal Sanctions. **UCLA Law and Economics Workshop Fall 2013/Spring 2014**, p. 1-39, 2014. p. 2-4. Transcrição: “*For most transactions, both formal and informal sanctions are in play. The vendor that cheats his long-time distributor runs the risk of a lawsuit and also the risk that the relationship will not continue. Consumers who buy cars with defective brakes can file lawsuits. At the same time, markets react as consumers learn about the shoddy automobiles and buy from other, competing manufacturers*”

<sup>174</sup> MACAULAY, Stewart. Non-Contractual Relations in Business: a Preliminary Study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, fev/1963. p. 55-56. Em seu primeiro período do texto, o autor assevera as dificuldades da pesquisa: “*What good is contract law? who uses it? when and how? Complete answers would require an investigation of almost every type of transaction between individuals and organizations. In this report, research has been confined to exchanges between businesses and primarily to manufacturers*”. Diante destas limitações, MACAULAY decide realizar um estudo robusto, alcançando quase 100 entrevistados e abrangendo uma parte considerável das posições de destaque na indústria estudada. Entretanto, dada a existência de uma amostra, estamos diante inexoravelmente da possibilidade de viés de seleção ou da existência de amostras que demonstram imprecisamente a realidade. Esta limitação dos estudos que formam a presente análise permeará as obras citadas no presente trabalho. Ao invés de apontar estas dificuldades em cada tópico de análise, entendemos ser mais eficiente e correto aponta-la desde logo na metodologia do trabalho. Assim, assevera-se desde logo a clara limitação da capacidade conclusiva, de generalização e de inferência fundamentada nos trabalhos empíricos em mercados selecionados, com entrevistados selecionados e com protocolos de pesquisa específicos.

derivam de uma relação contratual. Contudo, não coincidem: enquanto a sanção contratual propriamente dita está consubstanciada em uma cláusula penal, por exemplo, a sanção não-contratual derivada do contrato está relacionada à vergonha e às possibilidades futuras de negociar. Ambas podem surgir do mesmo fenômeno, como, por exemplo, o inadimplemento de uma parcela de um pagamento, mas os seus efeitos são muito distintos.

Diante da falta de uma definição clara de sanções formais e informais na literatura, a opção adotada neste trabalho é a de construir uma definição de trabalho, aplicável de forma consistente ao conjunto de asserções apresentado neste trabalho e capaz de explicitar de forma clara os conceitos tratados.

As definições acima apresentadas revelam, ao menos, o traço mais fundamental de distinção das sanções informais, qual seja, o fato de que elas **não são sanções estatais**. Em essência, a literatura replicará a ideia de que as sanções informais são definidas pela negativa, pelo fato de que não constituem sanções estatais, e que a figura de atribuição da imposição da sanção é o agente privado (ou o conjunto de agentes privados)<sup>175</sup>.

Em linhas gerais, a sanção formal seria próxima àquela usualmente referenciada pela criminologia como a “pena” (vide Seção “A visão criminológica da sanção”), ou sanção em sua acepção negativa (vide “Etimologia do vocábulo sanção”), imposta por um órgão central, incluindo o Estado, ou pela própria contraparte contratual, para dissuadir, retribuir o mal causado e/ou ressocializar o indivíduo (ou grupo), desde que prevista em algum mecanismo formal, formalizado ou com elevado grau de formalização para imposição da pena<sup>176</sup>. A sanção informal, então, seria definida na negativa, como aquela não prevista em

---

<sup>175</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova lex mercatoria e a estabilização das relações comerciais internacionais. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, No. 6, p. 4783-4810, 2013. p. 4788.

<sup>176</sup> Neste ponto, importa ressaltar desde logo algumas particularidades das noções utilizadas, sem prejuízo da explicação mais detalhada presente no tópico seguinte. Em primeiro lugar, a figura do Estado, em sentido técnico, é relativamente recente e é pós-datada à ideia de sancionamento por um órgão central, empoderado e com a prerrogativa (não necessariamente monopólio) de uso da força. Isto porque a imposição de penas a mercadores ou civis por uma autoridade centralizadora é fato histórico muito mais antigo do que qualquer noção de Estado, tendo em vista que as sociedades antigas há muito sancionavam comportamentos que recriminavam ou consideravam nocivo à sua convivência em sociedade, utilizando-se de processos com relativo grau de formalização. Assim, embora o fenômeno “Estado”, em sua acepção moderna, ainda não existisse, por certo figuras de governo e semelhantes existiam (ao menos em caráter local) durante a evolução histórica do Direito. Conquanto o uso do termo “Estatal” ou “estatal” apresente imprecisões quando se referir ao período anterior ao surgimento do Estado Moderno, a remissão a este vocábulo apresenta a vantagem de remeter imediatamente ao fenômeno de imposição de sanções por uma figura centralizadora, com determinado grau de formalidade, explicando a sua escolha no decorrer deste trabalho.

algum mecanismo formal, formalizado ou com um elevado grau de formalização. A realidade revela uma pletera de sanções formais e informais que não se enquadram precisamente nesta definição, mas a essência do conceito reside no elemento de formalidade central ou Estatal.

A nossa definição de trabalho do termo sanção formal replica este conceito básico e entende as sanções formais como aquelas impostas pelo Estado (ou figura semelhante). A sanção informal, *contrario sensu*, é aquela não imposta pelo Estado, incluindo as sanções que derivam ou estão relacionadas a contrato e as sanções de natureza reputacional.

A divisão entre controladores de primeira, segunda e terceira ordem será explorada na seção referente a sistemas jurídicos privados. Não obstante, em apertada síntese, estas são as categorias: a ética individual (controladora de primeira ordem), as partes contratantes ou os parceiros comerciais (controladores de segunda ordem) e as normas sociais, hierarquias não governamentais e hierarquias governamentais como controladores de terceira ordem<sup>177</sup>.

Entretanto, algumas considerações sobre esta definição devem ser feitas, sob pena de sua simplicidade importar em mácula à sua precisão.

A formalidade da sanção deve ser vista como um espectro, um *continuum*, ao invés de um ponto fixo. Assim, as sanções formais seriam aquelas com **elevado** grau de formalidade, tais como a necessidade de processo administrativo ou judicial, a imposição por um órgão estatal, a necessidade de publicização ou publicação em mecanismos oficiais, a verificação de infringência da conduta em relação às normas (estatais ou contratuais), entre outros. Estes elementos relevam o grau de formalidade da sanção e, conseqüentemente, a sua categorização como sanção formal ou informal.

Isto porque não é possível olvidar o fato de que o conceito de sanções com elevado grau de formalidade é um fenômeno relativamente recente na História do Direito. À guisa de ilustração, FOCAULT inicia a sua magna obra *Vigiar e Punir* descrevendo a evolução de um sistema bárbaro de imposição da pena (exemplificado por um caso bárbaro de aplicação da pena) ao sistema burocrático e regido por leis gerais e abstratas, no final do século XVIII. Em ambos os casos a punição foi atribuída por uma figura central, Estatal, mas na primeira situação a sua imposição resultou da ira e vingança do Rei Luís XV, enquanto na segunda a

---

<sup>177</sup> ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 127-128.

sua aplicação decorreu da aplicação, ao caso concreto, da norma penal geral e abstrata<sup>178</sup>. Embora sejam sanções que se enquadram na mesma categoria teórica – sanções formais -, há uma evidente diferença no grau de formalidade das sanções.

A própria estrutura do Estado enquanto monopolista da força e agente de atribuição da pena é fenômeno também recente. O sistema de racionalidade logicamente formal de WEBER estaria umbilicalmente relacionado com o modo de dominação e legitimação da autoridade denominado jurídico e conseqüentemente com a criação do Estado moderno<sup>179</sup>. Há, por certo, uma discrepância, em termo de formalidade, entre o sistema racionalizado do Direito e as demais formas jurídicas de organização experimentadas durante a evolução da civilização.

Com efeito, as notas históricas são imprescindíveis para a compreensão do sistema de sancionamento formal e a categoria residual das sanções informais. Entretanto, para congregarmos a discussão em único ponto, escolhemos consolidá-la no tópico relativo ao histórico e às origens das sanções informais.

Ademais, é importante ressaltar que sanções formais e informais se combinam, concentram e conjugam em inúmeras situações. Com efeito, a realidade mostra que não é incomum que o sancionamento formal importa em conseqüências informais. Por exemplo, a pena de prisão imposta ao homicida, na hipótese do Artigo 121, *caput*, do Código Penal Brasileiro, implica reclusão de seis a vinte anos. A reclusão do condenado é a pena formal a ele imposta. Entretanto, não é possível olvidar o fortíssimo efeito reputacional do encarceramento no convívio social do indivíduo. A infâmia, que decorre do encarceramento (ou da condenação judicial), neste caso, representa a sanção informal que acompanha o sancionamento formal estatal.

No ambiente comercial, o exemplo mais comum ocorre quando o comerciante falha em entregar a mercadoria na data acertada e é conseqüentemente acionado judicialmente para responder pelos danos materiais causados. A sentença judicial condenatória que ordena à parte inadimplente o pagamento de reparação pecuniária corresponde ao sancionamento

---

<sup>178</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir – História da violência nas prisões**. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 3.

<sup>179</sup> WEBER, Max. **Economy and Society**. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 215.



formal. Ela parte da provocação do ofendido ao quebrar a inércia do Poder Judiciário, que decide o conflito aplicando a Lei ao caso concreto. Caso a comunidade à qual pertence a parte condenada seja devidamente informada sobre o sancionamento formal, é possível que sanções informais, como a redução de oportunidades comerciais, acompanhem a condenação judicial<sup>180</sup>.

Este último caso revela ainda que estamos diante de duas ordens de sancionamento informal: o comerciante e a empresa. Ambos sofrem com determinadas sanções informais, tais como a redução de oportunidades comerciais, embora usualmente com intensidades diferentes. Esta diferenciação é relevante à apreciação dos efeitos do sancionamento informal e as suas especificidades serão tratadas em título apartado.

Por fim, podemos mencionar ainda a hipótese em que o sancionamento formal atinge comerciante, empresa e terceiros de forma relativamente indistinta. Exemplo desta situação ocorre na hipótese de flutuação, usualmente para patamares inferiores, do preço das ações após a divulgação de início ou do resultado de investigação *antidumping*<sup>181</sup>. Embora ainda não se tenha certeza da culpa do acontecido, o mercado desde logo sanciona informalmente os supostos maus *players*. Em particular, este sancionamento é multifacetado, advindo tanto dos demais comerciantes quanto da sociedade civil. Com efeito, a sanção formal (multa, por exemplo) após a realização da investigação *antidumping* pode representar perda econômica muito inferior àquela experimentada quando revelado o início da investigação.

Congregando as ideias até então apresentadas, em nossa definição, as sanções informais seriam aquelas não estatais, assim entendidas como as sanções que não decorrem da **imposição de penalidade por autoridade central, centralizada ou o Estado**. As sanções informais, categoria residual, podem decorrer de um relacionamento contratual, seja do ponto de vista econômico ou jurídico, ou até mesmo somente do relacionamento social.

---

<sup>180</sup> BAKER, Scott, CHOI, Albert, Crowding In: How Formal Sanctions can Facilitate Informal Sanctions, UCLA Law and Economics Workshop Fall 2013/Spring 2014, p. 1-39, 2014. p. 2.

<sup>181</sup> Em estudo que analisou as investigações e penalidades *antidumping* aplicadas na Holanda entre 1998 e 2008, revelou-se que há uma variação de preço da ação estatisticamente significativa logo e uma perda média de valor de mercado superior a 2% logo após o anúncio de abertura de investigação *antidumping*. In BROECK, Stjin von den, KEMP, Ron, VERSCHOOR, Willem, de VRIES, Anne-Claire. Reputational Penalties to Firms in Antitrust Investigations. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 8, No. 2, p. 231-258, abr/2012. p. 258.

Estabelecida a nossa definição de sanção informal, passamos a explicitar melhor duas categorias de grande relevância para o presente trabalho, quais sejam, as sanções contratuais e reputacionais.

### 3.6 SANÇÕES INFORMAIS CONTRATUAIS E SANÇÕES INFORMAIS REPUTACIONAIS

À semelhança do tópico anterior, a conceituação do vocábulo “sanções reputacionais” não encontra uma pletera de definições precisas na literatura, possivelmente em razão de dificuldade de aceção do fenômeno e porquê elas seriam usualmente aplicadas em conjunto ou intercambiavelmente com as sanções legais e contratuais<sup>182</sup>. A conceituação de sanções contratuais não acarreta intensas objeções, embora também não se encontre definição precisa na literatura.

Iniciando pela definição de trabalho da segunda categoria, a noção mais básica de sanção contratual corresponde justamente à ideia de pena privada consubstanciada na cláusula penal. A cláusula penal está enraizada na autonomia privada e liberdade contratual. É certo que a cláusula penal é uma cláusula contratual e sua importância econômica é tão incomensurável que dificilmente contratos de grande vulto não apresentam cláusulas penais<sup>183</sup>. Nos dizeres de PINTO MONTEIRO, a cláusula penal não é nada mais do que uma estipulação contratual na qual uma das partes (ou ambas) se obriga a cumprir determinada prestação, mormente fixada em pecúnia, em caso de não cumprimento ou cumprimento defeituoso de outra obrigação contratual<sup>184</sup>.

Na literatura brasileira, a definição consolidada de cláusula penal será encontrada em PONTES DE MIRANDA, sendo a prestação, em dinheiro, que se promete para o caso de

---

<sup>182</sup> MUNGAN, Murat. A Generalized Model for Reputational Sanctions and the (Ir)relevance of the Interactions Between Legal and Reputational Sanctions. **International Review of Law and Economics**, n. 46, p. 86-101, 2016. p. 86.

<sup>183</sup> PINTO MONTEIRO, Antônio. Responsabilidade Contratual: Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor. **Revista do EMERJ**, v. 7, n. 26, p. 165-178, 2004. p. 165.

<sup>184</sup> PINTO MONTEIRO, Antônio. Responsabilidade Contratual: Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor. **Revista do EMERJ**, v. 7, n. 26, p. 165-178, 2004. p. 167.

inadimplemento ou cumprimento insatisfatório da obrigação, ou para o caso de ocorrer ou não ocorrer determinado fato<sup>185</sup>.

A doutrina brasileira consolidada irá reconhecer duas categorias básicas de cláusula penal: compensatória e moratória. A primeira categoria se refere à ao não cumprimento definitivo da prestação, enquanto a segunda se refere à mora ou a qualquer cumprimento defeituoso da obrigação. A cláusula penal compensatória almejará reparar o credor por meio da prefixação das perdas e danos, enquanto a modalidade moratória servirá como incentivo ao adimplemento da prestação, sendo determinada de forma substitutiva ou cumulativa à execução específica da prestação ou à indenização pelo inadimplemento<sup>186</sup>. PINTO MONTEIRO utiliza qualificação distinta e categoriza as cláusulas penais em três modalidades: cláusula de fixação antecipada da indenização, cláusula penal puramente compensatória e cláusula penal em sentido estrito, sendo que a qualificação dependerá, ao menos, da intencionalidade das partes, interesse prático e finalidade da cláusula<sup>187</sup>.

A redação do CC Brasileiro, em seu Artigo 408, contempla ambas as categorias de cláusula penal, asseverando que incorre o devedor em cláusula penal caso ele deixe culposamente de cumprir a obrigação ou tenha sido constituído em mora<sup>188</sup>. A redação atual já havia sido há muito consolidada no Brasil e reflete o Artigo 917 do CC de 1916<sup>189</sup>. A mesma construção será encontrada nos Artigos 810º e 811º do CC Português<sup>190</sup>, no artigo 1231-5 do

<sup>185</sup> PINTO MONTEIRO, Antônio. Responsabilidade Contratual: Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor. **Revista do EMERJ**, v. 7, n. 26, p. 165-178, 2004, p. 167. Transcrição integral: “[A cláusula penal é] prestação, de ordinário em dinheiro, que alguém, devedor ou não, promete, como pena a que se submete, para o caso de não-cumprir a obrigação, ou não a cumprir satisfatoriamente, ou para o caso de se dar algum fato, concernente ao negócio jurídico, ou não se dar”.

<sup>186</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil – Do inadimplemento das obrigações**. v. V, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 608.

<sup>187</sup> PINTO MONTEIRO, Antônio. Responsabilidade Contratual: Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor. **Revista do EMERJ**, v. 7, n. 26, p. 165-178, 2004, p. 122.

<sup>188</sup> BRASIL, **Lei No. 10.406** de 10 de Janeiro de 2002. *Artigo 408: Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.*

<sup>189</sup> BRASIL, **Lei No. 3.071** de 1º de Janeiro de 1916. *Artigo 917: A cláusula penal pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente á mora.*

<sup>190</sup> PORTUGAL, **Decreto-Lei No. 47344** de 25 de Novembro de 1966. *Artigo 810º: (Cláusula penal) 1. As partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal. 2. A cláusula penal está sujeita às formalidades exigidas para a obrigação principal, e é nula se for nula esta obrigação; Artigo 811º: (Funcionamento da cláusula penal) 1 - O credor não pode exigir cumulativamente, com base no contrato, o cumprimento da obrigação principal e o pagamento da cláusula penal, salvo se esta tiver sido estabelecida para o atraso da prestação; é nula qualquer estipulação em contrário. 2 - O estabelecimento da cláusula penal obsta a que o credor exija indemnização pelo dano*

CC Francês<sup>191</sup>, no artigo 1382 do CC Italiano<sup>192</sup>, nos Artigos 340 e 341 do BGB<sup>193</sup> e artigo 1231 do CC Belga<sup>194</sup>. Interessante apontar que, em todos estes diplomas legislativos, a coibição ao abuso da cláusula penal é subsequente ou incorporada às próprias disposições sobre cláusula penal, embora a regulamentação da cláusula penal, por óbvio, não seja idêntica nestes países.

Ordenamentos jurídicos de *common law* apresentam uma estrutura relativamente distinta em relação à regulação da pena contratual compensatória e moratória. A distinção usual consiste em segregar *liquidated damages* e *penalty clauses*, sendo que a primeira categoria serviria como compensação pelo inadimplemento e prefixação dos danos, enquanto a segunda se referiria ao reforço do cumprimento do contrato. Ocorre, entretanto, que, como regra, *penalty clauses* não são executáveis, justamente por se encontrarem deslocadas do atual

---

*excedente, salvo se outra for a convenção das partes. 3 - O credor não pode em caso algum exigir uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal.*

<sup>191</sup> FRANÇA, **Lei No. 2018-237** de 20 de Abril de 2018 (ratificando o Código Civil e adicionando novas determinações: *Article 1231-5: Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.*

<sup>192</sup> ITÁLIA, **Regio Decreto No. 262** de 16 de Março de 1942. *Artigo 1382: "La clausola, con cui si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento (1), uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione (2), ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore (3). La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno.*

<sup>193</sup> ALEMANHA, **Bürgerliches Gesetzbuch** de 1º de Janeiro de 1900. Conforme prelecionam as Seções 340 e 341, em sua tradução à língua inglesa: *Section 340 - Promise to pay a penalty for nonperformance*

*(1) If the obligor has promised the penalty in the event that he fails to perform his obligation, the obligee may demand the penalty that is payable in lieu of fulfilment. If the obligee declares to the obligor that he is demanding the penalty, the claim to performance is excluded.*

*(2) If the obligee is entitled to a claim to damages for nonperformance, he may demand the penalty payable as the minimum amount of the damage. Assertion of additional damage is not excluded.*

*Section 341 - Promise of a penalty for improper performance*

*(1) If the obligor has promised the penalty in the event that he fails to perform his obligation properly, including without limitation performance at the specified time, the obligee may demand the payable penalty in addition to performance.*

*(2) If the obligee has a claim to damages for the improper performance, the provisions of section 340 (2) apply.*

*(3) If the obligee accepts performance, he may demand the penalty only if he reserved the right to do so on acceptance.*

<sup>194</sup> BÉLGICA, Código Civil (**Burgerlijk Wetboek**) de 21 de Março de 1804. *Artigo 1231: § 1er. Le juge peut, d'office ou à la demande du débiteur, réduire la peine qui consiste dans le paiement d'une somme déterminée lorsque cette somme excède manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention. En cas de révision, le juge ne peut condamner le débiteur à payer une somme inférieure à celle qui aurait été due en l'absence de clause pénale.*

*§ 2. La peine peut être réduite par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie.*

*§ 3. Toute clause contraire aux dispositions du présent article est réputée non écrite.*

dano experimentado pela não-execução do contrato<sup>195</sup>. O §356 do RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS americano<sup>196</sup> e o §2-718 do UNIFORM COMMERCIAL CODE<sup>197</sup> apresentam somente a figuras do *liquidated damages* e a preocupação em evitar o abuso da penalização privada.

A análise precisa do desenvolvimento do instituto da cláusula penal foge ao escopo do presente trabalho, visto que envolveria, ao menos, uma análise comparativa detalhada da evolução jurisprudencial americana e inglesa e a evolução continental, além de notas sobre o desenvolvimento do tema no Brasil.

Contudo, é certo que um alto nível de harmonização entre o direito continental e *common law* ainda não foi alcançado neste tema, o que é fato notório diante da dificuldade de inclusão do tema na CISG, que eventualmente reportou o tema aos sistemas jurídicos nacionais para resolução<sup>198</sup> e a solução intermediária dos PRINCÍPIOS UNIDROIT (“*Agreed Payment on Non-Performance*”)<sup>199</sup>.

Apesar da dificuldade de encontrar uma figura universal para representar a *fattispecie* da cláusula penal, tema já há muito enfrentado<sup>200</sup>, não há particular necessidade de encontrá-la ou esmiuçá-la no presente trabalho, cujo foco não está em nenhum sistema jurídico

<sup>195</sup> VITKUS, Simas. Penalty Clauses within Different Legal Systems. **Social Transformations in Contemporary Society**, v.1, p. 153-162, 2013. p. 154.

<sup>196</sup> ESTADOS UNIDOS, AMERICAN LAW INSTITUTE, **Restatement (Second) of Contracts**. §356: *Liquidated Damages and Penalties*. (1) Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss. A term fixing unreasonably large liquidated damages is unenforceable on grounds of public policy as a penalty. (2) A term in a bond providing for an amount of money as a penalty for nonoccurrence of the condition of the bond is unenforceable on grounds of public policy to the extent that the amount exceeds the loss caused by such nonoccurrence.

<sup>197</sup> ESTADOS UNIDOS, Uniform Commercial Code, 2003. §2-718: *Liquidation or Limitation of Damages; Deposits*. (1) Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss, and the inconvenience or non feasibility of otherwise obtaining an adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty.

<sup>198</sup> VITKUS, Simas. Penalty Clauses within Different Legal Systems. **Social Transformations in Contemporary Society**, v.1, p. 153-162, 2013. p. 160.

<sup>199</sup> UNIDROIT, Artigo 7.4.13: *Agreed Payment for Non-Performance*: (1) Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its actual harm. (2) However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances.

<sup>200</sup> Em especial, importa referenciar a Tese de Doutorado elaborada por Otávio Luiz Rodrigues Junior detalhando o regramento jurídico brasileiro sobre a cláusula penal. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Natureza, função e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito Civil) Faculdade de Direito da Universidad de São Paulo, São Paulo, 2006.

em particular. Para os fins da nossa análise, basta traçar os elementos mais essenciais das sanções contratuais, traçando uma definição funcional sobre esta figura.

Neste ponto, OTÁVIO RODRIGUES explicita que a cláusula penal se desenvolveu, desde as suas origens romanas, como pena privada objetivando a repressão geral e especial, desvalorizando tanto a conduta quanto o resultado<sup>201</sup>. Afirmo o autor que a origem da cláusula penal seria exclusivamente punitiva, passando a admitir função ressarcitória por influência crescente do Cristianismo<sup>202</sup>. No mesmo sentido, PINTO MONTEIRO aponta para a atual dual função indenizatória e compulsória da cláusula penal<sup>203</sup>.

Respeitadas as diferenças acima apontadas, resta asseverar que não é incorreto prosseguirmos com uma definição de trabalho de cláusula penal Pontiana como a estipulação contratual em que a parte promete a uma prestação pecuniária para o caso de não execução ou execução defeituosa da obrigação, aliando com as considerações de PINTO MONTEIRO e OTÁVIO RODRIGUES, indicando que esta cláusula apresentará, ao menos, função indenizatória e compulsória. Trata-se de definição suficiente ampla para abranger esta mesma figura em diversos ordenamentos jurídicos e que se localiza acima das peculiaridades impostas pelo *common law* neste tópico.

A cláusula penal constituirá, por óbvio, uma modalidade de sanção contratual. A questão subjacente é se existem outras formas de sanção contratual que não se caracterizem como cláusula penal. Em uma definição suficientemente abrangente de sanção contratual, a resposta será positiva, embora com ressalvas.

Isto porque o critério mais básico para qualificar uma sanção como sanção contratual é, justamente, a inserção da sanção em um instrumento contratual. Sendo o conceito de sanção, em sua acepção negativa<sup>204</sup>, suficientemente amplo, estaremos diante de uma

---

<sup>201</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Op. cit., p. 912. Transcrição do trecho: “*fator de repressão geral e de repressão especial, o que implicaria o desvalor da conduta e o desvalor do resultado como objetivos concomitantes da figura jurídica nos contratos*”.

<sup>202</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no Direito Romano. In: MIRANDA, Jorge (coord.). **O sistema contratual romano: de Roma ao Direito actual**, 2010. p. 925.

<sup>203</sup> PINTO MONTEIRO, Antônio. Responsabilidade Contratual: Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor. **Revista do EMERJ**, v. 7, n. 26, p. 165-178, 2004. p. 118.

<sup>204</sup> Reputa-se inadequado, ao menos em um primeiro momento, o uso da acepção positiva do vocábulo sanção, cujo uso possível invariavelmente se referiria a alguma espécie de aprovação contratual que decorre do instrumento contratual.

sanção sempre que nos depararmos com qualquer espécie de penalidade. Assim, cumpre verificar a existência de penalidades contratuais que não consubstanciem cláusula penal.

Contudo, é difícil identificar uma categoria de sanção contratuais que não se qualifiquem, dentro de uma noção ampla, como cláusula penal. Seria necessário que a penalidade não fosse pecuniária e/ou não relacionada ao descumprimento total ou cumprimento defeituoso da obrigação, incluindo o mero atraso. Considerando que o fato gerador da cláusula penal é capaz de abranger tanto o total quanto o parcial descumprimento, não será possível verificar um instituto que não seja cláusula penal e que esteja relacionado ao cumprimento do contrato, sendo este precisamente o tema do presente trabalho. Algumas hipóteses para esta categoria podem ser aventadas, mas sem sucesso, como, por exemplo, cláusula que determine vencimento antecipado de dívida em caso de inadimplemento de três prestações sucessivas. Embora não haja cominação direta de um valor de multa, ainda se trata de cláusula penal.

Estabelece-se, por conseguinte, uma definição de trabalho de sanção contratual relacionada ao cumprimento do contrato que abrange (e coincide) com uma noção ampla de cláusula penal, consubstanciando penalidade pelo descumprimento, ou cumprimento defeituoso, seja em relação ao objeto, qualidade, quantidade ou mesmo tempo, da prestação contratual.

Esta classificação não desconsidera o fato de que os contratos são ultimamente feitos cumprir pelo exercício da jurisdição mediante provocação das cortes estatais ou arbitragem<sup>205</sup>. Os mecanismos sancionatórios contratuais nascem do consentimento das partes, mas, em caso de discussão, podem ser feitos cumprir por mecanismos formais ou informais. Justamente por estes mecanismos apresentarem ordens diversas – sanção formal e sanção informal institucionalizada -, reforça-se o fato de que estamos diante de uma categoria híbrida. Os mecanismos contratuais de penalização, por si só, são mecanismos informais, sendo categorizados adequadamente desta forma.

---

<sup>205</sup> Entre outros, argumento ilustrado em RICHMAN, Barak. Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering. **Columbia Law Review**, No. 104, p. 2328-2367, 2004. p. 2358.

Isto posto, passamos a definir o conceito de **sanção reputacional** aplicável ao presente trabalho.

Sendo esta uma categoria residual e que não encontra pronta definição na doutrina, será necessário, uma vez mais, analisar os elementos funcionais do instituto e estabelecer uma definição de trabalho.

Desde logo, resta claro que a sanção reputacional – nossa segunda categoria de sanção informal - é **não estatal e não contratual**.

À linha dos ensinamentos de POSNER, em especial, definiremos as sanções reputacionais como aquelas advindas do desrespeito às normas sociais, tendo em vista que as normas sociais geram regulação extralegal, incluindo a ostracização de membros da comunidade, a vergonha, o isolamento, entre muitos outros<sup>206</sup>.

O sancionamento reputacional, mesmo quando realizado por um indivíduo em particular, é resultado de uma ação ou posicionamento coletivo extralegal que indica, simultaneamente ao membro e à comunidade, um sinal negativo decorrente da perda de bem-estar individual ou coletiva<sup>207</sup>.

IACOBUCCI reconhece, ao menos, duas grandes categorias de sanções reputacionais, separadas por seus efeitos. A primeira categoria corresponderia à punição intencional pelos membros da comunidade, sendo que a segunda categoria se refere à perda da reputação<sup>208</sup>. O autor reconhece, no entanto, que ambas as categorias possuem natureza reputacional e, dentro da seara comercial, o seu surgimento naturalmente será relacionado à mudança de percepção, pelo agente, acerca dos benefícios de continuar comerciado com o agente sancionado<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup> POSNER, Eric. **Law and Social Norms**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 4.

<sup>207</sup> POSNER, Eric. **Law and Social Norms**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 4.

<sup>208</sup> IACOBUCCI, Edward, On the Interaction between Legal and Reputational Sanctions. **Journal of Legal Studies**, v. 43, p. 189-207, 2014. p. 190. Transcrição: “*The distinction between two kinds of informal penalties is not always drawn clearly in the literature, but it is crucial for analyzing the reputational effects of law. The first kind are penalties that arise from the conscious, intentional punishment of a wrongdoer by members of a community. The other kind of informal sanction results from a loss to reputation*”.

<sup>209</sup> IACOBUCCI, Edward, On the Interaction between Legal and Reputational Sanctions. **Journal of Legal Studies**, v. 43, p. 189-207, 2014. p. 190.



Ao contrário da definição de sanções reputacionais, a conceituação de normas sociais encontra múltiplas acepções, tendo em vista que a sociologia, filosofia, antropologia economia e teoria do Direito desenvolveram conceitos próprios de normas sociais.

Isto porque, em primeiro lugar, a descrição das normas sociais é parte da descrição da própria cultura da comunidade, conforme assentada literatura antropológica. As normas sociais envolvem uma enormidade de ações humanas, abrangendo desde a entonação da fala, o modo de caminhar, o modo de conduzir e iniciar relações pessoais, íntimas e comerciais, entre muitos outros<sup>210</sup>.

Em uma noção ampla, as normas sociais correspondem àquilo que os integrantes de um grupo acreditam que seja uma ação típica e/ou apropriada<sup>211</sup>. Conforme construção de DURKHEIN, estas normas constituem formas de agir, pensar e sentir exteriores ao indivíduo e que é identificável pela existência de mecanismos de coerção igualmente exteriores ao indivíduo<sup>212</sup>.

Em PARSONS, as normas sociais serão não somente uma forma de socialização e integração do indivíduo à comunidade, mas também um mecanismo de manutenção do equilíbrio da ordem social, de tal forma que não é possível traçar uma linha firme entre socialização e controle social<sup>213</sup>.

A observância das normas sociais reflete em um ganho ou perda de eficiência econômica enquanto os indivíduos observarem uma utilidade positiva ou negativa por observar os costumes sociais, conforme assevera AKERLOF em seu estudo sobre os fundamentos econômicos da organização social em castas na Índia<sup>214</sup>.

---

<sup>210</sup> GEERTZ, Clifford. **Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture**. Nova Iorque: Basic Books, 1973. p. 315.

<sup>211</sup> MACKIE, Gerry, MONETI, Francesca, SHAKYA, Holly, DENNY, Elaine. **What are Social Norms? How are they measured?** São Diego: University of California Center on Global Justice, 2015. p. 7.

<sup>212</sup> DURKHEIN, Émile. **Les Règles de la méthode sociologique**, Paris: Champs Classiques, 2010 (original de 1895) traduzido por HALL, W. **The Rules of the Sociological Method**, Nova Iorque: The Free Press, 1982. p. 56.

<sup>213</sup> PARSONS, Talcott, SHILS, Edward. The Social System. *In*: PARSONS, Talcott, SHILS, Edward (ed.), **Toward a General Theory of Action**. Harvard University Press, 1962. p. 228.

<sup>214</sup> AKERLOF, George. The Economics of Caste and of the Rat Race and Other Woeful Tales. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 90, n. 4, p. 599-617, nov/1976. p. 617. Transcrição: “As long as most persons have positive utility for obeying social customs, and as long as activities are pursued up to the point where marginal costs equal marginal benefits, there will be rewards to breaking social customs insofar as they fail

ELLICKSON avança esta asserção em seu estudo sobre a vizinhança de *Shasta County* e relata que normas sociais, quando aplicadas aos grupos fechados (*close-knit groups*) podem ser a alternativa econômica mais eficiente para maximização de bem-estar social<sup>215</sup>. Na mesma linha, POSNER reconhece que as normas sociais representam uma área de difícil modificação pela atuação do governo e cuja observância pode levar à maximização do bem-estar dos indivíduos e grupos da sociedade<sup>216</sup>.

AXELROD menciona que as normas sociais são comumente definidas em relação a três elementos: expectativas, valores e comportamento. As definições que analisam expectativas e valores são geralmente favorecidas quando o pesquisador deseja estudar a possível existência de normas sociais na sociedade, contudo, AXELROD considera que o comportamento é o melhor indicador da existência e conteúdo de normas sociais, sendo observada pelos indivíduos que agem de determinada forma e que são punidas quando não o fazem<sup>217</sup>.

Esta definição assume que as normas sociais são uma questão de gradação, o que permite analisá-las não somente em termos de surgimento (observância) ou encerramento (não observância), mas também o seu fortalecimento e decadência, ou a sua observância parcial, com a passagem do tempo<sup>218</sup>.

Vê-se, por conseguinte, que as normas sociais representam um fenômeno multifacetado e omnipresente nas sociedades. Uma vez mais, explorar e esmiuçar as características das normas sociais foge ao escopo da presente seção, tendo em vista a imensidade desta tarefa em comparação ao objetivo de aprofundar a temática das sanções reputacionais e o cumprimento dos contratos.

*to promote economic efficiency. While such rewards occur sometimes, and they may also be spectacular, I would tend to believe that usually the greatest returns go to those who do not break social customs”.*

<sup>215</sup> ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 267.

<sup>216</sup> POSNER, Eric. **Law and Social Norms**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 8.

<sup>217</sup> AXELROD, Robert. An Evolutionary Approach to Norms. **The American Political Science Review**, v. 80, No. 4, p. 1095-1111, dez/1986. p. 1096-1097. Transcrição: “A norm exists in a given social setting to the extent that individuals usually act in a certain way and are often punished when seen not to be acting in this way”.

<sup>218</sup> AXELROD, Robert. An Evolutionary Approach to Norms. **The American Political Science Review**, v. 80, No. 4, p. 1095-1111, dez/1986. p. 1097.

Seria fundamentalmente impreciso enunciar situações em que normas sociais existem. Exemplos de normas sociais envolvem praticamente todos os aspectos da vida, como a forma de se vestir, de se alimentar (faca na mão esquerda, garfo na mão direita), aperto de mãos antes de iniciar a conversa, fingir interesse pelas férias dos colegas de trabalho, entre inúmeras outras situações. As normas sociais mudam de país para país, região, cidade, vizinhança, contexto histórico, classe social ou até mesmo o horário do dia<sup>219</sup>.

Mais interessante será apontar, ao menos genericamente, as situações em que indivíduos violam normas sociais. Segundo ERIC POSNER, existem quatro categorias de situações em que indivíduos violam normas sociais: (i) o indivíduo se preocupa mais com os benefícios de não seguir a norma social do que com os malefícios de violá-la; (ii) o indivíduo considera que não será flagrado ou, mesmo se o for, não será possível ostracizá-lo ou penalizá-lo; (iii) o indivíduo viola a norma social porque o seu grupo não a respeita, porque as desconhece, ou porque as normas mudaram recentemente; (iv) o indivíduo deseja demonstrar lealdade a uma pessoa, grupo ou ideologia, violando ostensivamente as normas sociais para se fortalecer<sup>220</sup>.

Novamente, a melhor solução será encontrar uma definição de trabalho suficientemente abrangente para captar a realidade do fenômeno estudado. A saída apontada por AXELROD revela-se a mais prática e abrangente, tendo em vista que reconhece a geração de normas sociais como um fenômeno dinâmico, consistente na afirmação e violação da regra como forma de verificar o seu próprio estabelecimento e funcionamento.

Assim, no caso do sancionamento reputacional, nos ateremos à sua definição como o a ação de um agente ou de uma coletividade inserida em uma comunidade (refletindo o elemento não-estatal), intencional ou não, que reputa, de forma negativa (refletindo a visão negativa da pena) uma violação, ou possível violação, de uma norma social, costume, ou outra modalidade de regramento, ainda que invisível, da comunidade.

---

<sup>219</sup> POSNER, Eric. **Law and Social Norms**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 22.

<sup>220</sup> POSNER, Eric. **Law and Social Norms**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 27-28.

### 3.7 SANÇÕES INFORMAIS REPUTACIONAIS EM REDE E INSTITUCIONALIZADAS

A última distinção necessária para a evolução do presente trabalho consiste em segregar as sanções informais em rede daquelas institucionalizadas.

Conforme a nossa decisão de trabalho, as sanções informais denotam simplesmente o fenômeno do sancionamento não-estatal (ou de figura semelhante ao Estado). As sanções informais não necessariamente significam “sanções simples”, “sanções não documentadas”, “sanções exclusivamente orais” ou categorias semelhantes. Elas representam apenas aquelas sanções não impostas pela figura central do Estado.

Como tais, as sanções informais reputacionais podem ser impostas por duas categorias distintas: (i) por um único comerciante ou uma coletividade de comerciantes; ou (ii) por uma organização ou associação comercial, dado um determinado procedimento sancionatório, agindo de forma orientada à consecução dos seus interesses, racional ou quasi-racional.

O nosso argumento central é de que estas duas categorias de sanções informais reputacionais são **qualitativamente diferentes** e que as suas diferenças são **suficientemente relevantes para** tratá-las de forma diversa.

No primeiro caso, estamos lidando com o que normalmente se denota por sanções informais: a reprovação social, usualmente espontânea, pela transgressão de uma norma social ou valor mantido por um grupo. Os efeitos para repreensão ou coibição de novas condutas transgressoras por esta categoria de normas sociais já foram analisados na literatura desde o final da década de 1970<sup>221</sup>. A sua análise em relação a novos termos como capital social<sup>222</sup> já possui ao menos duas décadas na literatura<sup>223</sup>. A ideia de controle social por meio de sanções

---

<sup>221</sup> Vide a literatura que vem se desenvolvendo sobre o tema, incluindo: ANDERSON, Linda, CHIRICOS, Theodoro, WALDO, Gordon. Formal and Informal Sanctions: A Comparison of Deterrent Effects. **Social Problems**, v. 25, No. 1, p. 103-114, out/1977; Cf. THOMAS, BISHOP, Op. cit.

<sup>222</sup> Para os efeitos deste trabalho, recorreremos à definição de capital social de PUTNAM: “*Whereas physical capital refers to physical objects and human capital refers to the properties of individuals, social capital refers to connections among individuals – social networks and the norms of reciprocity and trustworthiness that arise from them*”. In PUTMAN, Robert. **Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community**. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2000. p. 16-17.

<sup>223</sup> FALK, Armin, FEHR, Ernst, FISCHBACHER, Urs. Driving Forces behind Informal Sanctions. **Econometrica**, v. 73, No. 6, p. 2017-2030, nov/2005.

informais é muito mais antiga e acompanha o próprio surgimento da sociologia enquanto disciplina acadêmica<sup>224</sup>.

Embora a literatura sobre sanções informais e normas sociais deva naturalmente inspirar o presente trabalho, a nossa análise parte para um fenômeno de literatura muito mais recente e cuja análise resta ainda quase incipiente, sendo este fenômeno justamente a segunda categoria, referente àquelas sanções informais reputacionais impostas por uma organização coletiva, não-estatal, voltada a regular os diversos aspectos da vida mercante.

Conforme será detalhado no próximo capítulo, referente ao histórico das sanções informais aplicadas por instituições comerciais, a história do Direito comercial pós-Idade Antiga é repleta de instituições comerciais que ditavam as mais abrangentes regras sobre a vida e o ofício dos comerciantes, que jamais possuíram uma vocação exclusivamente local e paulatinamente se enredaram no comércio transfronteiriço.

Estas instituições se desenvolveram como forma de resposta aos problemas mais importantes e recorrentes do comércio, como, por exemplo, o problema da segurança jurídica no comércio transfronteiriço ou de longa distância (“Como assegurar que o contrato será cumprido pelo comerciante localizado em outro Estado ou continente?”). O desenvolvimento de redes jurídicas privadas e o recurso a mecanismos extrajudiciais e extralegais para solução de controvérsias compõem a temática e literatura relacionada a estes temas para explicar os efeitos desta segunda categoria nas relações comerciais internacionais<sup>225</sup>.

Se de um lado a primeira categoria trata de um fenômeno majoritariamente sociológico, a segunda categoria abrange um fenômeno caracteristicamente jurídico. Não obstante, é comum a literatura tratar de ambos os fenômenos sob a mesma denominação.

Assim, por clareza e para os fins do presente trabalho, denominaremos a primeira categoria como “**sanções informais reputacionais em rede**”, incorporando uma das suas

---

<sup>224</sup> Vide ROSS, Edward. **Social control – a Survey on the Foundations of Order**. Londres: Macmillan & Co, 1901; HOLLINGSHEAD, Andrea. The concept of Social Control. **American Sociological Review**, vol. 6, No. 2, p. 217-224, abr/1941.

<sup>225</sup> Cf. RICHMAN, Barak. Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering. **Columbia Law Review**, No. 104, p. 2328-2367, 2004; BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. **Journal of Legal Studies**, v. XXI, p. 115-157, jan/1992; AKER, Scott; CHOI, Albert. Crowding In: How Formal Sanctions can Facilitate Informal Sanctions. **UCLA Law and Economics Workshop Fall 2013/Spring 2014**, p. 1-39, 2014; entre diversos outros autores e obras.

principais características de imposição – o fato de que elas se originam e se propagam pela rede dos comerciantes. O termo “não institucionalizadas” também é cabível e intercambiável. Para a segunda categoria, o termo aplicável será “**sanções informais reputacionais institucionalizadas**”, em observância à forma como elas são impostas aos comerciantes. Na ausência de distinção, a menção deverá ser compreendida como se referindo às sanções não-estatais (informais) de forma ampla.

Esta classificação encontra abrigo em IACOBUCCI, que analisa o fenômeno em termos semelhantes. O autor assevera a existência de penalidades que surgem intencionalmente da atuação de membros de uma comunidade e penalidades que resultam da perda de reputação em uma comunidade, embora o autor reconheça que ambas as categorias são reputacionais por natureza. Afirma que estas sanções surgem em razão de uma mudança de percepção dos demais agentes em relação aos benefícios de transacionar com o ofensor, considerando que seu histórico revela as suas características (o seu “tipo”) e que este agente passa a não ser atraente para futuros negócios<sup>226</sup>. Embora a classificação de IACOBUCCI não se tenha feito clara, interpretamos a sua primeira categoria como referente às sanções informais reputacionais institucionalizadas (impostas por uma coletividade organizada em instituições e orientada em relação aos seus fins, embora a coletividade a que IACOBUCCI se refira possa não ser uma instituição comercial), sendo a segunda categoria referente às sanções informais reputacionais em rede, que abrangeriam toda punição de natureza reputacional.

Vê-se que a nossa classificação inclui o elemento “reputacional” em ambas as categorias, mas reconhece uma distinção mais profunda, que visa separar categorias mais sociológicas, como fofoca e ostracismo, de fenômenos mais jurídicos, como o procedimento, em face de contraditório e ampla defesa, de expulsão de um comerciante de uma instituição comercial. Se ambas as punições atingem o mesmo elemento – reputação – e usualmente acarretam semelhantes consequências – perda de futuras oportunidades negociais -, elas certamente não o fazem de idêntica forma.

---

<sup>226</sup> IACOBUCCI, Edward, On the Interaction between Legal and Reputational Sanctions. *Journal of Legal Studies*, v. 43, p. 189-207, 2014. p. 190.

Isto porque a instituição não é um mais um nodo na rede de comerciantes e ela não representa apenas mais um nodo hiperconectado; ela sequer está na mesma camada<sup>227</sup>. A instituição não realiza trocas, não comercia, não vende e compra; os agentes do mercado o fazem. A instituição está em uma camada sobreposta à camada dos agentes do mercado, seguindo uma lógica distinta e sendo funcionalmente diferente. Assim, ela não é parte da rede dos comerciantes, tendo em vista que, embora pareça tautológico, os comerciantes comerciam para fazer parte desta rede, enquanto as associações fomentam, provêm ambientes de negócios e supervisionam as transações.

A topologia de uma rede composta por comerciantes e influenciada por associações comerciais, não é, por si só, um fator determinante para a sua compreensão, bastando asseverarmos e compreendermos que comerciantes e associações desempenham funções diferentes, por motivos distintos e, assim, não compõem o mesmo plano de análise.

A consequência desta asserção é que as sanções que a instituição aplica também são **qualitativamente** diferentes daquelas que os agentes de mercado dispersos aplicam. As sanções dos comerciantes são intrinsecamente em rede – da rede se **constituem**, na rede se dispersam e pela rede adquirem ou perdem força. Por exemplo, quando um comerciante sanciona informalmente o outro, é muito provável que os demais comerciantes a eles conectados em rede também sancionem o agente recalcitrante. Por sua vez, as instituições comerciais sancionam como uma entidade centralizadora, cuja propagação em rede é natural, mas não é necessária para **constituir** a sanção.

Sendo certo que a distinção precisa entre estas categorias é tema da seção referente aos principais elementos das sanções informais, basta, pelo momento, apontar que as diferenças entre estas categorias são relevantes ao ponto de ensejarem a presente subdivisão.

### 3.8 REPUTAÇÃO COMERCIAL: DEFINIÇÃO DE TRABALHO

Por fim, encerrando esta seção de definições, incumbe apresentarmos brevemente a nossa conceituação sobre reputação, porquanto este é um conceito polissêmico e que

---

<sup>227</sup> O desenvolvimento completo do tema, inclusive das conclusões aqui apresentadas, é objeto de estudo na seção apartada referente às redes de transmissão das informações.

permeia toda a presente obra. Mesmo se restringirmos o termo para **reputação comercial**, ainda assim estamos diante de um conceito que fomenta confusão em sua acepção.

Sendo **reputação comercial** um tema demasiadamente amplo, optaremos por prover uma definição de trabalho também suficientemente abrangente para que consigamos, concomitantemente, prover uma certa precisão sobre o seu uso e permitir a sua aplicação em uma pletera de situações distintas.

É certo que reputação é essencial para os negócios e determina diretamente a possibilidade do comerciante de continuar comerciando em determinado mercado<sup>228</sup>. Durante parte significativa da histórica, a perda da reputação era similar à **pena de morte da empresa ou do comerciante**, levando à sua ostracização permanente<sup>229</sup>. A reputação é uma criação da comunidade à qual o agente pertence e se refere sobretudo a um **juízo de valor** da comunidade sobre o agente do que a uma constatação fática objetivamente auferível<sup>230</sup>.

Para os efeitos desta seção, podemos definir **informação sobre reputação comercial** como um julgamento de valor sobre as características positivas ou negativas de um agente. Em se tratando de reputação, estaremos sempre diante de um **juízo**, já que a reputação é como se fosse um constructo social que se sobrepõe a um fato objetivo. O fato objetivo, fora de contexto, não significa a reputação, mas apenas o substrato para que um agente construa uma visão sobre a reputação do outro. Em suma, a reputação do agente não é o que ele é, mas o que pensam dele. Naturalmente, a reputação será um juízo positivo ou negativo, variável conforme contexto social, histórico, econômico, entre outros. Assim, podemos definir, apenas para os propósitos de avançar com esta seção, a reputação como **uma qualificação contextual positiva ou negativa feita por um agente em relação aos outros**, com base em informações (verdadeira, falsas, com ou sem ruído, entre outros) que este agente possui sobre o outro.

---

<sup>228</sup> BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1750.

<sup>229</sup> EERSELS, Ben. **The Craft Guilds are the City – Political Participation in Late Medieval Towns**. Tese (Doutorado) Universidade de Leuven, Leuven, 2018. p. 193; EDWARDS, Jeremy, OGILVIE, Sheilagh. What Lessons for Economic Development Can We Draw from the Champagne Fairs? *CESifo Working Paper Series*, No. 3438, p. 1-51, 2011. p. 8.

<sup>230</sup> KADENS, Emily. Pre-Modern Credit Networks and the Limits of Reputation. *Iowa Law Review*, Vol. 100, p. 2429-2455, 2015. p. 2440. Transcrição: “An individual’s reputation, especially in a tightly networked a society as pre-modern Europe, was a creation of his or her community. It was a comment on how the community viewed the individual rather than an isolated measure of his or her personal qualities. Thus, the individual’s network played a key role in establishing reputation”.



Trata-se, portanto, de um juízo **exterior** ao agente, fundamentado na **transmissão de informação sobre reputação** realizada por outros agentes, baseada nas suas ações ou omissões relevantes no mercado, que determina, ao menos parcialmente, o sucesso ou fracasso comercial de determinado agente. Como será desenvolvido durante o presente trabalho, as sanções informais reputacionais (em rede ou institucionalizadas) **sancionam a reputação do agente**, de forma a coibir ou eliminar as chances de trocas futuras.

A divisão de ELLICKSON em três níveis de mecanismos de controle das atividades comerciais é particularmente interessante para a compreensão do tema, sendo propriamente explorada na seção referente aos sistemas jurídicos privados. Afirma o autor que, na primeira ordem, consta a ética individual; na segunda ordem, as partes contratantes ou os parceiros da relação comercial específica; na terceira ordem, as normas sociais, hierarquias governamentais e hierarquias não governamentais<sup>231</sup>. Assim, poderíamos descrever as nossas categorias da seguinte forma:

Ordem do controlador	Composição	Classificação no presente trabalho	Característica central
Primeira	Ética individual - sanção imposta pelo indivíduo a si mesmo, culpa interna	Sem categoria específica no presente trabalho	Estritamente interna
Segunda	Partes contratantes	<b>Sanções informais contratuais</b>	Imposta pela contraparte contratual
Terceira	Hierarquias governamentais	<b>Sanções formais</b>	Imposta pelo Estado
	Hierarquias não governamentais	<b>Sanções informais reputacionais institucionalizadas</b>	Imposta por associação comercial com legitimidade ou capacidade

<sup>231</sup> ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 127-128.

	Normas sociais	<b>Sanções informais reputacionais em rede</b>	Imposta pelos demais comerciantes em rede
--	----------------	--	--

**Quadro - Ordens de controle em Ellickson<sup>232</sup>**

Restando claras as definições de trabalho, passamos ao estudo propriamente dito do fenômeno, iniciando pela sua análise histórica.

---

<sup>232</sup> Quadro elaborada pelo autor.

## 4 ANÁLISE HISTÓRICA DAS SANÇÕES INFORMAIS COMERCIAIS

Nesta seção, analisaremos o histórico da evolução das sanções informais reputacionais em determinados períodos da história para embasar a análise teórica do capítulo subsequente. Desenvolveremos o argumento de como as sanções informais reputacionais se desenvolveram como um dos mecanismos para resolver problemas fundamentais da segurança das transações comerciais, como a garantia da continuidade das trocas de longa distância e das promessas realizadas pelos agentes, em conjunto com uma plethora de outras instituições e atores.

É inegável que a história da aplicação de sanções informais acompanha a própria história do ser humano. Se há sociedade, há direito; se há Direito, existirão normas sociais sendo transgredidas e normas sociais para punir os transgressores. Por fim, se há sociedade, haverá trocas comerciais e normas sociais para punir os maus comerciantes.

Conforme construção de COLLINGWOOD, é certo que o conhecimento da história parte da completa ignorância e o seu objeto de estudo são as *res gestae* (ações humanas)<sup>233</sup>. As sanções informais reputacionais são ações humanas que podem ser estudadas, contextualizadas e explicadas por meio de uma breve incursão histórica sobre os seus elementos fundantes. A nossa ignorância momentânea se refere à relativa importância da reputação e das sanções informais no cumprimento dos contratos no decorrer da história. Contudo, por óbvio, não é necessário analisar cada uma das transações comerciais ocorridas na história para delinear, com fidelidade, a evolução da aplicação das sanções informais comerciais. Não somente em razão da patente impossibilidade desta tarefa, ou da ausência de registros durante grande parte da História, mas também pela falta de necessidade. Com efeito, para que seja feito um escrutínio eficiente deste fenômeno tão abrangente, procederemos a uma análise crítica, fundamentada nos documentos disponíveis nas épocas de maior relevância para o estudo do fenômeno objeto deste trabalho.

Se estamos tratando de um fenômeno que envolve Direito e comércio, o ponto de partida deve remontar às próprias origens do direito comercial moderno. Isto não significa dizer que inexistia direito comercial na Antiguidade, até porque os Romanos criaram um sistema sofisticado para regular contratos de compra e venda, transporte, locação, mandato e

---

<sup>233</sup> COLLINGWOOD, Robin. **The Idea of History**, Oxford: Oxford University Press, 2005 (reimp. 1946). p. 9.

sociedade, embora não diferenciasssem o contrato civil do comercial ou tivessem formulado um sistema de princípios gerais que fugisse da casuística<sup>234</sup>. Ademais, à guisa de exemplo, partes substanciais do Direito Romano aplicáveis ao comércio, como àquela responsável por regular o transporte marítimo de longa distância, tinham origem em outras regras, como o Direito marítimo de Rodes (*Lex Rhodia*), cujas origens datam ainda de 300 a. C.<sup>235</sup>.

O nosso tema central desta breve incursão histórica é a relevância dos mecanismos reputacionais de sancionamento, não-estatais ou, ao menos, não dependentes da figura do Estado. Assim, para analisar a evolução deste fenômeno, escolhemos analisar os principais *loci* de trocas comerciais e as instituições que o acompanhavam, tendo em vista que as sanções informais estão intensamente ligadas com as instituições mantidas pela sociedade.

Diante da completa falta de documentação, não há sequer a real possibilidade de analisar este tema na Pré-História. A Antiguidade apresenta diversas dificuldades no mesmo sentido, com exceção dos desenvolvimentos romanos. Em relação aos demais períodos históricos, em cada um dos períodos serão destacadas as principais civilizações e locais de troca em que eventos relevantes aconteceram, como, por exemplo, a análise da Antiguidade Grega e Romana sob a alcunha de Idade Antiga, ou a análise da evolução das guildas durante a Idade Média e Idade Moderna. Esta periodização não é imune a críticas<sup>236</sup>, mas, para os propósitos didáticos do presente trabalho, estas balizas servem a função de possibilitar o aprofundamento da análise em cada um destes conjuntos históricos de eventos.

Destarte, interessa-nos, com muito mais ênfase, os produtos derivados do sistema romano que começaram a se perpetuar no final da Antiguidade e início da Alta Idade Média, momento em que decidimos destacar como ponto de partida da análise histórica.

---

<sup>234</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 338-339.

<sup>235</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 339.

<sup>236</sup> O tempo é um contínuo e a sua periodização representa um método em que se traça uma linha divisória artificial sobre a sua evolução. Ademais, não há periodização que seja valorativamente neutra. A periodização da história está sujeita a inúmeras críticas, das quais destacamos a obra GOFF, Jacques Le. **Must We Divide History Into Periods?** Nova Iorque: Columbia University Press, 2017. Entretanto, a sua classificação em categorias facilita a explicação e análise de fenômenos e congregação de eventos em uma categorias única, motivo pelo qual a sua utilização apresenta vantagens para o presente trabalho.

Assim, consolidando o quanto exposto, a análise histórica será dividida em **períodos** (para fins didáticos), em que serão analisadas as principais **instituições comerciais** (como a guilda) e **sociais** (como normas, sanções, tradições), assim como serão traçadas considerações sobre **características específicas** do período (como a importância da religião ou a mobilidade dos indivíduos), incluindo a análise de **exemplos históricos** para ilustrar as ideias apresentadas.

#### 4.1 A *LEX MERCATORIA* E A PROTEÇÃO DOS COMERCIANTES

Se a Antiguidade observou determinadas formas de poder central que potencialmente assegurariam o cumprimento das transações, a Idade Média apresentaria um geral descolamento do Estado em relação às transações comerciais. Embora já mostrando sinais de fraqueza na Baixa Idade Média, este fenômeno levaria à criação da *societas mercatorum*, *lex mercatoria* e das trocas comerciais realizadas em feiras medievais e suportadas pelas associações de ofício.

Como a mobilidade dos indivíduos na sociedade europeia medieval era muito reduzida, tornava-se necessário conviver em sociedade, motivo pelo qual a reputação do indivíduo determinava parte substancial da sua vida. A expulsão da comunidade, ou a ostracização, não eram muito diferentes de uma pena de morte, visto que obrigavam o indivíduo a perambular por cidades vizinhas e torcer para que a sua reputação não o acompanhasse, ou a viajar até cidades mais longínquas e buscar recomeçar as suas atividades a partir da estaca zero.

Fora expedições reais ou aventureiros, os principais deslocamentos eram realizados pelos próprios comerciantes, motivo pelo qual os **principais canais de comunicação acompanhavam as rotas comerciais**. A expansão das rotas comerciais para distâncias consideráveis foi um dos efeitos das Cruzadas, de tal forma que, por exemplo, as cidades de Pisa e Gênova possuíam privilégios comerciais na Síria<sup>237</sup>.

---

<sup>237</sup> HAZARD, Harry. **The Crusader States**. In: SETTON, Kenneth, WOLFF, Robert (ed.). **The Later Crusades: 1189-1311**. Madison: University of Wisconsin Press, 1961. p. 524.

As cidades da Europa Ocidental paulatinamente se organizaram para servir de rotas do comércio Europa-Oriente, organizando feiras locais pelos comerciantes da cidade. Com efeito, o principal centro ativo de trocas das Idade Média era a feira medieval, desenvolvida principalmente durante a Baixa Idade Média e o principal centro de organização das trocas era a guilda (ou associação de ofício). Não é exagerado afirmar que a vida civil e comercial girava em torno da Igreja e sua presença local, sendo a filiação ao Lorde local sobretudo uma questão de conveniência e proteção, mas certamente não de admiração.

Embora os canais de comunicação fossem relativamente fracos em relação aos moldes atuais, os efeitos da reprovação social eram muito mais severos. Uma vez abalada a reputação, o cidadão provavelmente seria ostracizado por toda a sua vida (ou enquanto perdurasse a memória coletiva da violação)<sup>238</sup>. O indivíduo não poderia ser eleito para os cargos públicos da cidade (como o Conselho da Cidade), ocupar posições mais altas na associação de ofício e até mesmo se casar e ter filhos.

O desenvolvimento dos canais de troca transfronteiriços levariam ao que convencionou-se chamar *lex mercatoria* a partir dos séculos X e XI, que pode ser definida nas palavras de BERMAN como um período de mudança fundamental de conceitos e instituições do direito comercial da Europa Ocidental, formando um corpo jurídico em desenvolvimento e integrado<sup>239</sup>.

Incumbe reconhecer que há certa controvérsia e polarização sobre a importância e os impactos da *lex mercatoria* – *lex mercatoria* como fundamento do direito comercial, *lex mercatoria* como um fenômeno histórico supervalorizado -, sendo discutida esta controvérsia com argumentos ponderados para ambos os lados<sup>240</sup>. De nossa parte, a melhor saída é procurar uma caracterização realista do fenômeno comumente referido como *lex mercatoria* medieval e encontrar os pontos de interesse deste fenômeno.

<sup>238</sup> EERSELS, Ben. **The Craft Guilds are the City – Political Participation in Late Medieval Towns**. Tese (Doutorado) Universidade de Leuven, Leuven, 2018. p. 193.

<sup>239</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 33. Transcrição: “*The crucial period of change was the late eleventh and twelfth centuries. It was then that the basic concepts and institutions of modern Western mercantile law – lex mercatoria (‘the law merchant’) – were formed, and even more important, it was then that mercantile law in the West first came to be viewed as an integrated, developing system, a body of law*”.

<sup>240</sup> Cf. MICHAELS, Ralf. The True Lex Mercatoria: Law beyond the State. **Indian Journal of Global Legal Studies**, v. 14, n. 12, p. 447-468, 2007. VOLCKART, Oliver, MANGELS, Antje. Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval? **Southern Economic Journal**, v. 65, n. 3, p. 427-450, 1999.

Em primeiro lugar, há ao menos três estágios diferentes da *lex mercatoria*: (i) a *lex mercatoria* medieval, referente ao conjunto de regras e instituições que se formaram (ao menos com) relativa autonomia estatal; (ii) a nova *lex mercatoria* do século XX, correspondente a uma rede informal de regras e árbitros que estabeleceu um regime de direito internacional privado aplicável ao comércio; e (iii) a nova *lex mercatoria*, constituída pelos avanços recentes na codificação de práticas comerciais após um período de marcante *soft law*, incluindo o trabalho da UNIDROIT<sup>241</sup>.

Como a discussão sobre *lex mercatoria* é uma discussão recente, mas que abrange eventos do passado, incumbe primeiro discutir a sua origem nos tempos atuais para, então, retornarmos à dinâmica da sua origem medieval.

Analisando a temática da *lex mercatoria*, o ponto de partida deve ser o trabalho de MUSTILL, tendo em vista que se trata de um dos escassos trabalhos que se dedica a analisar a empiria por trás dos argumentos do surgimento da *lex mercatoria*<sup>242</sup>. MUSTILL localiza o início do debate sobre a *lex mercatoria* na conferência de Londres sobre as fontes do comércio internacional em 1962, seguido por trabalhos seminais de GOLDMAN<sup>243</sup> e SCHMITTHOFF<sup>244</sup>. A definição de *lex mercatoria* apresentada por MUSTILL se refere a um conjunto geral de princípios e regras consuetudinárias espontaneamente formadas no âmbito do comércio internacional, sem referência a um sistema jurídico nacional em particular<sup>245</sup>.

Previamente a 1962, duas importantes referências para a consolidação da narrativa da *lex mercatoria* são fundamentais, consistentes nos trabalhos de BEAWE (1923)<sup>246</sup> e KERR (1929)<sup>247</sup>, com particular influência no pós-guerra europeu.

---

<sup>241</sup> MICHAELS, Ralf. The True Lex Mercatoria: Law beyond the State. **Indian Journal of Global Legal Studies**, v. 14, n. 12, p. 447-468, 2007. p. 448

<sup>242</sup> MUSTILL, Michael. The New Lex Mercatoria: the First Twenty-five Years. **Arbitration International**, v. 4, p. 86-109, 1988. p. 89.

<sup>243</sup> Cf. GOLDMAN, Berthold. Frontières du Droit et Lex Mercatoria. **Archives de Philosophie du Droit**, v. IX, p. 177-192, 1964.

<sup>244</sup> Cf. SCHMITTHOFF, Clive (ed.). **The Sources of the Law of International Trade, with special reference to East-West trade**. Londres: Stevens and Son, 1964.

<sup>245</sup> MUSTILL, Michael. The New Lex Mercatoria: the First Twenty-five Years. **Arbitration International**, v. 4, p. 86-109, 1988. p. 87.

<sup>246</sup> Cf. BEAWE, Wyndam. **The Romance of the Law Merchant**. Londres: Sweet & Maxwell, 1923.

<sup>247</sup> KERR, Charles. The Origin and Development of the Law Merchant. **Virginia Law Review**, v. 15, p. 350-367, 1929.

Analisando outras proposições sobre a natureza do tema, MUSTILL pondera a existência na literatura de dois pontos distintivos: (i) a *lex mercatoria* é anacional, por dois motivos: as regras não derivam de uma figura nacional e não dependem de uma figura nacional para serem executadas, possuindo um valor normativo próprio; e (ii) os fundamentos da *lex mercatoria* são as práticas e princípios de direito comuns aos usos do comércio internacional (tanto a proposição da macro *lex mercatoria*, englobando múltiplos sistemas jurídicos, ou a micro *lex mercatoria* desenvolvida em relação a um contrato em particular, a uma região ou setor, até mesmo da força de criação de normas dos contratos-padrão, como o GAFTA *Contract Form No. 100*)<sup>248</sup>.

De maior relevância para o nosso trabalho, MUSTILL enumera 20 regras em que há razoável concordância que elas compõem a *lex mercatoria* que teria sido desenvolvida desde a década de 1960<sup>249</sup>:

- (i) A regra geral de que os contratos devem ser cumpridos: *pacta sunt servanda*, servindo possivelmente como o eixo central de todo o sistema;
- (ii) A principal exceção ao *pacta sunt servanda*, sendo que o contrato se subordina à subsistência das coisas tais como acordadas, podendo ser revisado o contrato se a situação fática se alterar substancialmente em razão de fatos imprevisíveis: a cláusula *rebus sic stantibus*;
- (iii) A sujeição de tanto o *pacta sunt servanda* quanto a cláusula *rebus sic stantibus* a uma regra limitadora: o *abus de droit*;
- (iv) A regra de que há responsabilidade mesmo na fase pré-contratual, a *culpa in contrahendo*;
- (v) Os contratos devem ser cumpridos de boa-fé;
- (vi) Os contratos que decorrem de corrupção, ou que configuram simulação, não são válidos ou, ao menos, não executáveis;
- (vii) Uma entidade estatal não pode evadir uma cláusula compromissória afirmando a sua incapacidade de arbitrar;
- (viii) O controlador de um grupo de companhias assina contratos e representa todos os membros do grupo perante terceiros;

<sup>248</sup> MUSTILL, Michael. The New Lex Mercatoria: the First Twenty-five Years. *Arbitration International*, v. 4, p. 86-109, 1988. p. 88 e seguintes.

<sup>249</sup> MUSTILL, Michael. The New Lex Mercatoria: the First Twenty-five Years. *Arbitration International*, v. 4, p. 86-109, 1988. p. 100-104.



- (ix) Se circunstâncias imprevistas acontecerem, as partes devem renegociar em boa-fé o contrato, mesmo se o contrato não possuir cláusula de renegociação;
- (x) A cláusula de ouro, permitindo o credor receber o pagamento em ouro ou equivalente;
- (xi) A parte pode se considerar desobrigada das suas obrigações contratuais se a outra parte descumprir o contrato, desde que o descumprimento seja substancial;
- (xii) A parte não pode alegar descumprimento de obrigações da outra parte se o descumprimento da segunda parte resultar de um descumprimento contratual da primeira parte;
- (xiii) O tribunal não é vinculado à caracterização e nome do contrato dado pelas partes;
- (xiv) Os danos materiais do contrato são limitados às consequências previsíveis do descumprimento;
- (xv) A parte que foi prejudicada pelo descumprimento do contrato possui o dever de mitigar o próprio prejuízo;
- (xvi) Os danos pela não entrega são calculados com referência ao preço de mercado das mercadorias;
- (xvii) A parte deve agir de forma diligente e atuar, prontamente, para que sejam cumpridos os seus direitos, sob pena de ser considerado um *waiver*;
- (xviii) O devedor pode apresentar compensação para reduzir a sua dívida com o credor;
- (xix) O princípio *ut res magis valeat quam pereat*, procurando encontrar o efeito útil das disposições contratuais;
- (xx) A falha em responder a uma comunicação oficial pode ser vista como aceitação dos seus termos.

Esta lista apresentada por MUSTILL é naturalmente incompleta e sujeita a críticas, mas apresenta uma visão mais realista sobre o que pode ser chamada de *lex mercatoria*. Com efeito, apesar de toda construção doutrinária que cerca o tema, aparentemente estamos diante de uma pequena lista de princípios comerciais tão amplamente aceitos a ponto de vincularem, ou serem vistos como vinculativos, os comerciantes enquanto organizam as suas trocas. A conclusão da análise de MUSTILL é que, ao menos no momento, não estamos diante de um corpo consolidado de *lex mercatoria* que proveja ao homem de negócios um conjunto de regras suficientemente acessível e eficiente para a condução de transações e que seja capaz de responder questões como: “Qual tipo de direito é a *lex mercatoria*? Quais são as suas regras?”

Quais são as suas fontes? Como determinar a sua existência?”, entre outros, requerendo maior amadurecimento e clareza nas suas regras para que a sua aplicação encontrasse bases mais sólidas<sup>250</sup>.

Não obstante a (possível) ausência de formação de uma *lex mercatoria* mais recente, é inegável que ao menos parte dos seus pressupostos persiste atualmente (como a existência de um corpo de regras comerciais anacionais, ainda que talvez sem a extensão de lei ou sem caracterizar um conjunto fechado, vinculante e claro de regras) e, mais importante, possui raízes medievais relevantes, que passamos a explorar.

O trabalho seminal sobre a evolução do direito dos comerciantes se encontra em BERMAN. O autor retoma a asserção de que a *lex mercatoria* é um fenómeno com surgimento entre os séculos XI e XII, derivando do que o autor chama de direito feudal e direito manorial dos séculos IX e X, mas que somente teria alcançado expressão jurídica sistemática com a expansão das cidades da Europa Ocidental, que passaram de pequenas aglomerações urbanas desconectadas para núcleos populacionais relacionados por rotas de comércio e com uma população crescente e considerável, assim como se presenciou o desenvolvimento de uma nova classe de comerciantes profissionais, que então levaria ao desenvolvimento do direito comercial<sup>251</sup>.

Este direito comercial era o corpo de regras que se aplicava quando o comerciante flamengo levava pano para ser trocado por lã em Londres, quando os comerciantes de vidro de Colônia chegavam em Paris ou quando os genoveses atravessavam a Europa com especiarias orientais. O direito comercial evoluiu não só como um direito da compra e venda, mas abrangeu todos os aspectos acessórios existentes à época, como transporte, segurança e financiamento, assim como o surgimento de institutos jurídicos sofisticados, como a empresa de responsabilidade limitada e as *bills of exchange*. Os principais desenvolvimentos comerciais foram resultado das ações dos próprios comerciantes ao realizarem a mercancia,

---

<sup>250</sup> MUSTILL, Michael. The New Lex Mercatoria: the First Twenty-five Years. *Arbitration International*, v. 4, p. 86-109, 1988. 107-108.

<sup>251</sup> BERMAN, Harold. *Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 332.

organizarem as guildas, feiras, associações e outras instituições dos comerciantes para os comerciantes<sup>252</sup>.

Ainda no início da Baixa Idade Média, algumas compilações de regras comerciantes se destacaram, como a *Tábula Amalfinata* (1150) e os *Rôles d'Oléron* (circa 1160). Mais tardiamente, a *Consolato del Mare* de Barcelona (1484) serviria como compilação dos costumes marítimos de Aragão e regiões próximas<sup>253</sup>.

De um movimento interno dos comerciantes, passou paulatinamente a ser reconhecida a sua importância e relevância pelos poderes locais. Um dos exemplos mais claros desse reconhecimento é *Carta Mercatoria* (1303), do Rei Eduardo I. A *Carta Mercatoria* visa assegurar o livre trânsito de mercadores na Inglaterra, incluindo o reconhecimento dos contratos comerciais por eles firmados e a menção à solução de disputas pelos próprios comerciantes, caso controvérsias sobre estes contratos surgissem<sup>254</sup>:

Em 1378, no reinado de Henrique IV, a Coroa Inglesa reconheceria a necessidade de fornecer proteção aos mercadores nas feiras, finalmente incluindo disposições sobre penalidades formais aplicáveis àqueles que incomodarem os comerciantes, incluindo aprisionamento e o pagamento de indenização (o dobro dos danos causados)<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 333.

<sup>253</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 333.

<sup>254</sup> Transcrição de RILEY, Henry (ed.) **Gildhallae Londoniensis: Liber Custumarum**. Londres: Rolls Series, n. 12, v. 2, p. 205-211, 1860. Disponível em: <<http://users.trytel.com/~tristan/towns/florilegium/economy/eccom21.html>>, acessado em 09/07/2019. Transcrição de trecho que menciona costumes comerciais das feiras e cidades mercantes: "that every contract entered into by those merchants, with whichever person, wherever they may be, concerning whatever kind of merchandize, should be firm and immutable; so that neither merchant party to the contract can dispute it or back out of it, once God's penny has been given and received between the principals to the agreement. But if some contention of this kind should arise over a contract, let it be decided by proof or an inquisition, in accordance with the usage and customs of fairs and market towns where the contract happens to have been made".

<sup>255</sup> *Ibidem*. A transcrição integral do trecho é a seguinte: "Should it happen hereafter that any merchant, foreign or denizen, or other person, is disturbed in selling such things in cities, boroughs, towns, seaports, or other enfranchised places, against the tenor of this statute, and that the mayors, bailiffs, or others who administer that franchise, when requested by the said merchants or others, fail to provide them with a remedy, and are convicted thereof, the franchise is to be seized into the king's hand; notwithstanding which, those who have committed the disturbance in infringement of this statute will be obliged to pay the plaintiff double the damages he has suffered from the episode. Should such a disturbance be made to such merchants or others in an unenfranchised town or place, and its lord, if present, or in his absence his bailiff, constable, or other warden of such town or place being requested to do justice, fails to do so, and is convicted thereof, he shall

Em uma instância histórica ainda mais clara, o *Statute of Staple* (1353) designa que deve ser aplicada a *law merchant* para os comerciantes que vinham negociar nos locais designados pela Coroa para a venda de produtos básicos (*staple*). As *Staple Courts* também sinalizavam uma administração local de justiça especializada para os comerciantes, a não ser governada pela *common law* nem pelo direito real<sup>256</sup>.

BERMAN atribui à *lex mercatoria* medieval seis qualidades: (i) objetividade; (ii) universalidade; (iii) reciprocidade; (iv) adjudicação participativa; (v) integração; e (vi) crescimento<sup>257</sup>.

A objetividade da *lex mercatoria* é um dos principais predicados de sua evolução. Partindo de um corpo amorfo e incerto de regras, alcançou-se o nível de regras cuja observância era obrigatória, sob pena de sancionamento. Assim, houve um salto qualitativo entre os costumes enquanto padrões de conduta para os costumes enquanto regras de conduta objetivas e, por conseguinte, puníveis<sup>258</sup>.

A universalidade se refere ao fato de que as regras na Europa Ocidental se aproximaram de tamanha forma que o direito das transações de longa distância se sobrepunha recorrentemente sobre o direito ou costumes locais. Em locais específicos, como as feiras, a uniformidade de regras era ainda mais sobressalente. As fronteiras eram mais fluidas e permeáveis ao direito dos homens de negócio que visitavam as feiras e cidades, sendo protegidos por suas próprias regras<sup>259</sup>.

---

*pay double the damages, as indicated above. And the disturbers, in both the former and latter cases, within franchises or outside them, who are convicted shall be imprisoned for a year, or ransomed at the king's will".*

<sup>256</sup> CONSTABLE, Marianne. **The Law of the Other: the Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law and Knowledge**. Chicago: University of Chicago Press, 1994. p. 98. Transcrição completa: "The 1353 enactment is the earliest statute explicitly to allow aliens on juries. Both the statute and the staple court of which the statute refers were products of fourteenth-century royal power. The royal ordinance provided, nevertheless, that within these royal courts, merchants, and their servants and "meiny" in the staple, were to be governed, not by common law, nor by royal declarations, but by "law merchant". Town usages and practices that had governed when the staple courts were local were also to give away to the law merchant".

<sup>257</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 341.

<sup>258</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 341.

<sup>259</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 342.

A reciprocidade foi um dos elementos fundamentais do direito comercial dos séculos XII e XIII, desenvolvendo-se como uma forma de garantir justiça nas trocas comerciais. Como tal, a reciprocidade possui duas facetas: procedimental e substantiva. A reciprocidade procedimental se referiria à forma em que a transação se inicia, sem coerção, fraude ou abuso, enquanto a reciprocidade substancial se referiria aos benefícios a serem obtidos com o contrato, de forma a coibir transações indevidamente desvantajosas para a outra parte ou até mesmo para o restante da sociedade<sup>260</sup>. Vantagens procedimentais envolviam jurisdição especial, sumariedade do procedimento, aceitação de provas diversas em juízo (como livros comerciais, livros contábeis), entre outros<sup>261</sup>.

Por participação adjudicativa na *lex mercatoria*, referimo-nos às cortes comerciais que floresceram nas cidades europeias. Tratam-se de tribunais não profissionais, isto é, não formados por indivíduos com educação jurídica formal, que tratavam de uma gama de temas não exclusivamente comerciais, mas cuja atuação comercial permite que eles sejam considerados como cortes comerciais. Quando os julgamentos eram conduzidos nas guildas, usualmente o chefe da guilda, assistido por 2 ou 3 comerciantes, decidia as questões que eram postas. Cortes da cidade também se desenvolveram, como se observa de uma lei de Milão (1154) que autoriza a eleição de um conselho de comerciantes. As cortes comerciais eram marcadas pela celeridade, informalidade e especialidade em negócios dos seus julgadores, sendo, assim, o direito comercial administrado pelos próprios comerciantes. A fuga do sistema de solução de controvérsias estatal para a construção de um sistema próprio e célere de solução de disputas é um traço marcante e consolidado da prática comercial, sendo um dos principais fatores que explicam o racional das sanções informais<sup>262</sup>.

A integração da *lex mercatoria* se refere à cristalização de conceitos, princípios, regras e procedimentos mercantis que se deu a partir do século XI. Diversos institutos mercantis se consolidaram nos séculos XI, XII e XIII e tomaram corpo como um sistema coerente. Uma pletora de inovações pode ser apontadas, das quais enfatizamos as seguintes: (i)

---

<sup>260</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 343.

<sup>261</sup> KADENS, Emily. The Medieval Law Merchant: the Tyranny of a Construct. **Journal of Legal Analysis**, v. 7, n. 2, p. 251-289, 2015. p. 254.

<sup>262</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 346. O tema será desenvolvido a fundo na seção seguinte.

a separação entre as regras aplicáveis a bens móveis e imóveis; (ii) substituição da transferência da propriedade por meio da passagem física do objeto para a transferência simbólica por meio do traslado dos documentos; (iii) desenvolvimento de um direito de posse independente da posse física e da propriedade; (iv) reconhecimento da validade de acordos orais para compra e venda de bens móveis; (v) desenvolvimento de documentos comerciais como as notas promissórias, *bill of lading* e as *bills of exchange*; (vi) o surgimento de regras de falência e de um sistema sofisticado de crédito; (vii) a evolução da *societas* e *commenda* (para *joint ventures*) romanas, com uma visão mais coletivista da sociedade, incluindo a limitação de responsabilidade; (viii) invenção da proteção a marcas e patentes; (ix) o desenvolvimento do sistema de depósito bancário; entre outros<sup>263</sup>.

Por fim, o crescimento da *lex mercatoria* se refere à sua evolução orgânica de cada uma das características acima apontadas (objetividade; universalidade; reciprocidade; adjudicação participativa e integração) durante o breve período formativo dos séculos XI e XII, com posteriores desenvolvimentos nos séculos XIII, XIV e XV. A consciência do direito mercante seria ainda mais estabelecida com as consolidações do direito mercante em livros, como os *Consuetudines* de Gênova (1056), o *Constitutum Usus* de Pisa (1161) e o Livro de Costumes de Milão (1216)<sup>264</sup>.

Ainda, um dos traços fundamentais da explicação acerca da importância da reputação na Idade Média (aplicável também a diversas sociedades na Antiguidade) se refere à quase completa ausência de mobilidade dos agentes comerciais.

Conforme será explicitado no capítulo seguinte, as ações e condutas dos agentes podem ser interpretadas à luz dos sinais que emitem. Os sinais são um mecanismo eficiente de transmissão de informação acerca da capacidade cooperativa do agente. Um dos sinais mais claros acerca das intenções de um comerciante na Antiguidade e na Idade Média consistia precisamente na sua permanência em determinado local.

Um comerciante que se encontra há mais de 30 anos trabalhando na mesma localidade naturalmente contará com maior apoio da comunidade local em relação ao

---

<sup>263</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 347-348.

<sup>264</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 353-354.

comerciante que se mudou apenas há 3 meses. A sombra do futuro para o comerciante que completa três décadas negociando na mesma comunidade é enorme; parte significativa do seu *acquis* comercial está diretamente ligada à confiabilidade que a clientela possui em sua conduta e o comerciante provavelmente pretende continuar comerciando na mesma comunidade. O incentivo do comerciante estabelecido em trair é significativamente inferior, assim como as perdas reputacionais pela má prestação de determinado serviço serão significativamente maiores. O *newcomer* precisará se estabelecer na comunidade – fisicamente e reputacionalmente – para começar a construir a sua clientela. Não surpreende, por exemplo, a desconfiança com sujeitos que se mudam repetidamente de lugar. Prejuízos irreparáveis à reputação não escassamente eram justamente a razão que explicava a mobilidade contínua de determinados sujeitos durante estes períodos.

Conforme aponta FRANK, a mobilidade atualmente não implica em tantas considerações sobre a reputação do agente, tendo em vista a existência de inúmeros outros fatores e pressões que justificam a mudança de localidade, assim como a sua facilidade<sup>265</sup>. Contudo, em um contexto em que a mudança de localização era um dos cursos de ação mais custosos para o agente, a sua mera ocorrência tende a prover fortes sinais aos demais agentes.

Este breve relato apresenta as raízes do surgimento de um direito comerciante, regido por comerciantes e aplicada por comerciantes. Não se pretende alegar que foi um direito universal, homogêneo, completamente desligado da figura estatal, sob pena de nos enredarmos em terreno ainda pantanoso<sup>266</sup>. Não há necessidade de avançarmos quaisquer considerações sistemáticas sobre a *lex mercatoria*, porquanto basta apontar as mudanças fundamentais que o direito dos comerciantes sofreu neste período e como elas impactaram o sancionamento das condutas mercantis por meio de mecanismos informais.

Antes de encerrarmos esta incursão sobre a origem do direito dos comerciantes e o conseqüente sancionamento informal, analisaremos brevemente algumas das instituições que consolidaram a *lex mercatoria* e que explicam o desenvolvimento dos mecanismos informais

---

<sup>265</sup> FRANK, Robert. **Passion within Reason: the Strategic Role of the Emotions**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1988. p. 112.

<sup>266</sup> Vide a crítica de KADENS, Emily. The Medieval Law Merchant: the Tyranny of a Construct. **Journal of Legal Analysis**, v. 7, n. 2, p. 251-289, 2015. p. 251 e seguintes.

de sancionamento, passando do concreto – o surgimento da *lex mercatória* – para categorias mais abstratas – as regras das guildas, por exemplo.

#### 4.2 PRIMÓRDIOS DAS ASSOCIAÇÕES COMERCIAIS: AS GILDAS E O CONSELHO DA CIDADE

O pertencimento a uma guilda ou associação de ofício era um *status* do comerciante, que o posicionava de forma definitiva dentro da sociedade, assim como garantias privilégios e impunha deveres. É difícil não superestimar a importância das guildas na construção da sociedade europeia, embora não seja esta a função do presente trabalho.

A participação do comerciante em uma destas instituições, seja no âmbito cívico (conselho da cidade), seja no âmbito comercial (guildas), era um fator determinante para a proteção do seu comércio, especialmente se conduzido à longa distância. Funcionava como proteção contra o arbítrio do Rei, do Duque, assim como de criminosos e até da natureza (como, por exemplo, as regras portuárias específicas de indenização da Liga Hanseática). Se estas instituições surgiram, ao menos em parte, como solução para o problema do comércio de longa distância, elas se desenvolveram como centros de congregação de comerciantes e, por consequência, centros de imputação de responsabilidade e de aplicação das sanções informais reputacionais<sup>267</sup>.

Embora os conselhos sejam uma instituição cívica, não era incomum que a política local fosse dominada por homens de negócios e, dado o momento histórico, não era incomum que as regulações políticas revestissem integralmente interesses comerciais e vice-versa<sup>268</sup>.

No mesmo sentido, as guildas nunca foram uma instituição unicamente comercial. Historicamente, elas concentraram funções econômicas, sociais, culturais, políticas e religiosas. As guildas organizam as transações em inúmeros pontos e constituíam a proteção

---

<sup>267</sup> GRAFE, Regina, GELDERBLOM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. p. 478-479.

<sup>268</sup> EERSELS, Ben. **The Craft Guilds are the City – Political Participation in Late Medieval Towns**. Tese (Doutorado) Universidade de Leuven, Leuven, 2018. p. 120.



contra a violência, mas também eram centros de eventos, decisões políticas e práticas religiosas<sup>269</sup>.

Estas instituições não eram somente qualitativamente relevantes, mas também quantitativamente. À guisa de exemplo, a vila de Sint-Truiden, moderna Bélgica flamenga, possuía uma população de aproximadamente 5000 habitantes em 1446, mas era casa de ao menos 13 guildas. Por fidelidade às categorias, repercutimos a lista de Sint-Truiden encontrada (termos em parêntese estão em flamengo medieval)<sup>270</sup>: *blacksmiths (smede)*, *furriers (wilwercklieden or bontmekere)*, *bakers (beckere)*, *brewers (briedere)*, *butchers (vleeschouwere)*, *cloth weavers (lakenmeckere)*, *merciers (meersliede)*, *blue-dyers and dyers (weerdere ende verwere)*, *tanners (vettere)*, *shoemakers (schoenmeckere)*, *fullers (meesterlieden)*, *carpenters (timmerlieden) and tailors (cledersnyderen)*. Masstrich, atual Holanda, por sua vez, apresentava situação semelhante entre 1409-1412, apresentando as seguintes associações: *Blacksmiths, Weavers, Tailors, Carpenters, Shearers, Furriers, Millers, Mercers, Dyers, Bakers, Bleachers, Masons, Brewers, Fullers, Roofers, Butchers, Linen weavers, Straw roofers, Skippers, Tanners, Fruit sellers, Fishmongers, Shoemakers e Gardeners*<sup>271</sup>. Dada uma população diminuta, estas categorias abrangiam praticamente todo e qualquer ofício existente na cidade.

Em Bristol, atual Reino Unido cidade de proporções semelhantes à Maastricht, o *Little Red Book* (circa final Século XIV) aponta para a existência de ao menos 17 guildas mercantes registradas<sup>272</sup>.

Havia uma imensa correlação entre o conselho da cidade e as associações de ofício que nela laboravam. A participação nos conselhos não era dependente de muitos requisitos objetivos, tendo em vista que não havia extenso registro do históricos escolar ou profissional dos membros. Os critérios variaram em algumas cidades, mas usualmente era necessário que

<sup>269</sup> GRAFE, Regina, GELDERBLOM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. pp. 484.

<sup>270</sup> Além das associações de ofício citadas, a vila contava com uma associação de mercantes e de tecelões. EERSELS, Ben. **The Craft Guilds are the City – Political Participation in Late Medieval Towns**. Tese (Doutorado) Universidade de Leuven, Leuven, 2018. p. 41.

<sup>271</sup> EERSELS, Ben. **The Craft Guilds are the City – Political Participation in Late Medieval Towns**. Tese (Doutorado) Universidade de Leuven, Leuven, 2018. p. 114.

<sup>272</sup> BICKLEY, Francis (ed.). **The Little Red Book of Bristol**. v. 2, Londres: Henry Southeran & Co, 1900. p. xxi.

fosse um filho legítimo, cidadão e membro de uma associação de ofício ou de uma das linhagens familiares da cidade. Maastricht, por exemplo, demandava que o cidadão também residisse permanentemente na cidade<sup>273</sup>.

Contudo, os requisitos subjetivos, determinavam efetivamente a presença do membro no conselho da cidade. Em algumas cidades inglesas, honra era necessária aos candidatos; em cidades germânicas, era preciso que o cidadão fosse apto para exercer a função (*Ratsfähig*); em Maastricht, era preciso que fossem bons, honráveis, sábios, inteligentes, que desejassem o desenvolvimento da cidade e temessem a Deus. Em Leuven, candidatos precisariam ser sábios, moderados e honráveis<sup>274</sup>.

Não é fácil identificar os efeitos destas características subjetivas na nomeação e manutenção no cargo destes cidadãos, embora alguns exemplos históricos da importância da reputação se sobressaíssem. Os exemplos encontrados se referem às expulsões de Joes Motten em Sint-Truden (*circa* 1400), Johannes van Diepenbeke em Maastricht (1407), Arnt van Meenre em Maastricht (1460). Caso interessante é a expulsão de Johannes Kuebac e Willelmus Linderencruys em Maastricht, 1416, por conta de possuírem má-fama (*pro eo quod inventi sunt de mala fama*)<sup>275</sup>.

Em Bristol, encontramos exemplo semelhante contido nas Ordenação do Rei Eduardo III, de 16 de outubro de 1331, item 22. Para que o homem fosse admitido no conselho da cidade, era necessário que ele fosse livre, bom e honesto, sendo necessário o testemunho de dois comerciantes para comprovar esta situação<sup>276</sup>.

As cidades germânicas sob a influência da Liga Hanseática apresentavam uma figura importante para o cumprimento das regras dos mercadores: os tribunais constituídos por *Schöffen*. Os *Schöffen* eram conselheiros da cidade indicados para decidir uma disputa e

---

<sup>273</sup> EERSELS, Ben. **The Craft Guilds are the City – Political Participation in Late Medieval Towns**. Tese (Doutorado) Universidade de Leuven, Leuven, 2018p. 136.

<sup>274</sup> EERSELS, Ben. **The Craft Guilds are the City – Political Participation in Late Medieval Towns**. Tese (Doutorado) Universidade de Leuven, Leuven, 2018p. 137.

<sup>275</sup> EERSELS, Ben. **The Craft Guilds are the City – Political Participation in Late Medieval Towns**. Tese (Doutorado) Universidade de Leuven, Leuven, 2018140.

<sup>276</sup> BICKLEY, Francis (ed.). **The Little Red Book of Bristol**. v. 2, Londres: Henry Southeran & Co, 1900. p. 37. Transcrição: “Also it is ordained and agreed that no one in the future be admitted to the liberty unless he be of free condition, good and honest report, and thereof can produce two good and lawful burgesses to testify that his estate and condition are good and honest as is above set forth”.

fornecer suporte jurídico, mesmo sem treinamento jurídico (até o Século XVI), especialmente entre membros das associações de ofício da cidade, conforme descrito em detalhes por REYNOLDS<sup>277</sup>.

A separação entre as entidades para julgamento dos mercadores e a Igreja era reforçada por estas instituições, a exemplo do Decreto de 1369 do Conselho da Cidade de Gênova que impunha multa ao comerciante que recorresse às cortes eclesiásticas para discutir temas contratuais<sup>278</sup>.

As guildas representavam um dos núcleos comerciais, enquanto o Conselho da Cidade representava um dos núcleos cívico ou social da sociedade medieval. Estas categorias de instituição permearão a evolução de todo o comércio: os comerciantes precisam de um lugar para fazer ou vender as mercadorias, assim como demandam um lugar para socializar e, conseqüentemente, para punir os maus comerciantes de forma pública.

Nas cidades inglesas das cortes de *staple*, como Norwich, Exeter e Cork, nos séculos XIV e XV, as figuras comerciais e cívicas eram fortemente ligadas. Além das *courts of staple* serem mistas (com cidadãos de diversas regiões, incluindo lugares fora da Inglaterra) e decidirem com base em direito mercante (e não na *common law*, sujeito às complexas regras de jurisdição aplicáveis), elas não possuíam influência do governo local e do conselho da cidade. A própria administração da cidade era mista, contando com um representante civil – o prefeito (*mayor*) – e um representante comercial – o *constable of the staple*. A Inglaterra naturalmente conviveria com sistemas duais de participação de poder (*mayors* e *sheriffs of the*

---

<sup>277</sup> REYNOLDS, Susan, **The Middle Ages without Feudalism: Essays in Criticism and Comparison on the Medieval West**. Routledge, 2012. p. 209. Transcrição completa: “*In German towns panels of town councilors (Schöffen) continued to make judgments and did not come to be dominated by formally trained lawyers until the sixteenth century. Well before then a habit had grown up among German towns of referring difficult cases to high courts (Oberhöfe) in particular towns with recognized authority though with no formal and enforceable jurisdiction. The Schöffen in these towns, though not trained or earning their living as lawyers, had legal advice and handbooks to consult and must have gained a good deal of expertise on the job. At least some commercial courts and the less formal tribunals that arbitrated disputes between craftsmen also preserved the old ways. Senior merchants or craftsmen generally presided and judgments were generally given by a panel of colleagues, sometimes without any right of appeal beyond the craft. Some courts even tried to exclude lawyers or restrict their activities*”.

<sup>278</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 344.

*borough*, embora os *constables* representassem uma figura comercial muitas vezes ocupada pelo *head of the burgesses* da cidade<sup>279</sup>.

#### 4.3 AS FEIRAS MEDIEVAIS DE CHAMPAGNE

A feira medieval era o ponto geográfico de comércio e criação de regras comerciais. Sendo um fenômeno com traços datando ainda dos séculos VII e VIII, somente no século XI que elas experimentariam o crescimento e formalização que as tornaram um dos principais fenômenos comerciais medievais. Grandes feiras internacionais passaram a ser comuns, assim como centros de comércio em cidades portuguesas, gerando um sistema de normas autônomo em relação ao direito feudal, real e canônico<sup>280</sup>.

Em particular, as feiras medievais são um exemplo antigo de sucesso na implementação de regras para execução dos contratos e das promessas contratuais feitas pelos comerciantes.

Dentro do espaço geográfico das feiras, autoridades comerciais locais emergiram como principais formas de resolução de disputas, aplicando, novamente, um direito comerciante para comerciantes. Exemplo desta prática ocorreu na Feira de Champagne (nas cidades de Bar-sur-Aube, Lagny, Provins e Troyes) a partir do século XIII, em que o *fair warden* era considerada a principal figura adjudicativa da Feira, em que também eram organizadas cortes locais (*fair courts*)<sup>281</sup>.

Estas feiras costumavam ser organizadas seis vezes ao ano, alternando entre estas cidades, durando em média seis semanas cada. Considerando os intervalos para os comerciantes se deslocarem, as feiras cobriam praticamente o ano todo. Historicamente, o maior volume de trocas ocorria em relação a tecido e lã flamenga e especiarias trazidas da Itália e vendidas por comerciantes franceses<sup>282</sup>. Este fluxo de especiarias, em particular, agiria

---

<sup>279</sup> CONSTABLE, Marianne. **The Law of the Other: the Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law and Knowledge**. Chicago: University of Chicago Press, 1994. p. 98.

<sup>280</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 340.

<sup>281</sup> KADENS, Emily. Order within Law, Variety within Custom: the Character of the Medieval Merchant Law. **Chicago Journal of International Law**, v. 5, no. 1, p. 39-65, 2004. p. 52.

<sup>282</sup> EDWARDS, Jeremy, OGILVIE, Sheilagh. What Lessons for Economic Development Can We Draw from the Champagne Fairs? **CESifo Working Paper Series**, No. 3438, p. 1-51, 2011. p. 2.

como um dos fatores do desenvolvimento dos meios de pagamento e bancos italianos e, conseqüentemente, auxiliaria o desenvolvimento das cadeias de crédito que sustentam o comércio e são parte fundamental do racional das sanções informais, conforme descrito no capítulo seguinte.

O movimento de organização das feiras pode ser datado ao menos de 1180, sendo que no meio do século XII já era amplamente considerado como proeminente. As feiras eram sobretudo um exemplo de organização, usualmente realizada e coordenadas pelos condes locais. As organizações locais não costumavam prover privilégios a categorias específicas de comerciantes, mas apenas à categoria de comerciantes como um todo. Estes privilégios foram paulatinamente estendidos para incluir salvo-condutos, direitos de passagem, segurança e propriedade das mercadorias, com aplicação transfronteiriça aos demais condados. Uma série de pequenos tratados, em 1209, 1220 e 1232, com os reinos da França, Borgonha e Bolonha asseguravam estas garantias<sup>283</sup>.

A prática dos *fair wardens* é observada desde *circa* 1170, quando os condes empoderaram estes oficiais com competências regulatórias e jurisdicionais, incluindo poderes transfronteiriços para assegurar o cumprimento das determinações dos condes, especialmente em matéria de segurança no transporte de mercadorias. Em dois casos, já no século XIII, o confisco de mercadorias de um comerciante viajado para as feiras de Champagne seria punido com a ameaça de expulsão de todos os comerciantes da mesma nacionalidade ou origem das próximas feiras<sup>284</sup>.

Contudo, os recursos judiciais ainda consistiam em mecanismos fornecidos pelos condes locais. O primeiro acesso à justiça se dava pelos *maires* ou *prévôts*, que eram representantes dos poderes reais encarregados de administrar justiça aos súditos, com exclusão de estrangeiros e, embora fossem figuras distintas, encontravam-se no mesmo nível adjudicatório. O segundo nível de acesso se dava pelos *baillis* (semelhantes à figura dos *bailiffs*), encarregados de administrar a justiça aos nobres, clérigos e comerciantes estrangeiros. Acima dos *bailiffs*, os comerciantes possuíam recurso à *Jours de Troyes*, um

---

<sup>283</sup> EDWARDS, Jeremy, OGILVIE, Sheilagh. What Lessons for Economic Development Can We Draw from the Champagne Fairs? **CESifo Working Paper Series**, No. 3438, p. 1-51, 2011.p. 3-4.

<sup>284</sup> EDWARDS, Jeremy, OGILVIE, Sheilagh. What Lessons for Economic Development Can We Draw from the Champagne Fairs? **CESifo Working Paper Series**, No. 3438, p. 1-51, 2011. p. 4.

tribunal propriamente dito, que julgava disputas em grau de recurso, assim como tribunal de primeira instância, a depender do montante e das partes envolvidas. Após a região de Champagne se unir à França, em 1295, a coroa francesa manteria a mesma estrutura, mas imporá o Parlamento de Paris como instância final de apelação<sup>285</sup>.

Dentro do ambiente das feiras, os *wardens* ficavam em pequenas armações de madeira, em formato de cabanas, das quais recebiam informações e adjudicavam. Os registros do final do século XII apontam que essa prática começou com o auxílio das armações usadas pelos próprios *prévôts*, que teriam sido trazidas para o ambiente da feira (emulando o poder adjudicatório dos *prévôts*)<sup>286</sup>. Certamente uma das maneiras mais eficientes de assegurar a imagem de autoridade destes oficiais nas feiras seria emular os símbolos dos poderes adjudicatórios locais já existentes.

É correto reconhecer que os *wardens* não eram uma emulação exclusiva do poder mercante. Embora, no início, utilizassem os próprios selos pessoais para testemunhar transações comerciais, em especial colando-os em contratos para certificar a sua validade, está prática duraria somente até o meio do século XIII, momento em que os selos apostos aos contratos eram os selos oficiais dos condes locais. Contudo, a nem todos contratos eram acostados selos. Particularmente, os contratos envolvendo tecido flamengo eram feitos com base em crédito contabilizado por notários (a ser apurado e pago até o fim da feira) ou simplesmente celebrados perante testemunha. Mesmo os contratos sem o selo eram reconhecidos pelos *wardens* em sede de solução de disputas, sendo que os *wardens* eventualmente acumulariam poderes que incluíam aplicação de multa, confisca e até encarceramento dos comerciantes inadimplentes. Embora os *wardens* fossem comerciantes punindo comerciantes, eles paulatinamente o faziam em nome dos condes locais, que possuíam grande interesse em manter a boa reputação da feira<sup>287</sup>.

Em determinadas épocas, conviviam a jurisdição dos *wardens* dentro das feiras, as cortes das cidades e até mesmo as autoridades religiosas enquanto solucionadores de disputas.

---

<sup>285</sup> EDWARDS, Jeremy, OGILVIE, Sheilagh. What Lessons for Economic Development Can We Draw from the Champagne Fairs? **CESifo Working Paper Series**, No. 3438, p. 1-51, 2011. p. 5.

<sup>286</sup> EDWARDS, Jeremy, OGILVIE, Sheilagh. What Lessons for Economic Development Can We Draw from the Champagne Fairs? **CESifo Working Paper Series**, No. 3438, p. 1-51, 2011. p. 7.

<sup>287</sup> EDWARDS, Jeremy, OGILVIE, Sheilagh. What Lessons for Economic Development Can We Draw from the Champagne Fairs? **CESifo Working Paper Series**, No. 3438, p. 1-51, 2011. p. 8.

À guisa de exemplo, um documento de 1153 aponta que o prior (diretor do mosteiro) de Saint-Ayol de Provins seria encarregado pela solução de disputas, de forma exclusiva, pelos primeiros sete dias da feira, suspendendo as jurisdições municipais, reais e dos *wardens*. Este tribunal monástico improvisado se localizava dentro do próprio mosteiro e atendia durante todo o dia, com custas relativamente baixas. Embora o período de jurisdição fosse curto, estes tribunais monásticos eram populares, com relatos do seu funcionamento até a meia-noite do dia em que sua jurisdição durava, e sendo repetidos em diversas outras feiras<sup>288</sup>.

Sumarizando as principais conquistas em termos de execução dos contratos na evolução das feiras medievais, exemplificamos com a segurança jurídica consubstanciada nos serviços institucionais subvencionados pelos condes de Champagne, incluindo infraestrutura, garantias de empréstimo e restrições aos privilégios dos comerciantes<sup>289</sup>.

A mudança da política de não discriminação entre comerciantes locais e estrangeiros e não concessão de privilégios aos comerciantes locais com a incorporação de Champagne à França em 1285 seria ultimamente a causa para a diminuição da relevância destas feiras. Os aumentos progressivos de impostos, a concessão de privilégios exclusivamente a determinados comerciantes, a desestabilização das relações entre coroa francesa e comerciantes italianos, por fim, encerrariam a importância destas feiras no comércio transfronteiriço de mercadorias<sup>290</sup>.

#### 4.4 A IGREJA CATÓLICA

Neste tópico, analisaremos a relevância da Igreja nas transações comerciais, sem endereçarmos a multitude de outros efeitos e impactos da Igreja na Idade Média.

---

<sup>288</sup> EDWARDS, Jeremy, OGILVIE, Sheilagh. What Lessons for Economic Development Can We Draw from the Champagne Fairs? **CESifo Working Paper Series**, No. 3438, p. 1-51, 2011. p. 10.

<sup>289</sup> EDWARDS, Jeremy, OGILVIE, Sheilagh. What Lessons for Economic Development Can We Draw from the Champagne Fairs? **CESifo Working Paper Series**, No. 3438, p. 1-51, 2011. p. 11. Transcrição integral: “*Security and contract-enforcement may have been the most important institutional services provided by the counts of Champagne – or devolved to municipal or ecclesiastical institutions – to support the fairs. But they were not the only ones. The counts also provided infrastructure, loan guarantees, and constraints on local merchants’ privileges, all of which contributed to the fairs’ success*”.

<sup>290</sup> BOURQUELOT, Félix. **Études sur les Foires du Champagne, sur la Nature, l’Étendue et les Règles du Commerce qui s’y Faisait aux XIIe, XIIIe et XIVe siècles**. Paris: émoires présentés par divers savants étrangers à l’Académie, 1865. p. 191.

O príncipe e os comerciantes eram tementes a Deus e, possivelmente, ainda mais tementes em relação à possibilidade de serem ostracizados pela Igreja ou por seus pares. Não é surpreendente que o Imperador do Sacro Império Romano-Germânico Henrique IV tenha decidido ficar por três dias, sem comida e na neve, na entrada do castelo do Papa Gregório VII para pedir a revogação da sua excomunhão após a controvérsia das investiduras (1077). É certo que a atitude da Igreja até então perante o lucro, ou à busca de lucro, não era somente uma atitude neutra ou passiva, mas ativamente hostil<sup>291</sup>.

Instituições básicas para o desenvolvimento do comércio, como a cobrança de juros, não eram autorizadas pela Igreja. A usura não era aceita pela Igreja Católica em razão do fato de que essa conduta seria fundamentalmente injusta, assim como não pode o ser humano vender algo que é divino (o Tempo), além da existência de passagens bíblicas expressas proibindo esse comportamento, que seria oficialmente reconhecido como pecado pela Igreja no Cânone 13 do Segundo Concílio de Latrão (1139).

Em seu estilo metodologicamente impecável, SANTO TOMÁS DE AQUINO resume a visão medieval sobre a usura na Questão 78 da Summa Theologica, em que o autor responde afirmativamente se é um pecado cometer usura<sup>292</sup>.

O comerciante certamente não era o indivíduo mais bem visto pela Igreja Católica, estando no limite entre o pecado e o aceitável; sendo que, por certo, não era fácil que o homem de negócios ascendesse ao Céu: “*Homo mercator vix aut numquam potest Deo placere*” (difícilmente o homem de negócios é capaz de agradar a Deus, em tradução livre). A Igreja

---

<sup>291</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 336.

<sup>292</sup> AQUINO, Thomás de. **Summa Theologica**. Parte 2, Livro 77, Questão 78, Artigo 1. Transcrição integral: “*I answer that, to take usury for money lent is unjust in itself, because this is to sell what does not exist, and this evidently leads to inequality which is contrary to justice. (...) Accordingly, if a man wanted to sell wine separately from the use of the wine, he would be selling the same thing twice, or he would be selling what does not exist, wherefore he would evidently commit a sin of injustice. Now money, according to the Philosopher (Ethic. v, 5; Polit. i, 3) was invented chiefly for the purpose of exchange: and consequently the proper and principal use of money is its consumption or alienation whereby it is sunk in exchange. Hence it is by its very nature unlawful to take payment for the use of money lent, which payment is known as usury: and just as a man is bound to restore other illgotten goods, so is he bound to restore the money which he has taken in usury.*”



não seria somente contrária à cobrança de juros, mas também a outras práticas, como a especulação comercial<sup>293</sup>.

Dentro dos estritos domínios da Igreja, nomeadamente as propriedades papais e os monastérios, estas regras seriam estritamente seguidas, conforme aponta a Bíblia em Timóteo 6, 10: “*o amor ao dinheiro é a raiz de todos os males; e por causa dessa cobiça, alguns se desviaram da fé e se atormentaram em meio a muitos sofrimentos*”. A vida monástica ou episcopal se orientavam pela *caritas*, pelo amor ao próximo e pela distribuição dos bens gerados por suas atividades<sup>294</sup>.

Com efeito, a filosofia anticomercial da Igreja Católica seria um fator relevante para compreender a (tardia) formação das práticas que seriam chamadas de capitalistas, embora a História mostre que não se tratou de um fator condicionante, porquanto o comércio se desenvolveu mesmo em regiões sob for influência da Igreja. O motivo é que vislumbrar a posição da Igreja como uma instituição que se opunha ao comércio por lucro, às práticas capitalistas ou semelhantes, implica fechar os olhos para as diversas ambiguidades da relação Igreja e comércio desde a Alta Idade Média.

A Igreja manteve uma posição ambígua em relação ao castigo dos mercadores por suas práticas, dado que não sancionou, de forma efetiva, os mercadores que descumprissem a sua doutrina do pecado na busca pelo lucro, seja introduzindo uma vasta gama de exceções, seja mantendo uma posição tolerante em relação às supostas violações. Não fosse esta medida de tolerância, dificilmente o comércio se desenvolveria, ao longo de diversos séculos, da forma que se desenvolveu, coexistiriam feudalismo e capitalismo – dois sistemas aparentemente conflitantes – em diversas regiões da Europa., Não necessariamente a ética protestante, supostamente mais individualista e racionalista, teria sido o motor propulsor de um capitalismo que teria se originado só no Século XV, embora esta visão tenha se consagrada com os ensinamentos de WEBER<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> Citação atribuída a São João Chrysostom, século III d.C., apud BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 332.

<sup>294</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 337.

<sup>295</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 336.

As atividades comerciais, se conduzidas dentro de noções amplas de moralidade, não eram somente não condenadas pela Igreja, mas sim incentivadas, desde que a busca pelo lucro fosse feita para alcançar determinados objetivos e dentro destes parâmetros. A Igreja diferenciava a troca comercial feita por avareza da venda que garantia a subsistência da família. As guildas incorporariam fortemente os parâmetros (ainda que alargados) de moralidade da Igreja e demandariam de seus membros a observância de parâmetros mínimos de decência e moralidade em seu comércio. O direito canônico naturalmente serviria de exemplo para o direito aplicado na cidade e para o direito dos comerciantes. A *lex mercatoria* supostamente deveria refletir os princípios do direito canônico, não os contrariar<sup>296</sup>.

Assim, o comércio não era o caminho da perdição e do pecado, mas possivelmente o caminho da salvação, se fosse realizado em observância aos princípios religiosos. A atividade econômica não foi deixada de fora da atividade religiosa. Conforme afirma BERMAN, em tradução livre, a moralidade estava *incrustada* no Direito, de tal forma que o direito era a ponte entre a atividade mercantil e a salvação da alma<sup>297</sup>.

Ao passo que a Igreja tinha o seu direito (o Direito Canônico), os mercantes possuíam o Direito Comercial para recorrerem, embora o fato de que os comerciantes eram parte da Igreja conduzia a uma natural influência do Direito Canônico nas regras comerciais. O direito canônico influenciaria a formação de regras de direito comercial, como, por exemplo, a ênfase na reciprocidade e justiça das transações comerciais, o lucro justo, ou o próprio desenvolvimento da importância da boa-fé nos contratos comerciais<sup>298</sup>.

Exemplo desta intersecção é a bula papal *Saepe contingit*, aprovada pelo Papa Clemente IV, incentivando a utilização de mecanismos de solução de controvérsia simples, sem o recurso às formalidades jurídicas ou a advogados<sup>299</sup>.

---

<sup>296</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 337.

<sup>297</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 338. Trecho original: “(...) *morality was embodied in law. Law was a bridge between mercantile activity and the salvation of the soul*”.

<sup>298</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 343.

<sup>299</sup> Transcrição encontrada em BRUNDAGE, James. **The Medieval Origins of the Legal Profession**. v. 1, Chicago: University of Chicago Press, 2010. p. 561.

Com efeito, a Igreja não impediu que os comerciantes encontrassem formas distintas de emprestarem e gerarem crédito nas transações comerciais, a exemplo da já enraizada prática de triangulação comercial (mediante as mais variadas formas, como *societas*, *rent sale*, *loan by sale*, *cambio fittizio*) que apresenta diversos registros históricos apontando a sua existência. Não obstante, a saída natural para realizar estas operações era fazê-las de forma escondida, de tal forma que até os livros comerciais registravam estas transações normalmente como vendas, locações ou parcerias nas quais o comerciante teve lucro, mas não abertamente relatavam juros, mesmo se a natureza econômica da operação fosse um empréstimo<sup>300</sup>.

Isto corrobora o fato de que a Igreja era um ponto fulcral de concentração de sanções reputacionais, pois era o receio de ser ostracizado mediante qualquer punição religiosa (ou até mesmo pelo boato ou possibilidade da aplicação de uma sanção religiosa) que impedia os comerciantes de abertamente realizarem estas transações financeiras proibidas pela Igreja.

#### 4.5 A *LEX MARITIMA* DA LIGA HANSEÁTICA: A REGRA DO MEIO FRETE

A Liga Hanseática constitui um dos exemplos históricos mais fortes da importância das redes comerciais, redes de comunicação, confiança, reputação e auto-executoriedade dos contratos. Como resultado destas redes, a cooperação informal dos seus membros foi capaz de assegurar rotas lucrativas entre o Mar Báltico e o Mar do Norte, reduzindo custos transacionais, informacionais e organizacionais. Acima de tudo, a Liga Hanseática nos provê um exemplo de regra substantiva sancionada por redes informais, consistente na sua regra peculiar sobre meio frete.

Embora a Liga Hanseática tenha sido um fenômeno essencialmente medieval tardio, a sua capacidade de ditar regras para os comerciantes se estendeu até a Idade Moderna. Sob os seus auspícios, grande parte do corpo inicial de regras marítimas para navegações de média e longa distância foram desenvolvidas, no que se convencionou chamar de *Lex Maritima* da Liga Hanseática.

---

<sup>300</sup> POSTAN, Michael. Credit in Medieval Trade. *The Economic History Review*, vol. 1, No. 2, p. 234-261, Jan/1928.

CORDES, analisando a formação do comércio marítimo na Europa medieval e moderna, descreve em detalhes este fenômeno de criação espontânea de regras, partindo da cidade de Lubeck e Hamburgo e se consolidando a ponto de formar a codificação de 1614 denominada “*Hanseatic ship and sea law*”, que seria refletida na codificação francesa de 1681 chamada “*Grande ordonnance de la marine*”, sendo esta a primeira codificação nacional de direito marítimo<sup>301</sup>.

Exemplo desta Lei Hanseática corresponde à regra de pagamento de metade do frete em caso de interrupção da viagem por força maior antes da metade da viagem, independente da distância viajada. Caso mais da metade da distância tenha sido cumprida, o cálculo seria *pro rata itineris*. Por exemplo, numa viagem de 25 dias, se o navio viajasse 2 dias, seria pago metade do frete acordado; se o barco navegasse no dia 18, seria pago 18/25 do frete acordado. A regra de pagamento do frete *pro rata itineris* para qualquer momento da viagem, que parece ser mais justa e equânime, seria aplicada somente em cidades fora da influência da Liga Hanseática e, após o seu declínio, seria reconhecida como regra de aplicação mais generalizada na Inglaterra no caso *Luke v. Lyde* (1759)<sup>302</sup>.

Uma explicação possível para esta discrepância é que a regra do meio frete favorece fortemente o transportador e o transportador seria membro de uma das *hansas*, enquanto o comprador seria um comerciante local. Embora ambos estivessem organizados institucionalmente – de um lado a Liga Hanseática, do outro, a guilda dos comerciantes –, a força conjunta da Liga Hanseática seria suficiente para fazer cumprir o contrato e exigir o pagamento mesmo de uma regra aparentente injusta.

<sup>301</sup> CORDES, Albrecht. *Lex Maritima in Middle Ages*. In BLOCKMANS, Wim, KROM, Mikhail, WUBS-MROZEWICZ, Justyna. **The Routledge Handbook of Maritime Trade around Europe 1300-1600: Commercial Networks and Urban Autonomy**, Oxfordshire: Taylor and Francis, 2017. 81-82. Íntegra do trecho: “*The clearest example for this inverted sequence of events is the Hanseatic sea law. It starts in the late thirteenth century with town laws, namely from Hamburg, which were then also adopted by Lubeck. Then follow the provisions upon which the Hanseatic Diet agreed (early fifteenth century), together with serious efforts to collect all older norms; in legal history, such collective efforts precede codifications (Saxon law, canon law). And the last step, nearly at the end of the common Hanseatic era, was the all-Hanseatic codification from 1614, the ‘Hanseatic ship and sea law’, which is a few decades older than the first national codification of maritime law, the French ‘Grande ordonnance de la marine’ from 1681, when Louis XIV was at the apex of his power*”. A sequência invertida que o autor se refere é a criação de regras por meio de ordens locais, ao invés do estabelecimento de regras marítimas por corpos pluri ou multilaterais e de maior abrangência.

<sup>302</sup> CORDES, Albrecht. *Lex Maritima in Middle Ages*. In BLOCKMANS, Wim, KROM, Mikhail, WUBS-MROZEWICZ, Justyna. **The Routledge Handbook of Maritime Trade around Europe 1300-1600: Commercial Networks and Urban Autonomy**, Oxfordshire: Taylor and Francis, 2017. p. 73.

Conforme assevera FRANKOT, existiam duas regras previstas no direito de Lübeck: a regra de que devia ser pago meio frete independente das circunstâncias e a regra de que a integralidade do frete era devida. A regra de meio frete para a primeira metade e *pro rata itineris* para a segunda da Liga Hanseática apareceu como uma terceira via e se consolidou como resultado das ações dos seus comerciantes<sup>303</sup>.

Em um primeiro momento, é surpreendente que uma regra como essas fosse cumprida, tendo em vista que a ocorrência de força maior possivelmente significaria a morte dos marinheiros e o fato de que a Liga Hanseática não possuía exército próprio. A arma mais eficiente da Liga Hanseática, neste caso, era justamente o apoio das sanções informais. Não sendo uma figura estatal, a Liga Hanseática repudiava os maus agentes com sanções informais.

Assim, outros dois fatores, além da força econômica da Liga, contribuiriam para o *enforcement* desta regra. O primeiro deles é o fator reputacional: se o comerciante se recusasse a pagar o meio frete, possivelmente ele perderia oportunidades comerciais com diversos outros membros da Liga Hanseática. Neste caso, a sombra do futuro seria forte o suficiente para manter a promessa conforme combinado, mesmo se o acidente resultasse na morte do marinheiro hanseático. Seria esperado, ao menos, que o comerciante não conseguisse mais vender os seus produtos para Hamburgo. O segundo fator é a força nos números: não era incomum que os barcos possuíssem múltiplos donos, alcançando mais de 64 “proprietários” de um único barco<sup>304</sup>, aumentando significativamente os prejuízos de agir de forma não-cooperativa com um comerciante da Liga.

A Liga Hanseática sempre se desenvolveu como um mecanismo de proteção recíproca para os comerciantes e uniformização do direito aplicável. Ainda em um dos seus estágios iniciais de desenvolvimento, as cidades de Hamburgo e Lubeck, em dois acordos diferentes (1230 e 1231) acordaram proteção recíproca e aplicação da mesma lei<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup> FRANKOT, Edda. The Practice of Maritime Law in the Town Courts of Fifteenth-Century Northern Europe. In LEOS, Muller. **The Dynamics of Economic Culture in the North Sea- and Baltic Region in the Late Middle Ages and Early Modern Period**. Hilversum: Verloren, 2007. p. 144

<sup>304</sup> NICOLLE, David. **Forces of the Hanseatic League – 13<sup>th</sup>-15<sup>th</sup> centuries**. Oxford: Osprey Publishing, 2014. p. 11.

<sup>305</sup> Acordo entre Hamburgo e Lubeck, 1230, descrito em THATCHER, Oliver. **A Source book for Medieval History**. Nova Iorque: Ams Press Inc., 1971. p. 609-610. Transcrição do acordo de 1230: “*We wish you to*

A força de imposição da Liga Hanseática da regra do meio frete pode ser vista em um julgamento de 1486 em uma disputa entre o conselho da cidade de Amsterdam e Danzig (cidade autônoma, atual Polônia). O conselho da cidade de Danzig decidiu pelo pagamento de meio frete em um caso de um capitão de Amsterdam e três mercadores em Kampen (atual Holanda), em que o navio partiu de Amsterdam e se dirigia até Riga, mas teria naufragado próximo a Danzig, em 1486. O conselho da cidade de Amsterdam teria requerido informações sobre o julgamento em Danzig, que confirmou o julgamento e a presença do capitão e comerciantes, mas não proveu mais explicações sobre a decisão<sup>306</sup>.

Em diversos casos, como este, a Liga Hanseática procurou as autoridades locais para a execução das suas obrigações, conforme podemos extrair do seguinte trecho, referente a um acordo entre a Liga Hanseática e o Reino da Noruega (1276) assegurando privilégios aos mercadores hanseáticos e permitindo aos *sysseleman* (agentes locais, semelhante à figura do *sheriff* inglês) aplicar as punições determinadas no acordo<sup>307</sup>.

---

*know that we desire by all means to preserve the mutual love and friendship which have hitherto existed between you and us. We desire that we shall have the same law, so that whenever your citizens come into our city, bringing goods that are unencumbered [ that is, about which there is no dispute or suit pending ] , they may possess and enjoy them in peace and security, in the same way as our citizens".* Transcrição do acordo de 1231: *"We have made the following agreement with our dear friends, the citizens of Hamburg. 1. If robbers or other depredators attack citizens of either city anywhere from the mouth of the Trave river to Hamburg, or anywhere on the Elbe river, the two cities shall bear the expenses equally in destroying and extirpating them. 2. If anyone who lives outside the city, kill s, wounds, beats, or mishandles, without cause, a citizen of either city, the two cities shall bear the expenses equal ly in punishing the offender. We furthermore agree to share the expenses equally in punishing those who injure their citizens in the neighborhood of their city and those who injure our citizens in the neighborhood of our city. 3 . If any of their citizens are injured near our city [Lubeck], they shall ask our officials to punish the offender, and if any of our citizens are injured near their city [Hamburg], they Sha l ask their officials to punish the offender"*

<sup>306</sup> FRANKOT, Edda. **Of Laws of Ships and Shipmen: Medieval Maritime Law and its Practice in Urban Northern Europe**. Edinburgh University Press, 2012. p. 173.

<sup>307</sup> Acordo de garantia de privilégios na Noruega e Lubeck, descrito em GADE, John. **The Hanseatic Control of Norwegian Commerce during the Late Middle Ages**. Leiden: E. J. Brill, 1951. p. 38. Transcrição: *"[...] Ninth, as we also wish all the above to remain in force and not be violated, as long as we receive the customary fidelity, we order our Sysseleman and other officials, in case they wish to escape our displeasure, to assist in carrying out all the aforementioned privileges and ordinances. Tenth, in order that such privileges should also be accorded our subjects, we have ordered and firmly impressed upon the judges of our realm that they should treat such citizens as come to Norway with their wares with a certain partiality, causing them no difficulties, and see that they are accorded justice when they complain and that their oppressors are severely punished, and that the Lübeck citizens are shown all possible favor and good will whenever this may justly and honestly be done"*.

#### 4.6 REINHEITSGEBOT DA BAVIERA

Um exemplo curioso e eficiente sobre a intersecção entre sanções formais e informais ainda no início da Idade Moderna é a *Reinheitsgebot* da Baviera.

A *Reinheitsgebot* é conhecida como a Lei da Pureza da Cerveja e, apesar do imenso teste de tempo, a Lei possui aplicação até hoje (com modificações), de tal forma que foram discutidos os seus efeitos anti-competitivos no antigo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (atual Tribunal de Justiça da União Europeia) em 1987<sup>308</sup>.

A Lei pode ser interpretada como uma medida de saúde pública, uma regulação protecionista dos interesses dos cervejeiros locais, uma lei patentemente anti-concorrencial, entre outros. Medida semelhante já existia em Munique em 1487, mas a sua atuação se restringia a essa cidade, ao passo que a *Reinheitsgebot* foi mais abrangente. Para referência, acrescentamos o texto completo da *Reinheitsgebot*, proclamada pelo Duque Guilherme IV da Baviera, em Igolstaldt, datada de 1516<sup>309</sup>.

A *Reinheitsgebot* possui elementos que demandam um escrutínio mais aprofundado. Em primeiro lugar, a Lei possui obrigações claras e vinculantes em relação ao preço da cerveja: (i) o preço de um litro bávaro não pode ultrapassar 1 centavos de marco alemão; (ii) o preço de um *kopf* (vasilha, pote) não pode ultrapassar 3 *Heller*

<sup>308</sup> Corte de Justiça das Comunidades Europeias, **Caso 178/84**, Comissão das Comunidades Europeias v. República Federal da Alemanha, Julgamento da Corte, 12 de Março 1987.

<sup>309</sup> O original da Lei está em alemão da Baviera. A tradução para o inglês foi encontrada em <<http://www.brewery.org/library/ReinHeit.html>>, sendo que página referencia o trabalho de Karl Eden em “History of German Brewing”, publicado em *Zymurgy*, volume 16, número 4, em 1993. A íntegra da lei, que encontramos em inglês, é a seguinte: “*We hereby proclaim and decree, by Authority of our Province, that henceforth in the Duchy of Bavaria, in the country as well as in the cities and marketplaces, the following rules apply to the sale of beer:*

*From Michaelmas to Georgi, the price for one Mass or one Kopf, is not to exceed one Pfennig Munich value, and From Georgi to Michaelmas, the Mass shall not be sold for more than two Pfennig of the same value, the Kopf not more than three Heller.*

*If this not be adhered to, the punishment stated below shall be administered.*

*Should any person brew, or otherwise have, other beer than March beer, it is not to be sold any higher than one Pfennig per Mass.*

*Furthermore, we wish to emphasize that in future in all cities, market-towns and in the country, the only ingredients used for the brewing of beer must be Barley, Hops and Water. Whosoever knowingly disregards or transgresses upon this ordinance, shall be punished by the Court authorities' confiscating such barrels of beer, without fail.*

*Should, however, an innkeeper in the country, city or market-towns buy two or three pails of beer and sell it again to the common peasantry, he alone shall be permitted to charge one Heller more for the Mass or the Kopf, than mentioned above. Furthermore, should there arise a scarcity and subsequent price increase of the barley, WE, the Bavarian Duchy, shall have the right to order curtailments for the good of all concerned”*

(aproximadamente 1,5 centavos de marco alemão); e (iii) caso alguém faça cerveja que não seja a Märzenbier bávara, o seu preço não poderá ultrapassar um centavo por litro. Em caso de descumprimento desta disposição, punição será administrada.

Ainda, o último parágrafo da lei determina regras sobre revenda de cerveja. A lei autoriza o revendedor a revender a cerveja por 1 centavo a mais por litro. Ademais, o Duque se reserva o direito de controlar a escassez e o preço da cevada em caso de redução na sua oferta.

Por fim, o traço de maior relevância consiste justamente no parágrafo remanescente, que trata sobre a qualidade e pureza da cerveja. A Lei determina que somente **cevada, lúpulo e água** podem ser ingredientes da cerveja bávara. A sua aplicação não se restringe ao Ducado da Baviera, mas a todas as cidades e cidades-mercantes do país. A punição para o descumprimento da lei é clara: os barris de cerveja serão confiscados pelas autoridades do Ducado, sem falha.

É sabido que a cerveja possuiu um valor medicinal relevante na Idade Média e início da Idade Moderna, em razão da dificuldade de acesso a fontes seguras e potáveis de água. As impurezas são naturalmente eliminadas com o processo de fermentação da cerveja em conjunto com álcool<sup>310</sup>.

A cerveja passou de uma bebida consumida em festivais religiosos, tendo em vista que era preparada gratuitamente nos monastérios, para um produto de circulação quase universal na sociedade. Uma grande diversidade de fatores justifica esse aumento, incluindo a maior circulação de renda e moeda na sociedade, o estabelecimento das tavernas, a queda populacional derivada da Peste Negra que nivelou ricos e pobres, a maior circulação de mercadores e o aumento da consciência da poluição da água<sup>311</sup>.

A cerveja possuiu uma inserção particularmente forte nas terras germânicas e antes da *Reinheitsgebot* já apresentava uma organização comercial multi-provincial bastante forte e

---

<sup>310</sup> NELSON, Max. **The Barbarian's Beverage: a History of Beer in Ancient Europe**. Routledge: Londres, 2005. p. 89.

<sup>311</sup> POELMANS, Eline, SWINNEN, Johan. A Brief Economic History of Beer. In SWINNEN, Johan (ed.), **The Economics of Beer**, Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 10.



estabelecida na figura da Liga Hanseática<sup>312</sup>, então capitaneada pela cidade de Hamburgo<sup>313</sup>. A Baviera produzia quase que exclusivamente cerveja que modernamente é chamada de *lager*, ao passo que as demais cidades alemãs produziam cerveja *ale*. Após a *Reinheitsgebot*, essa tradição foi reforçada e subsiste até hoje como orgulho nacional<sup>314</sup>.

Com o aumento do comércio, as primeiras regulações por uma autoridade central passaram a existir, incluindo a *Reinheitsgebot* e a sua sanção formal – apreensão dos barris – para a hipótese de descumprimento. Esta época marca a transição das cervejarias nos mosteiros para as primeiras cervejarias profissionais, mudança que ocorreu com o apoio do Estado em razão do fato que os mosteiros não pagavam impostos aos poderes locais. Com efeito, uma regulação que se preocupa com o preço da cerveja pressupõe a existência de um mercado<sup>315</sup>.

Contudo, o ponto fundamental de análise da *Reinheitsgebot* não consiste em compreender como o Estado decidiu regular o preço no mercado de cerveja ou como considerações de saúde pública levaram à restrição dos ingredientes que poderiam ser adotados na sua receita. O ponto mais marcante da *Reinheitsgebot* é o fato de que a sua imposição foi feita pelo Estado, mas a sua fiscalização e execução ocorreram pelos agentes privados por meio de sanções informais.

Isto porque, embora em um primeiro momento o Estado estivesse diretamente envolvido no cumprimento da *Reinheitsgebot*, paulatinamente as casas cervejeiras da Baviera cumpriram esta função.

---

<sup>312</sup> A atuação da Liga Hanseática durante a Idade Média e Moderna informa, em grande parte, a análise da presente seção e demanda uma explicação mais aprofundada. O seu surgimento está atrelado à estabilização da cidade de Lubeck, no século XII. Diversas cidades ao longo do Mar Báltico se especializaram no comércio marítimo e no comércio de longa distância entre as cidades do Noroeste Europeu e o restante da Europa, incluindo Riga, Danzig e as cidades germânicas como Colônia e Hamburgo. As *hansas* correspondiam a guildas ou associações locais que conduziam este comércio, sendo a *Liga Hanseática* a combinação, informal, entre estas *hansas* que exerciam forte poder político e econômico nas cidades. As *hansas* se organizam de forma a pleitear benefícios e privilégios nas trocas com outras cidades, como Bruges (1253) e Londres (1282). Ultimamente, a Liga Hanseática sucumbiria às próprias disputas internas ainda no Século XVI.

<sup>313</sup> A cidade de Hamburgo se destacou principalmente no ramo das cervejas, recebendo o nome de *Hanseatic League's Brewhouse* em 1376. POELMANS, Eline, SWINNEN, Johan. A Brief Economic History of Beer. In SWINNEN, Johan (ed.), **The Economics of Beer**, Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 10.

<sup>314</sup> POELMANS, Eline, SWINNEN, Johan. A Brief Economic History of Beer. In SWINNEN, Johan (ed.), **The Economics of Beer**, Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 13.

<sup>315</sup> POELMANS, Eline, SWINNEN, Johan. A Brief Economic History of Beer. In SWINNEN, Johan (ed.), **The Economics of Beer**, Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 11.

A própria *Reinheitsgebot* é vista como resultado de *lobby* das cervejarias locais para impedir a entrada de cerveja *ale*. Tratou-se de uma manobra claramente anti-competitiva orientada pelo mercado local<sup>316</sup>. Ademais, a família real da Baviera (os Wittelsbachs) estava ativamente envolvida no comércio de cerveja *lager*, assim como ativamente apoiava o desenvolvimento das casas cervejeiras locais, como a Aktienbrauerei Kaufbeuren (datada de 1308). Embora pertencesse ao Duque o direito de emitir licenças para cervejarias operarem na Baviera, os direitos econômicos foram vendidos décadas após a *Reinheitsgebot* para suprir a escassez temporária de renda da coroa. Ademais, o Duque enfrentava pressões da associação dos padeiros (*bakers*) que historicamente se opunha aos cervejeiros, de forma que a saída encontrada após a *Reinheitsgebot* teria sido procurar manter uma maior neutralidade em relação à lei<sup>317</sup>.

Ainda, não era incomum que os conselhos das cidades fossem formados exclusiva ou parcialmente de membros das associações de ofício, incluindo os cervejeiros. Exemplo dessa prática é a cidade de Leuven, cujo conselho no século XIV era composto de 11 homens, sendo cada um deles pertencente a uma das guildas da cidade (cervejeiros, mercadores, padeiros, açougueiros, entre outros)<sup>318</sup>.

No caso de Munique, uma das principais cidades da Baviera e sua capital desde 1505, uma decisão de 1363 havia conferido ao conselho da cidade o direito e dever de monitorar a produção de cerveja na cidade<sup>319</sup>.

A situação de poder das guildas no Centro e Norte Europeu era tamanha que o poeta brabantino JAN VAR BOENDALE a resumiu poeticamente na figura dos príncipes se curvando aos comerciantes, de tal forma que os príncipes estariam **abaixo** e a comunidade,

---

<sup>316</sup> THOMAS, Diana, LEESON, Peter. The Brewer, the Baker and the Monopoly Maker. **Journal of Entrepreneurship and Public Policy**, vol. 10, No. 1, p. 84-95, 2010. p. 4.

<sup>317</sup> THOMAS, Diana, LEESON, Peter. The Brewer, the Baker and the Monopoly Maker. **Journal of Entrepreneurship and Public Policy**, vol. 10, No. 1, p. 84-95, 2010. p. 12.

<sup>318</sup> EERSELS, Ben. **The Craft Guilds are the City – Political Participation in Late Medieval Towns**. Tese (Doutorado) Universidade de Leuven, Leuven, 2018. p. 120.

<sup>319</sup> GAAB, Jeffrey. **Munich: Hofbräuhaus & History: Beer, Culture, & Politics**. Berna: Peter Lang Inc, 2006. p. 10.

**acima**, incluindo a implícita crítica de que os comerciantes se revoltaram contra a tirania dos príncipes para criarem a sua própria tirania<sup>320</sup>.

Retornando às cidades germânicas, este poder dos mercadores era exercido para que novas bebidas não chegassem a Munique de forma bastante efusiva pelo Conselho da Cidade<sup>321</sup>. Ainda que Hamburgo produzisse 25 milhões de litro de cerveja ainda no século XV, essa bebida não era trazida para a Baviera e, se fosse, rapidamente as elites locais tratariam de encerrar a rota de comércio, tanto por meio do conselho da cidade ou pela pressão na atuação Estatal para confiscar as bebidas irregulares<sup>322</sup>.

Até os dias atuais é difícil encontrar cervejas não-bávaras na Baviera, embora a decisão de 1987 do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias<sup>323</sup> tenha obrigado a Alemanha a, ao menos, aceitar cervejas importadas não *Reinheitsgebot-compliant*. Se desde o início a *Reinheitsgebot* era uma lei de mercantes locais para mercantes de outras cidades, com a chancela do Duque, a sua evolução reforça o sentido das sanções informais que se desenvolveram nesta indústria.

#### 4.7 AS ASSOCIAÇÕES COMERCIAIS MODERNAS

Já no início do Século XVI, o termo *lex mercatoria*, ou *law merchant*, cairia em desuso, apontando para, então, o que se entende como o fim deste período inicial de

<sup>320</sup> Referência encontrada em EERSELS, Ben. **The Craft Guilds are the City – Political Participation in Late Medieval Towns**. Tese (Doutorado) Universidade de Leuven, Leuven, 2018. p. 41. O autor não referenciou o autor da tradução da poesia ou o seu ano (encontrado como cerca 1300) e cuja versão original é a seguinte: “*In desen tiden, dat dit gheschiede / Ghinghen al die ghemene liede / In allen landen te gadere plechten / Ende ieghen haer reren rechten / Soe dat die heren waren tonder / Ende die ghemeente boven, dats wonder. / Aldus ghevielt in allen porten / (...) / Die ghemeente maecten coren / In haren visierne, alsoe si wouden / Ende dadense in den lande houden / Scoemakere, volre, wevere, zidere / Vleeschoudere, backere, briedere / Hen moesten wiken alle heren / Dus soe moeste die werelt verkeren*”. Tradução para o inglês: “*In these times, that all of this happened / All the commoners united / In all the lands / And went against the lords’ rights / So that the lords were under / And the commune (ghemeente) above, what a wonder! / And thus it happened in all cities (...) / That the communes made laws / For their own benefit, however they wanted / And exercised justice in the land / Shoemakers, fullers, weavers, dyers, / Butchers, bakers, brewers, / For them all the princes had to give way / This was how they wanted the world to be*”.

<sup>321</sup> GAAB, Jeffrey. **Munich: Hofbräuhaus & History: Beer, Culture, & Politics**. Berna: Peter Lang Inc, 2006. p. 17. Transcrição do trecho: “*The beer brewers of Munich, many of whom sat on the city council, tried desperately to stop the importation of the drink into the city*”.

<sup>322</sup> CLARK, Peter. **European Cities and Towns: 400-2000**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 50.

<sup>323</sup> Corte de Justiça das Comunidades Europeias, **Caso 178/84**, Comissão das Comunidades Europeias v. República Federal da Alemanha, Julgamento da Corte, 12 de Março 1987.

consolidação do direito comerciante, passando para a sua incorporação na Idade Moderna, momento em que se consolidam os Estados-Nação europeus<sup>324</sup>.

Algumas vezes na literatura permaneceriam reverberando o termo e buscando analisar os séculos anteriores em termos de um conjunto concertado de regras comerciais, como STILLINGTON<sup>325</sup> e DAVIES<sup>326</sup>.

Esta guinada histórica também assinala um período de relativo auto-governo, ou governo local, para a escala dos grandes Estados-Nação europeus. Uma das grandes explicações sobre a necessidade da figura estatal assevera que o Estado atua como garantidor das promessas comerciais e/ou contratuais feitas pelos indivíduos. HOBBS destaca que, salvo a existência do Estado, os comerciantes não teriam garantia da execução dos contratos<sup>327</sup>:

A necessidade do Estado como mantenedor de compromissos se cristalizou no pensamento jusfilosófico a partir deste período e orientou parte significativa da produção de Direito e Economia nos séculos seguintes. A visão de que as transações comerciais seriam impossíveis sem a existência do Estado ainda predominou na Idade Contemporânea, embora a Economia tenha desafiado essa noção já há algumas décadas<sup>328</sup>.

É oportuno notar que esta atribuição de tamanha onipotência ao Estado é resultado de trabalhos de uma época em que o Estado ainda estava se consolidando, após séculos de um estilo de vida – e de comércio – não estadocêntrico. Se alguma figura de poder era responsável por assegurar o cumprimento das transações nas feiras medievais, esta figura provavelmente seria a Igreja ou o poder local, mas não o Estado. Assim, a intersecção entre a nova figura de Estado e os comerciantes até então estabelecidos é um dos *leitmotif* das sanções informais na Idade Moderna.

<sup>324</sup> KADENS, Emily. Order within Law, Variety within Custom: the Character of the Medieval Merchant Law. **Chicago Journal of International Law**, v. 5, no. 1, p. 39-65, 2004. p. 254.

<sup>325</sup> KADENS, Emily. Order within Law, Variety within Custom: the Character of the Medieval Merchant Law. **Chicago Journal of International Law**, v. 5, no. 1, p. 39-65, 2004. p. 255.

<sup>326</sup> Cf. DAVIES, John. **The Question concerning Impositions, Tonnage, Poundage, Prizage, Customs &c., Fully Stated and Argued, from Reason, Law and Policy**. Londres: S. G. Henry Twyford, 1656.

<sup>327</sup> HOBBS, Thomas. **The Leviathan**. 1660, reimpresso por OAKESHOTT, Michael, *The Leviathan*, Oxford: Blackwell, 1955. p. 89-90. Transcrição: “*For he that performeth first has no assurance that the other will perform after, because the bonds of words are too weak to bridle men’s ambition, avarice, anger, and other passions, without the fear of some coercive power*”.

<sup>328</sup> KLEIN, Benjamin, LEFFLER, Keith. The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance. **Journal of Political Economy**, v. 89, No. 4, p. 615-641, ago. 1981. p. 616.

POSNER aponta para a existência de um movimento histórico de suplantação da regulação extralegal por regulação normativa com a passagem do tempo e a institucionalização do atual Estado burocrático. O motivo para este acontecimento seria a tentativa das legislaturas de evitar ou coibir efeitos indesejados ou patológicos causados pelas normas sociais<sup>329</sup>.

Em concomitância com o aprofundamento da figura estatal, as guildas e associação de ofício paulatinamente reduziram a sua importância. A proteção do comércio passaria a ser feita por cortes estatais, diplomacia, milícias privadas ou até mesmo a guerra<sup>330</sup>.

É certo afirmar que, ao menos no Século XVIII, os comerciantes faziam trocas, mesmo de longa distância, sem estarem inscritos em uma guilda, *consulado* ou *hansa*. Contudo, isso não significa que os comerciantes passaram a comerciar num vácuo protetivo, tendo em vista que é inegável que a sua participação nestas instituições provia uma garantia de segurança física e jurídica contra o arbítrio e o crime. Como apontam GRAFE e GELDERBLOM, os comerciantes recorriam a diversas instituições para resolver um único problema, como, por exemplo, a proteção física dos bens no percurso transfronteiriço, ao passo que a combinação destas instituições resolvia múltiplos problemas. Embora estas instituições tenham sido majoritariamente dissolvidas ou alteradas em sua forma, os problemas permaneceram, motivo pelo qual, naturalmente, surgirão novas instituições para endereçá-los<sup>331</sup>.

Assim, se a estabilidade do comércio medieval era assegurada por uma combinação de guildas comerciais, instituições cívicas, feiras periódicas e novos instrumentos jurídicos, esta estabilidade continuaria sendo assegurada na Idade Moderna, mas por outros mecanismos<sup>332</sup>.

---

<sup>329</sup> POSNER, Eric. **Law and Social Norms**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 8.

<sup>330</sup> GRAFE, Regina, GELDERBLOM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. p. 481.

<sup>331</sup> GRAFE, Regina, GELDERBLOM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. p. 478.

<sup>332</sup> GRAFE, Regina, GELDERBLOM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. p. 478.

BENSON aponta também que já no início do Século XVII o movimento de estabelecimento e recurso a cortes especializadas foi atenuado com o aumento e transição desta carga para os Estados, que passaram a aplicar a *Law Merchant* em razão de vários estímulos, incluindo a intensificação deste processo nas Cortes inglesas com a submissão da autoridade e das decisões dos árbitros privados à jurisdição estatal em 1609<sup>333</sup>, com o julgamento do caso *Vynior* por Sir EDWARD COKE<sup>334</sup>.

Estas mudanças no início do Século XVII não decretaram o fim da *Law Merchant*, mas o seu processo de incorporação no restante da ordem jurídica, enquanto as cortes inglesas apresentavam uma visão mais restrita em relação à sua autonomia e procuravam desenvolver um sistema de *common law* coerente e centralizado. Na Europa Continental, o direito dos comerciantes estava sob crescente influência do Estado, mas ainda assim desenvolveu diversos mecanismos e instituições aptos a responder às necessidades contemporâneas do comércio<sup>335</sup>.

Este foi o caso do surgimento e fortalecimento de diversas associações comerciais na Idade Moderna. Elas não seriam completamente responsáveis pela garantia das transações, porquanto devem ser levadas em alta consideração a nova figura do Estado e os regramentos e institutos jurídicos mais precisos e consolidados que passariam a existir, mas certamente refletem uma evolução do sistema medieval de proteção das trocas. Novamente, a lógica da multitude de atores e instituições para resolver um único problema se aplica. Assim, as sanções informais no seio destas associações também serviriam para cumprir com a missão fundamental de todo o direito mercante, qual seja, proteger e azeitar as trocas comerciais.

A criação das associações seria naturalmente a invenção de uma utilidade pública que, naturalmente, vinha acompanhada de contrapartidas, como o pagamento de taxas e o deslocamento do poder decisório do mercante para o corpo coletivo. Não obstante, a governança das transações por meio destas organizações coletivas, incluindo não somente as

---

<sup>333</sup> BENSON, Bruce. The Spontaneous Evolution of Commercial Law. **Southern Economic Journal**, vol. 55, No. 3, p. 644-661, 1989. p. 652-653.

<sup>334</sup> SHEPPARD, Steve (ed.). **The Selected Writing and Speeches of Sir Edward Coke**. Vol. 1, Indianápolis: Liberty Fund, 2003. Esta obra complete foi disponibilizada em: <<https://oll.libertyfund.org/titles/coke-selected-writings-of-sir-edward-coke-vol-i--5>>, acessado em 25/08/2019.

<sup>335</sup> BENSON, Bruce. The Spontaneous Evolution of Commercial Law. **Southern Economic Journal**, vol. 55, No. 3, p. 644-661, 1989. p. 653.

regras, mas também as punições, agiria como um mecanismo eficiente para estabilizar as transações comerciais a elas subjacentes<sup>336</sup>.

Esse deslocamento da autonomia dos comerciantes, que não é necessariamente uma inovação das associações (porquanto já representado nas guildas medievais), pode ser entendido como uma análise implícita de custo-benefício para proteger a propriedade, executar contratos e gerir riscos comerciais. Trata-se de um *trade-off* entre autonomia e delegação típico da atividade mercantil que pode ser descrito como uma troca de poder compensada pela eficiência econômica que se confia que será gerada pela organização mercantil<sup>337</sup>.

Possivelmente a melhor representação desse movimento é a criação e desenvolvimento das *chartered companies* no início da Idade Moderna. As *chartered companies* eram naturalmente uma evolução das guildas medievais, especialmente adaptadas para o comércio marítimo de longa distância e representariam uma evolução drástica em termos de alocação de responsabilidade e organização jurídica dos negócios. Para tanto, analisamos o caso da evolução das formas jurídicas na Inglaterra.

Não era incomum que as guildas fossem registradas por meio de *incorporation charters* nas cidades em que se localizavam, como, por exemplo, a *Corporation of London* (1075) *chartered* pelo Guilherme I da Inglaterra, de forma que os *charters* não são novidade da Idade Moderna. O conceito de parceria, sociedade e *partnership* também não eram novos, porquanto possuíam raízes romanas, embora os contornos medievais tenham apresentado interessantes contornos. Não obstante, as guildas não eram uma parceria (em sentido jurídico), porquanto os membros da guilda comercializavam em próprio nome e conta, sendo uma estrutura naturalmente hierarquizada, enquanto os parceiros transacionavam por nome e conta da parceria. As mais diversas formas de parceria se desenvolveriam em paralelo às guildas e associações medievais, mas usualmente eram compostas de uma quantidade pequena de

<sup>336</sup> GRAFE, Regina, GELDERBLUM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. p. 490.

<sup>337</sup> GRAFE, Regina, GELDERBLUM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. p. 490. Transcrição: “*Merchants will surrender the freedom to conduct their own business to an organization only if adequately compensated for the loss of control with greater profits. The more control that they yield, the higher will be the compensation that they will want in return. This trade-off between autonomy and delegation is an essential characteristic of all mercantile organizations*”.

individuais, com nível técnico, educacional e *expertise* semelhantes, sendo criadas no seio de relações familiares ou laços sociais fortes, sem a tamanha orientação comercial que passariam a ter nos séculos seguintes<sup>338</sup>.

Por serem organizações altamente fundamentadas na pessoa do comerciante, as penalidades aplicáveis pelos governos locais não atingiam a figura da empresa, da guilda ou da parceria, mas aos próprios comerciantes, incluindo a sua forma mais comum consistente no aprisionamento do comerciante<sup>339</sup>.

A forma moderna das *chartered companies* (por vezes chamadas de companhias majestáticas) se desenvolve com a concessão de privilégios comerciais pelas Coroas, sobretudo o monopólio, às companhias que possuíam boas relações com a Coroa e a capacidade de explorar estas prerrogativas (raramente monopólios eram cedidos a individuais). Possivelmente o melhor exemplo histórico consiste no monopólio da comercialização de tecido pela *Merchant Adventurers*, que é uma empresa incorporada em 1407 e que alcançou proeminência internacional no Século XVI a ponto de dominar o mercado mundial de tecidos, com o apoio da Coroa Inglesa.

A *Merchant Adventurers*, conforme se extrai do seu *Charter* de 1608<sup>340</sup>, representava uma típica organização de comerciantes, cujas regras internas não se diferenciam sobremaneira das regras atuais WFDB, porquanto ambas instituições visam resolver e regular semelhantes problemas dos comerciantes.

---

<sup>338</sup> A organização da parceria na Inglaterra medieval significava uma associação informal (isto é, sem reconhecimento da sua personalidade jurídica) de indivíduos unidos para a consecução de um propósito comum que paulatinamente foi reconhecida pela *common Law*. Os parceiros transacionavam com uma base em uma conta única e eram solidariamente responsáveis pelas dívidas contraídas pelo parceiro, embora não fossem reconhecidas prerrogativas jurisdicionais ativas ou passiva, como demandar e ser demandado em juízo em nome da parceria. Isto porque a parceria era vista como composta por dois comerciantes que eram mandatários um do outro, sendo o mandato intrinsecamente pessoal e não transferível, o que implicava também a dificuldade (ou impossibilidade) de transferir a participação na parceria para terceiros. FALLIS, Alexandre. Evolution of British Forms: a Historical Perspective. ICAEW **Market Foundations**, p. 1-25, 2017. p. 7.

<sup>339</sup> FALLIS, Alexandre. Evolution of British Forms: a Historical Perspective. ICAEW **Market Foundations**, p. 1-25, 2017. p.8.

<sup>340</sup> INGLATERRA. **The Lawes, Customes and Ordinances of the ffellowshippe of Merchantes Adventurers of the Realm of England Collected and Digested into order by John Wheeler Secretarie to the said ffellowshippe**. 1608. Caput Primum, no. 1, folio 6. A transcrição pode ser encontrada em: LINGELBACH, Wiliam. **The Merchant Adventurers of England: their Laws and Ordinances, with Other Documents**. Nova Jérsei: The Lawbook Exchange Ltd., 2010.



O *Charter* já apresentava uma estrutura de governança relativamente moderna para uma organização corporativa, com um *Governor*, assistentes, *wardens* e tesoureiro exercendo funções de direção ou gerência. Os assistentes eram encarregados de aconselhar o *Governor* (“*shall giue his best aduyce and Counseill supportinge and maynteyninge the Comon weale of the ffellowshippe*”), que era encarregado de fazer cumprir o estatuto e regras da organização (“*shall Indifferently and vpringhtly execute the Statutes, Lawes and Ordinances of the said ffellowshippe*”), enquanto os *warders* eram responsáveis pela fiscalização física ou de qualidade e os tesoureiros pela fiscalização das contas. A organização congregava três categorias dos comerciantes: *drapers* (lã), *mercens* (seda) e *boothmen* (milho e grãos), assim como eram reconhecidas as categorias de aprendiz e mestre<sup>341</sup>.

Este modelo de estrutura de governança, fundada no monopólio garantido pela Coroa, era responsável pela gestão de uma das máquinas empresariais mais fortes e proeminentes da Idade Moderna, as *chartered joint stock companies*, que representavam não só o aprimoramento jurídico dos mecanismos de cessão de ações, mas também o aprimoramento econômico na repartição de riscos de empreitadas duvidosas no além-mar<sup>342</sup>.

A história da formação das *chartered joint stock companies* é bastante explorada e remete recorrentemente à necessidade de financiar as navegações por meio de capital disperso e diversificação de risco, especialmente na Holanda e representada pela Companhia das Índias Orientais, formada em 1602. No seu rol de vantagens e aprimoramentos jurídicos se encontrava a livre cessibilidade de ações e a possibilidade de distribuição dos lucros sem liquidar a companhia<sup>343</sup>.

A Companhia das Índias Orientais também apresentaria uma estrutura em dois níveis (*two-tiered*) que representaria a futura organização básica da grande empresa: em um primeiro nível, o corpo de diretores (*Court of Directors*) com responsabilidade de supervisionar as operações da empresa e apontar gestores; em um segundo nível, os gestores,

---

<sup>341</sup> LINGELBACH, Wiliam. **The Merchant Adventurers of England: their Laws and Ordinances, with Other Documents**. Nova Jérsei: The Lawbook Exchange Ltd., 2010.

<sup>342</sup> FALLIS, Alexandre. Evolution of British Forms: a Historical Perspective. ICAEW **Market Foundations**, p. 1-25, 2017. p. 9.

<sup>343</sup> FALLIS, Alexandre. Evolution of British Forms: a Historical Perspective. ICAEW **Market Foundations**, p. 1-25, 2017. p. 9.

que respondiam aos acionistas na *General Court of Proprietors*, que possui semelhanças a uma Assembleia Geral<sup>344</sup>.

A história da Companhia das Índias Orientais foi marcada pelos conflitos entre acionistas e diretores<sup>345</sup>, especialmente no início do Século XVII, sendo, inclusive, força-motriz de futuros estudos sobre conflitos de agência e o desenvolvimento da governança corporativa como quadro-teórico de estudos, sobretudo com BERLE e MEANS<sup>346</sup>.

Assim, este período se destaca pelo desenvolvimento das formas de governança interna (empresa) e intra-setorial (instituição) e, conseqüentemente, dos mecanismos sancionatórios aplicáveis ao descumprimento das regras aplicáveis aos comerciantes. A governança das instituições mercantis certamente é um dos fatores de estabilização das relações comerciais internacionais.

Estas organizações jamais possuíram uma vocação local, com as suas regras se estendendo para os mais diversos reinos e Coroas. Por exemplo, a *Merchant Adventurers* foi capaz de impedir a participação no comércio de tecidos de comerciantes localizados na Antuérpia em 1582<sup>347</sup>.

Esta intersecção entre instituições comerciais de alcance transfronteiriço ou internacional e a segurança das relações comerciais internacionais se aprofundou com estas instituições, que seriam a base do comércio internacional moderno.

---

<sup>344</sup> FALLIS, Alexandre. Evolution of British Forms: a Historical Perspective. ICAEW **Market Foundations**, p. 1-25, 2017. p. 10.

<sup>345</sup> Vide a seguinte análise detalhada dedicada somente a esta temática: DE JONGH, Mathijs. Shareholder Activism at the Dutch East India Company 1622-1625. In KOPPELL, Jonathan (ed.). **The Origins of Shareholder Advocacy**. Nova Iorque: Palgrave Macmillian, 2011.

<sup>346</sup> Entre outras obras, citamos o livro seminal: BERLE, Adolf, MEANS, Gardiner. **The Modern Corporation and Private Property**. Nova Iorque: Commerce Clearing House, 1932.

<sup>347</sup> GRAFE, Regina, GELDERBLUM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. p. 493.

## 5 ELEMENTOS BÁSICOS DAS SANÇÕES INFORMAIS REPUTACIONAIS

A seção referente à definição das sanções informais apresentou as linhas básicas de descrição deste fenômeno e a sua diferenciação em relação às sanções formais. Cumpre, agora, apresentar as características das sanções informais como forma de orientar o restante do presente trabalho. Com o objetivo de apenas ilustrar melhor o fenômeno das sanções informais, para que, então, desenvolvamos as suas ramificações jurídicas, econômicas e sociológicas na seção subsequente, a presente seção será curta e objetiva apenas aprofundar as diferenças entre sanções formais e informais e as nossas categorias de sanções informais.

Conforme apresentado nos capítulos anteriores, as sanções podem ser formais ou informais. As sanções informais abrangem duas categorias: as *sanções informais contratuais* e as *sanções informais reputacionais*. Ambas compartilham o elemento de sanções não-estatal, mas diferem fundamentalmente em relação a outros pontos, tais como a figura de imposição (o agente punitivo), o fundamento da sanção, o interesse do agente positivo, os efeitos da ameaça de uso da sanção, entre outros<sup>348</sup>.

Retomando uma vez mais, dentro das sanções informais reputacionais, apresentamos duas categorias: as sanções informais reputacionais em rede e as sanções informais reputacionais institucionalizadas. As sanções informais reputacionais em rede correspondem àquelas impostas pela coletividade não-organizada de comerciantes, ao passo que as sanções informais reputacionais institucionalizadas são aplicadas pelos órgãos de classe, organização, guilda e semelhantes, com autoridade ou capacidade para reger relações comerciais em determinado setor<sup>349</sup>.

Tendo em vista que o objeto de estudo do presente trabalho se refere justamente às sanções informais de ordem reputacional, o presente capítulo analisará somente as **sanções informais reputacionais em rede** e as **sanções informais reputacionais institucionalizadas**. Isto posto, passamos a analisar cada um destes elementos.

---

<sup>348</sup> Vide capítulo 3, item 3.6.

<sup>349</sup> Vide capítulo 3, item 3.7

## 5.1 FIGURA DE IMPOSIÇÃO

Como visto, um dos traços mais marcantes das sanções informais reputacionais é o fato de que elas não são diretamente impostas pelo Estado ou figura semelhante (como um poder central democrático ou autocrático). São aplicadas por **controladores de terceira ordem**, seguindo terminologia de ELLICKSON, sendo externas e impositivas aos comerciantes e à comunidade comerciante<sup>350</sup>.

As sanções informais reputacionais serão impostas por duas modalidades de controladores de terceira ordem. Aquelas sanções informais reputacionais em rede que derivam do julgamento deslocalizado de uma comunidade serão creditadas aos controladores de terceira ordem que fazem cumprir normas sociais. As sanções informais reputacionais institucionalizadas são impostas pelos controladores de terceira ordem na categoria de hierarquias não governamentais (as instituições e organizações comerciais em sentido amplo).

As sanções informais contratuais, por sua vez, são aquelas impostas pelos controladores de segunda ordem no âmbito de uma relação comercial. As possibilidades são amplas, porquanto estamos no reino privatista da liberdade contratual, embora estejam limitadas à figura do contrato e às suas disposições. Assim, é certo que uma cláusula penal é uma sanção informal contratual, embora, por exemplo, o repúdio de um parceiro comercial a outro, como pelo boicote, não será uma sanção informal contratual, mas sim uma sanção informal reputacional. Esta distinção é necessária para o desenvolvimento do presente trabalho, tendo em vista que é possível que reprovações informais reputacionais advinham de relações contratuais, mas isto não significa que toda sanção informal que seja relacionada a um contrato seja uma sanção informal contratual.

Embora esta distinção aparente dificuldade de aplicação, na prática isto não ocorre. Se estivermos diante da aplicação de sanção por um controlador de segunda ordem, fundamentada em uma disposição específica contratual, não teremos dúvida de que se trata de uma sanção informal contratual. Se esta sanção estiver sendo aplicada por um controlador de

---

<sup>350</sup> A divisão entre controladores de primeira, segunda e terceira ordem será explorada na seção referente a sistemas jurídicos privados. Não obstante, em apertada síntese: a ética individual (controladora de primeira ordem), as partes contratantes ou os parceiros comerciais (controladores de segunda ordem) e as normas sociais, hierarquias não governamentais e hierarquias governamentais como controladores de terceira ordem. ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 127-128.

terceira ordem, sem estar fundamentada em alguma cláusula contratual, mesmo que seja diretamente relacionada ao descumprimento de um contrato, estaremos diante de uma sanção informal reputacional.

Caso peculiar e potencialmente limítrofe consiste na sanção informal reputacional que se inicia com o próprio parceiro comercial em razão do descumprimento do contrato. Assim, um controlador de segunda ordem estaria sancionando informalmente a conduta. Entretanto, a aparente dificuldade é resolvida com a consideração de que este parceiro comercial não está atuando como controlador de segunda ordem, mas sim em sua capacidade como (participante) do controle de terceira ordem, porquanto age como um indivíduo dentro de uma coletividade que faz cumprir normas sociais e sanciona reputacionalmente os infratores. Neste caso, estaremos diante de uma sanção informal reputacional dispersa, mas não de uma sanção informal contratual.

Com efeito, um agente não pode ser um controlador de terceira ordem, porquanto o controle de terceira ordem é intrinsecamente coletivo, pertencente a figuras naturalmente colegiadas. Está localizado a uma ordem adicional de distância justamente por sua mais exacerbada exterioridade em relação ao sujeito. Dessa forma, mesmo se a reprovação ao parceiro comercial se iniciar com um controlador de segunda ordem, por meio, por exemplo, de fofoca ou *naming and shaming*, não será difícil identificar que se trata de uma sanção informal reputacional em rede que se inicia, ao invés de uma sanção informal contratual. Se este mesmo agente notificar a aplicação de uma cláusula penal, estaríamos diante de um caso distinto, em que estão sendo aplicadas sanções informais contratuais.

Outras intersecções são teoricamente possíveis, como, por exemplo, a situação em que o mecanismo de culpa individual leva um comerciante a sancionar o seu parceiro comercial.

Assim, agregando um pouco de sofisticação à discussão, não importa somente quem aplica a sanção (a **figura** de imposição), mas também em qual **capacidade** esta figura impõe a sanção e qual a **qualidade** da sanção imposta. Se o comerciante impõe a sanção como parte de uma grande rede, ele faz a sua parte como controlador de terceira ordem; se impõe uma sanção contratual distinta, apenas a um parceiro comercial, sem preocupações imediatas com reputação ou oportunidades comerciais futuras, estamos diante de uma sanção imposta

por um controlador de segunda ordem. Destarte, admitimos que uma mesma figura pode ser controladora de ordens diversas, embora a sanção que imponham seja claramente perceptível após a análise do caso concreto.

Ainda, não vislumbramos qualquer vedação para que um controlador possa impor sanções de categoriais distintas concomitantemente, como, por exemplo, o caso em que o comerciante aplica uma sanção contratual e também espalha informações negativas sobre a sua contraparte contratante a toda a rede de comerciantes, gerando uma situação em que convivem sanções informais contratuais e sanções informais reputacionais em rede. Da mesma forma, uma associação comercial pode impor uma sanção informal reputacional institucionalizada determinando a exclusão do comerciante daquela associação, gerando efeitos reputacionais diretos, alcançando a condição de sanção informal reputacional em rede.

## 5.2 OBJETO DA SANÇÃO

O bem jurídico que as sanções formais e informais almejam atingir são diversos, merecendo notas específicas sobre o tema.

Quando o Estado sanciona o comerciante, ela almeja atingir o seu patrimônio ou a sua liberdade. Estas sanções historicamente variaram do aprisionamento da figura do comerciante às penalidades mais sofisticadas como a obrigação de reverter operação econômica de concentração por infração às regras do Direito da concorrência. Em seu cerne, encontraremos estas duas categorias: liberdade e patrimônio do comerciante e patrimônio da empresa<sup>351</sup>. Se outros bens jurídicos são atingidos, eles são violados de forma lateral, residual ou não intencional.

Já as sanções informais contratuais atacam somente o patrimônio, dado que as partes contratantes não possuem à sua disposição o mesmo poder coercitivo do Estado para fazer cumprir aquilo consagrado no contrato. O patrimônio do credor responde pelas suas

---

<sup>351</sup> Seria possível reconhecer, em linhas bastante amplas e com ressalvas, a liberdade enquanto bem jurídico da própria empresa. Não gostaríamos de nos enredar nesta discussão. Se a empresa é proibida de comerciar em determinado território, por exemplo, esta “pena sobre a sua liberdade” nada mais é do que uma “pena sobre o seu patrimônio”, já que as principais consequências, senão as únicas, são econômicas. Assim, não vislumbramos necessidade de nos distanciarmos de uma visão econômica clássica patrimonial sobre a empresa neste ponto.

dívidas. Felizmente, não estamos mais em tempos de barbárie que permita licitamente a apropriação do corpo do devedor pelo credor, seja por meio de escravidão ou trabalhos forçados, embora desconfiamos que em determinados ordenamentos jurídicos essa possibilidade ainda seja real. De qualquer forma, centrando-nos na esfera das relações comerciais internacionais, lembramos que sentenças arbitrais que contrariem a ordem pública não serão reconhecidas e executadas, sendo certamente forte o argumento que um contrato que preveja a violação da liberdade da contraparte, após levado ao sistema de solução de controvérsias e julgado ao ponto de se tornar *res judicata* material, dificilmente seria reconhecido como válido. Neste ponto, torna-se um pouco mais claro o fato de que a sanção informal contratual ela é naturalmente **dependente**: ela depende da vontade da contraparte contratante para pagar voluntariamente a dívida, ou do acionamento dos mecanismos formais de solução de controvérsia para forçar o devedor a fazê-lo. Não obstante esta característica, que não incumbe aprofundarmos neste trabalho, é certo que o patrimônio é o alvo das sanções informais contratuais.

As sanções informais reputacionais, como o próprio nome indica, almeja atingir a **reputação**, que é um bem jurídico distinto do patrimônio ou da liberdade. A punição mais essencial é justamente a perda de reputação, a desvalorização da figura do comerciante (indivíduo ou empresa) em face de seus pares. Esta desvalorização certamente possui consequências econômicas e estes efeitos são os únicos diretamente auferíveis da sanção informal reputacional. O ponto central é que ela não é uma sanção sobre o patrimônio, mas uma **sanção que atinge o patrimônio por meio da reputação do agente**.

As três categorias naturalmente atingirão a reputação do agente comerciante, especialmente se forem devidamente publicizadas pelas redes de transmissão de informação. Entretanto, estamos categorizando as sanções pelo que elas **pretendem atingir** como bem jurídico. As sanções formais **pretendem** atingir liberdade e patrimônio, enquanto as sanções informais contratuais **pretendem** atingir patrimônio e as sanções informais reputacionais **pretendem** atingir a reputação.

Esta classificação também somente é válida para as **típicas** sanções formais, informais contratuais e informais reputacionais, tendo em vista que a realidade pode apresentar intersecções cuja complexidade foge ao presente trabalho e, rememorando o trecho

que epigrafa o presente trabalho, um mapa da província que fosse do tamanho da província não seria de grande utilidade, sendo necessário reduzir a complexidade da realidade para melhor estudá-la.

### 5.3 INTERESSE E FATOR GERADOR DA IMPOSIÇÃO DA SANÇÃO

Enquanto o Estado sanciona em razão do interesse público, as sanções informais são iniciadas em razão do auto-interesse dos agentes envolvidos, embora possam ser de interesse à comunidade. A divisão fundamental se concentra entre um interesse caracteristicamente coletivo (Estado) e um interesse caracteristicamente egoístico (comerciantes), sendo observada a categoria intermediária das associações comerciais que representam um interesse de uma coletividade reduzida.

Quando o agente decide punir o seu comerciante por meio de uma sanção informal contratual, o seu interesse será na continuação da relação comercial sanada dos vícios (aplicando *relationship-preserving norms*, na terminologia de BERNSTEIN), ou no seu encerramento (*end-game norms*)<sup>352</sup>. Em ambas as situações, o interesse do agente será provavelmente particular e localizado.

Já nas sanções informais reputacionais institucionalizadas, o interesse na aplicação de sanções será relativamente coletivo, pois esta coletividade é restrita aos associados e possivelmente ao restante do mercado não-associado à instituição. Não se descarta a imposição de *spiteful sanctions*, que visem somente prejudicar o agente por motivos particulares, mas, ao menos em teoria, as sanções devem observar um interesse coletivo.

Por fim, as sanções informais reputacionais em rede são diretamente relacionadas ao auto-interesse do agente que transmite a informação por meio dos seus laços fracos. Embora o início da transmissão possa ser motivado por um interesse maior do agente, como a punição por uma conduta imoral, não seria possível falar em consecução de interesse público partindo de um único agente.

---

<sup>352</sup> BERNSTEIN, Lisa. Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 144, p. 1765-1821, 1996. p. 1820.



Ainda, as quatro categorias tratadas – sanções formais, informais contratuais, informais reputacionais institucionalizadas e informais reputacionais em rede – apresentam diferentes fatores geradores típicos. O fator gerador da sanção formal é a violação de uma norma jurídica, ao passo que a sanção informal contratual pune um inadimplemento contratual, enquanto a sanção informal reputacional institucionalizada repreende à quebra de um dever estatutário e a sanção informal reputacional dispersa pune a violação de uma norma social.

#### 5.4 GARANTIAS AO SANCIONADO

Os mecanismos de imposição da sanção podem ser mais ou menos garantistas, apresentando diferentes níveis e gradações quando da aplicação da sanção. Trata-se de tema essencialmente casuístico, cuja análise é dependente da sanção concreta imposta. Não obstante, algumas linhas gerais orientativas podem ser traçadas.

Trabalhando de forma ampla para expor a ideia da presente seção, entendemos ser possível estabelecer uma linha de gradação entre as garantias inerente a uma sanção formal, informal contratual, informal reputacional institucionalizada e informal reputacional dispersa.

O Estado age internamente dentro do princípio da legalidade e a imposição de sanções formais demanda o exercício de jurisdição, seja ela Judiciária ou Administrativa (nas jurisdições duplas). Embora esta não seja uma regra universal, assume-se que o Estado impõe as sanções após superado o devido processo legal, com respeito ao contraditório, ampla defesa e outras garantias.

Quando a parte contratante notifica a parte adversa da violação de uma cláusula contratual, ou demanda o pagamento de cláusula penal, ela o faz em um primeiro momento de forma simples, por exemplo, por meio de uma simples comunicação. A depender do desenho, complexidade e sofisticação contratual, mecanismos intermediários entre a mera discussão das partes e o recurso à Justiça Estatal ou privada serão adotados, como é o caso famosos dos *Dispute Boards* na indústria da construção. Se a disputa escalar, a parte contratante naturalmente poderá recorrer à Justiça Estatal ou privada para dirimir a controvérsia, momento em que as garantias processuais serão respeitadas.



momentos, como, por exemplo, nas *hansas* flamengas com comerciantes na Inglaterra e França no Século XII, estas instituições já teriam sido desenvolvidas com o objetivo de serem aplicadas extraterritorialmente<sup>354</sup>. O Estado, por sua vez, é uma figura cujo poder emana e prevalece sobretudo dentro das suas próprias fronteiras.

Em um exemplo mais moderno, a WFDB possui regras que naturalmente se estendem extraterritorialmente, porquanto se aplicam às bolsas afiliadas, que são associações localizadas em diversos países<sup>355</sup>. Para que este sistema fosse eficiente em fazer cumprir as suas disposições mesmo fora do seu território de origem, foi necessária a combinação histórica de mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias e sanções reputacionais, que serão exploradas nos capítulos subsequentes.

As sanções formais, por sua vez, conquanto adstritas à figura do Estado, são natural e necessariamente territoriais, posto que o Estado é essencialmente uma figura territorial. A aplicação de suas disposições o fazer valer o seu Direito – *jurisdictio* – são elementos caracteristicamente nacionais, de tal forma que a aplicação de regras de uma jurisdição a outra é excepcional.

No outro lado do espectro, as sanções informais não são particularmente adstritas a um território ou ordenamento jurídico. A lição sobre a evolução da *lex mercatoria* é necessariamente um ensinamento de quão internacionais são as relações comerciais. As lições arbitralistas modernas, das quais emprestamos a famosa construção de GAILLARD acerca da formação de uma ordem pública transnacional<sup>356</sup>, revelam o quão persistente é a noção de a-territorialidade, a-nacionalidade e deslocalização das relações comerciais internacionais.

Este elevado nível de internacionalidade pode ser relacionado a dois elementos: o seu conteúdo ou as suas fontes. Em relação ao conteúdo, as regras comerciais seriam substantivamente a-nacionais como forma de acomodar as necessidades históricas deste

---

<sup>354</sup> GRAFE, Regina, GELDERBLOM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. p. 478.

<sup>355</sup> ESTADOS UNIDOS. **World Federation of Diamon Bourses By-Laws**. 2016. Artigo 2.

<sup>356</sup> Notavelmente desenvolvida nos seguintes escritos: GAILLARD, Emmanuel. Aspects Philosophiques du Droit de l'Arbitragem International. **Récueil des cours**, No. 329, p. 49-216, 2007; GAILLARD, Emmanuel. Transational Law: a Legal System or a Method of Decision Making? **Arbitration International**, v. 17, No. 1, p. 59-71, 2001; GAILLARD, Emmanuel. L'Ordre Juridique Arbitral: Réalité, Utilité et Specifiité. **McGill Law Journal**, vol. 55, p. 891-907, 2000.

comércio que transcende fronteiras, representando não somente flexibilidade, mas também instrumentos de proteção que sejam acionáveis fora de um sistema jurídico específico. Em relação às fontes, a explicação para a internacionalidade residiria no fato de que as relações comerciais internacionais não são reguladas por um único ordenamento jurídico, estando sujeitas a uma pluralidade de regulações locais e internacionais. Em ambos os casos, a explicação fundamental reside na incapacidade dos ordenamentos jurídicos nacionais regularem individualmente as relações comerciais internacionais<sup>357</sup>.

Vejamos que isto não significa afirmar que as sanções informais são necessariamente internacionais. Ora, as sanções informais relacionadas a contratos internacionais também são internacionais por definição. Não obstante, existirão sanções informais mesmo em relacionamentos comerciais localizados exclusivamente em uma única jurisdição, sem qualquer elemento de estraneidade. O ponto fundamental é que as sanções informais **podem e recorrentemente** são internacionais ou extraterritoriais, ou, ao menos, não apresentam uma inadequação quando aplicadas de forma transfronteiriça.

Neste ponto, vislumbramos uma incomum aproximação entre as sanções informais contratuais ínsitas a contratos internacionais e as sanções informais reputacionais institucionalizadas, já que a arbitragem comercial internacional é compartilhada por estas duas categorias como mecanismos favorito de execução das sanções. Ademais, sendo o contrato internacional, as sanções que dele decorrem compartilham um elemento de estraneidade e recorrentemente, embora não obrigatoriamente, de extraterritorialidade. As sanções informais reputacionais institucionalizadas, dada a natureza internacional de parte significativa das instituições comerciais, que estão preocupadas em regular o comércio ou o setor, independentemente de fronteiras, reforçam a extraterritorialidade deste fenômeno.

Vejamos, à guisa de ilustração, as listas de *naming and shaming* da ICA e GAFTA<sup>358</sup> que são produzidas para circularem internacionalmente para que sejam vistas pelos agentes do mercado, representando sanções informais reputacionais institucionalizadas que refletem essa vocação universalista das instituições organizações comerciais.

---

<sup>357</sup> GAILLARD, Emmanuel. Transnational Law: a Legal System or a Method of Decision Making? **Arbitration International**, v. 17, No. 1, p. 59-71, 2001. p. 61.

<sup>358</sup> Ambas as listas, assim como o processo para inclusão de nomes na lista, são objetos de análise apartada na seção subsequente, assim como são abordados individualmente na seção referente às categorias mais comuns de sanção informal.

Já nas sanções informais reputacionais em rede o elemento de estraneidade não é tão relevante, embora possa estar presente. Sendo sanções essencialmente transmitidas pelos canais de transmissão de informação mais básicos, como contato pessoal, e sendo conduzidas pelos laços fracos, a estraneidade da sanção informal reputacional em rede não está somente atrelada à estraneidade da relação comercial a ela subjacente, mas também à necessidade e capacidade de transmissão dessa informação por mecanismos transfronteiriços. Estas sanções difusas não são marcadas pela sua territorialidade, assim como não são caracteristicamente internacionais por natureza, compondo uma categoria intermediária em razão da dificuldade de transmissão eficiente e fiel da informação por meio de laços fracos. Serão elementos extraterritoriais se e quando os laços fracos forem estabelecidos o suficiente para que a informação seja carregada por diversas fronteiras. Considerando a evolução das tecnologias de comunicação, esta assunção não está longe da realidade comercial.

Com relação à execução das sanções, cada uma das categorias de sanção utiliza mecanismos específicos para fazer cumprir as suas penalidades, embora eles se inter-relacionem e sejam aplicáveis a mais de uma categoria ao mesmo tempo.

Em primeiro lugar, o *enforcement* das sanções formais e das sanções informais contratuais é semelhante, porquanto o Estado e as partes contratuais, respectivamente, podem recorrer à Justiça Estatal ou privada para fazer cumprir as sanções.

As sanções informais reputacionais institucionalizadas, por sua vez, também apresentam a possibilidade dos agentes recorrerem à Justiça Estatal, embora a arbitragem seja absolutamente mais recorrente, em especial nos exemplos mais claros de sistemas jurídicos privados (analisados na seção seguinte).

Por fim, o *enforcement* das sanções informais reputacionais em rede não é nada além da figura do próprio agente que transmite a informação para os seus laços fracos, sendo uma auto-execução ou autotutela da penalidade a ser aplicada.

## 5.6 CATEGORIAS MAIS COMUNS DAS SANÇÕES INFORMAIS REPUTACIONAIS

Por fim, encerramos esta seção que introduz a temática das sanções reputacionais em termos mais concretos com exemplos históricos que denotam características de cada uma das categorias abordadas.

Sendo o comércio altamente fundamentado na figura do comerciante individual durante praticamente toda história comercial pré-capitalista, as sanções aplicadas ao comerciante necessariamente refletiam a necessidade de impedir, ou limitar, o acesso de certo agente ao mercado. Em tempos mais rudimentares, isto podia significar o aprisionamento do comerciante que praticasse atividades ilícitas – momento em que recorrentemente ocorria o atingimento da liberdade e patrimônio do comerciante por mecanismos formais e informais indiscriminadamente<sup>359</sup>.

A perda de futuras oportunidades comerciais é certamente a principal consequência negativa ao comerciante que sofre sanções informais. A inexecução de um acordo comercial não somente prejudica o parceiro comercial direto, mas impacta todos os seus potenciais parceiros, dada a transmissão desta informação sobre reputação ao restante da comunidade<sup>360</sup>.

Este efeito nas demais relações comerciais – presentes e futuras – foi objeto de considerações de parte considerável da literatura analisada neste trabalho, em especial MACAULAY (como precursor)<sup>361</sup>, LISA BERNSTEIN e ERIC POSNER (pela profundidade)<sup>362</sup>, SCOTT (pela diversidade de aproximação do tema)<sup>363</sup>.

O argumento central destes autores e central ao presente trabalho é que a sanção informal reputacional atua de forma a reduzir a importância da sombra do futuro, desestimular

---

<sup>359</sup> FALLIS, Alexandre. Evolution of British Forms: a Historical Perspective. ICAEW **Market Foundations**, p. 1-25, 2017. p.8.

<sup>360</sup> ERP, Judith van. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. **Erasmus Law Review**, vol. 1, No. 5, p. 145-162, 2009. p. 155; BAKER, Scott; CHOI, Albert. Crowding In: How Formal Sanctions can Facilitate Informal Sanctions. **UCLA Law and Economics Workshop Fall 2013/Spring 2014**, p. 1-39, 2014. p. 10.

<sup>361</sup> MACAULAY, Stewart. Non-Contractual Relations in Business: a Preliminary Study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, fev/1963.

<sup>362</sup> POSNER, Eric. **Law and Social Norms**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

<sup>363</sup> Cf. SCOTT, Robert. Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts. **California Law Review**, vol. 75, p. 2005-2054, 1987; GILSON, Ronald, SABEL, Charles, SCOTT, Robert. Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine. **Stanford Law and Economics Olin Working Paper**, No. 389, p. 1-75, jan/2010.

a cooperação com o agente recalcitrante e, por consequência, encarecer o seu negócio e/ou diminuir as suas opções comerciais, ao menos num futuro próximo.

Isto posto, incumbe a esta seção apenas apontar exemplos práticos de casos em que estas sanções informais que atingem diretamente as oportunidades comerciais, tais como *gossiping*, *blacklisting*, *naming and shaming*, ostracismo, exposição, e a mais básica – recusa em continuar comerciando - foram aplicadas a comerciantes.

Poucos são os casos em que é possível apontar na Idade Média, com certa precisão, que uma sanção informal de recusa em continuar comerciando tenha restado comprovada. Não obstante, foi possível localizar o caso do comerciante Lucas, em 1292, na feira de Lynn (atual região de Norfolk, Reino Unido). Lucas alegadamente saiu de forma sub-reptícia da feira de Lynn devendo 31 *pounds* em razão de mercadorias adquiridas. Quando constatado, Lucas foi chamado para aparecer perante uma corte de comerciantes para se explicar, tendo se recusado a fazê-lo. Lucas teria fugido para Saint Botolph, Lincoln, Hull e seria encontrado em Londres. Por pressão dos demais comerciantes, Lucas teria sido aprisionado na *Tower of London*, sendo solto por *habeas corpus* do Rei. Contudo, os demais mercadores teriam se negado a comerciar com Lucas até que a dívida fosse paga<sup>364</sup>.

A recusa em aceitar o comerciante novamente na instituição, por sua vez, é uma instância muito mais comum nas instituições comerciais. Para ilustrar este ponto, apresentamos transcrição do *Charter da Merchant Adventurers* (1608), de Londres, que impedia a aceitação de comerciantes que tenham sido declarados falidos, cometido crimes ou que fossem considerados infames<sup>365</sup>.

---

<sup>364</sup> Caso reportado em BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 342; e HILTON, Choi. **Emergent Globalization: a New Triad of Business Systems**. Nova Iorque: Springer, 2004. p. 35.

<sup>365</sup> INGLATERRA. **The Lawes, Customes and Ordinances of the ffellowshippe of Merchantes Adventurers of the Realm of England Collected and Digested into order by John Wheeler Secretarie to the said ffellowshippe**. 1608. Caput Primum, no. 1, folio 4, No. 1. A transcrição pode ser encontrada em: LINGELBACH, Op. cit. Transcrição: “*No bankrupt or other Infamous persone or iustly attainted or suspected of anie notorious Cryme shalbe Chosen to anie Office of Government in Court or shalbe Assistant or Associate in this ffellowshippe. And to the Intent that suche persons may bee the better knowen, there shalbe once a year diligent enquire made and notice taken of all that shall Bankrupt, or Comitt anie notorious offence and Cryme and yf anie bee found their names shalbe written in a table and publikely hunge up to the view of euerie one.*”

O isolamento do comerciante da comunidade comercial, que muitas vezes também corresponde ao seu círculo social, é uma das consequências comuns da aplicação de outras sanções informais, embora seja possível apresentar situações em que o isolamento é a própria punição ao agente<sup>366</sup>. Por outro lado, este isolamento é dificilmente replicável em sanções formais. Em particular, a vergonha é uma consequência peculiarmente difícil de ser emulada por Lei, sendo facilmente acessíveis aos mecanismos informais de sancionamento. As sanções informais reputacionais possuem uma capacidade muito superior de emular figuras próximas às próprias relações sociais, porquanto elas estão intrinsecamente incrustadas nos níveis sociais mais profundos<sup>367</sup>.

Possivelmente um dos exemplos mais clássicos sobre a função do *gossiping* enquanto sanção informal que determina a probabilidade de negócios futuros a determinado comerciante consiste na análise das comunidades comerciantes do Magreb. Descreve a literatura em diferentes oportunidades<sup>368</sup> que estes comerciantes desenvolveram informalmente um mecanismo reputacional de exclusão por meio da humilhação dos maus comerciantes. Sendo uma comunidade de identidade judaica relativamente homogênea, os comerciantes enfrentavam um problema comum: o comércio de longa distância por meio de intermediários. Ausente qualquer mecanismo formal de controle, como contratos ou cortes, estes comerciantes largamente desenvolveram um sistema exclusivamente reputacional para excluir os agentes que intermediassem incorretamente as operações ou que se apropriassem indevidamente do dinheiro ou das mercadorias das transações. Este sistema era justamente consistente na impossibilidade do agente que traísse voltasse a comerciar com qualquer um dos demais judeus do Magreb, já que a informação da traição percorria rapidamente as redes

---

<sup>366</sup> Com efeito, parte significativa da literatura mais recente sobre o tema já traça as suas considerações com base na premissa de que sanções informais afetam reputação e, conseqüentemente, influenciam as possibilidades de transações futuras. Cf GILSON, Ronald, SABEL, Charles, SCOTT, Robert. Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine. **Stanford Law and Economics Olin Working Paper**, No. 389, p. 1-75, jan/2010.

<sup>367</sup> ERP, Judith van. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. **Erasmus Law Review**, vol. 1, No. 5, p. 145-162, 2009. p. 157.

<sup>368</sup> Podemos citar ao menos as seguintes referências diretas à constituição desta comunidades: GREIF, Avner. Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade: The Maghribi Trades' Coalition. **American Economic Review**, vol. 83, No. 3, p. 525-548, jun/1993; GREIF, Avner. Reputation and Coalitions in Medieval Trade: Evidence of the Maghribi Traders. *The Journal of Economic History*, Vol. 49, No. 4, p. 857-882, dez/1989; BOTSMAN, Rachel. **Who can you Trust? How Technology Brought us Together and Why it Might Drive us Apart**. Nova Iorque: Penguin Books, 2017. p. 11-12; RICHMAN, Op. cit., p. 2334.



de transmissão de informação destes comerciantes. Esta punição era suficiente para alargar a sombra do futuro mesmo a longas distâncias, já que significava a exclusão de muitas oportunidades comerciais no futuro. Sendo larga a sombra do futuro, mesmo se gigantesca a distância, dificilmente o agente apresentaria comportamento puramente egoístico, pois, ao menos, faria um cálculo de custo-benefício antes de decidir trair a parte representada, usualmente chegando à conclusão de que os custos em oportunidades futuras não eram compensados pelos benefícios do curto prazo providenciados pela traição<sup>369</sup>.

Exemplo de *gossiping* moldando relações jurídicas pode ser encontrado na recente análise de BERNSTEIN sobre os *Master Supply Agreements* da indústria americana de peças do centro-oeste. Afirma a autora nesta obra, embora o argumento esteja presente em suas demais análises, que as partes contratantes possuem fortes incentivos para não descumprir o contrato ou, caso o descumpram, para não acionar o sistema de solução de controvérsias por medo de perdas reputacionais. Em especial, este tipo de informação circula demasiadamente rápido e os agentes do mercado entendem ser desejável não construir uma reputação por processar os seus parceiros comerciais, receando a diminuição de oportunidades comerciais futuras<sup>370</sup>.

Um dos exemplos mais antigos da aplicação recorrente de sanções informais reputacionais de expulsão ou exclusão ocorria nas Feiras de Champagne, capitaneadas pelos duques das cidades de Bar-sur-Aube, Lagny, Provins e Troyes. As punições dentro dos ambientes das feiras eram aplicadas pelos *fair wardens*, encarregados de organizar e decidir disputas nas feiras, com relativa autonomia dos condes locais. Em mais de uma ocasião, os *fair wardens* ameaçaram punir os comerciantes das feiras em razão de confiscos de mercadoria ocorrido no percurso (usualmente da Itália ou Flandres) até a região de Champagne com a expulsão de todos os demais comerciantes da mesma nacionalidade das próximas feiras<sup>371</sup>.

*Blacklisting*, por sua vez, pode ocorrer em uma pletera de situações e setores diferentes. Para exemplificar o ponto, recorreremos ao exemplo do estudo seminal de

---

<sup>369</sup> GREIF, Avner. Reputation and Coalitions in Medieval Trade: Evidence of the Maghribi Traders. *The Journal of Economic History*, Vol. 49, No. 4, p. 857-882, dez/1989. p. 868.

<sup>370</sup> BERNSTEIN, Lisa. Beyond Relational Contracts Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts. *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, No. 742, p. 1-71, 2016. p. 11.

<sup>371</sup> EDWARDS, Jeremy, OGILVIE, Sheilagh. What Lessons for Economic Development Can We Draw from the Champagne Fairs? *CESifo Working Paper Series*, No. 3438, p. 1-51, 2011. p. 4.

MACAULAY que aponta os receios reputacionais dos fabricantes dos Wisconsin. Aponta o autor que o *blacklisting* pode ser formal, *e. g.*, com a inscrição de um mau pagador nos órgãos de proteção de crédito, ou informal, por meio da circulação de informação sobre a sua reputação nos círculos sociais dos principais agentes do mercado<sup>372</sup>.

A expulsão da associação pelo cometimento de ilícitos contra a Lei ou os interesses da associação é uma sanção informal replicada em uma pletera de documentos associativos apresentados durante o presente trabalho. Exemplos incluem a *Merchant Adventurers* (1608) com a possibilidade de expulsão do membro por diversas ofensas, incluindo meramente se ausentar do local de comércio sem autorização da associação<sup>373</sup>. Em especial, exemplo interessante na escala de punições de uma associação comercial consiste neste mesmo Estatuto da *Merchant Adventurers* (1608) de Londres, que previa o pagamento de 100 *pounds sterlinge* pela primeira ofensa, 200 pela segunda, 300 pelas seguintes e, caso o corpo do comerciante fosse encontrado, ele deveria ser preso até que satisfizesse as penalidades impostas, sendo que o processo culminava, ao final, com a expulsão permanente do membro recalcitrante<sup>374</sup>.

---

<sup>372</sup> MACAULAY, Stewart. Non-Contractual Relations in Business: a Preliminary Study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, fev/1963. p. 61-62. Transcrição: “*Not only do particular business units in a given exchange want to deal with each other again, they also want to deal with other business units in the future. And the way one behaves in a particular transaction, or a series of transactions, will color his general business reputation. Blacklisting can be formal or informal. Buyers who fail to pay the bills on time risk a bad report in credit rating services such as Dun and Bradstreet. Sellers who do not satisfy their customers become the subject of discussion in the gossip exchanged by purchasing agents and salesmen, at meetings of purchasing agents’ associations and trade associations, or even at country clubs or social gatherings where members of top management meet. The American male’s habit of debating the merits of new cars carries over to industrial items. Obviously, a poor reputation does not help a firm make sales and may force it to offer great price discounts or added services to remain in business. Furthermore, the habits of unusually demanding buyers become known and they tend to get no more than they can coerce out of suppliers who choose to deal with them. Thus often contract is not needed and there are alternatives*”.

<sup>373</sup> INGLATERRA. **The Lawes, Customes and Ordinances of the ffellowshippe of Merchantes Adventurers of the Realm of England Collected and Digested into order by John Wheeler Secretarie to the said ffellowshippe**. 1608. Caput Primum, no. 1, folio 8. A transcrição pode ser encontrada em: LINGELBACH, Wiliam. **The Merchant Adventurers of England: their Laws and Ordinances, with Other Documents**. Nova Jérsei: The Lawbook Exchange Ltd., 2010. Transcrição: “[...] *neither shall he or they depart the Towne or place where suche busynes ys to bee donne without licence of Court*”.

<sup>374</sup> INGLATERRA. **The Lawes, Customes and Ordinances of the ffellowshippe of Merchantes Adventurers of the Realm of England Collected and Digested into order by John Wheeler Secretarie to the said ffellowshippe**. 1608. Caput Primum, no. 1, folio 6. A transcrição pode ser encontrada em: LINGELBACH, Wiliam. **The Merchant Adventurers of England: their Laws and Ordinances, with Other Documents**. Nova Jérsei: The Lawbook Exchange Ltd., 2010.

Uma interessante lista da intersecção entre mecanismos de *shaming* e a atuação estatal pode ser encontrada em ERP. A autora cita cinco exemplos de regulação formal, na União Europeia, com efeitos semelhantes às listas de inadimplentes das associações comerciais. São estes os exemplos: (i) no Reino Unido, é mantida uma lista de empresas que descumpriram as diretivas da *British Health and Safety Executive*; (ii) a autoridade holandesa para o mercado financeiro apresenta avisos periódicos com nomes de empresas consideradas inseguras para emissão de títulos mobiliários, orientando os potenciais investidores a não negociar estes valores; (iii) uma diretiva europeia determina a inscrição de empresas poluidoras no cadastro europeu de poluidores; (iv) a Comissão Europeia mantém uma lista de linhas aéreas consideradas inseguras e não autorizadas a operar na União Europeia; e (v) a Dinamarca e o Reino Unido mantêm uma política de pontuação, a ser afixada na porta dos restaurantes, indicando o cumprimento da empresa com padrões de higiene e segurança alimentar<sup>375</sup>.

Estes exemplos não implicam na inexistência de diversas outras modalidades de sanção. Por exemplo, as sanções aplicadas pela Igreja Católica seguem uma lógica diversa. Em um imbróglio medieval bastante peculiar, o Conde Thibaut le Chansonnier, também conhecido como Theobaldo I de Navarra, se viu ameaçado de excomunhão pela Igreja Católica por não adimplir com uma prestação contratual, no meio do Século XIII. Theobaldo I acumulou uma pleora de dívidas durante a sua vida, como resultado de suas empreitadas, como a Cruzada dos Barões. Contudo, foi uma dívida contraída em relação a alguns comerciantes romanos, em uma das Feiras de Champagne, que levou, inclusive, ao Papa Inocente IV se pronunciar a favor dos comerciantes, após pressão exercida pelos comerciantes na figura papal. Em 1249, um concílio episcopal local teria ordenado a sua excomunhão (expulsão da Igreja Católica e impossibilidade de ingressar no Reino dos Céus), sentença que teria sido revertida em 1249 por uma bula papal, alegando que a excomunhão de Reis ou Condes era matéria de competência exclusiva do Vaticano e não poderia ser decidida em nível local. A dívida seria eventualmente saldada em 1258, pelo sucessor de Theobaldo<sup>376</sup>.

---

<sup>375</sup> ERP, Judith van. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. *Erasmus Law Review*, vol. 1, No. 5, p. 145-162, 2009. p. 147.

<sup>376</sup> História descrita em BOURQUELOT, Félix. *Études sur les Foires du Champagne, sur la Nature, l'Étendue et les Règles du Commerce qui s'y Faisait aux XIIe, XIIIe et XIVe siècles*. Paris: Mémoires présentés par divers savants étrangers à l'Académie, 1865. p. 184.

Em uma nota triste, não podemos olvidar que o *poder de punir envolve o poder de destruir*. Destruição, neste caso, pode ser tomada em sua literalidade. Rememoramos como FOCAULT inicia a sua magna obra citando uma punição por suplício. Embora não seja uma temática comercial, os suplícios representam um caso de firme intersecção entre uma categoria formal sancionatória e fortíssimos efeitos reputacionais. Práticas de exposição pública de agentes considerados criminosos, tortura e suplício dominaram a história humana até, ao menos, o século XVIII. Embora o suplício fuja à temática comercial, algumas linhas sobre a sua utilização serão traçadas, tendo em vista o seu fortíssimo caráter reputacional.

FOCAULT inicia a sua obra magna descrevendo a punição de Robert-François Damiens, em 1757, em razão da sua tentativa de assassinar o Rei Luís XV. Diante da intenção regicida, era interesse do Rei infligir o mais sofrimento possível ao condenado; a descrição da punição é bastante gráfica e envolve um processo de tortura pública. Descreve o autor que o suplício é a pena que se proscree ao corpo do condenado para que ele seja publicamente humilhado. O corpo como principal objeto de repreensão penal foi paulatinamente substituído pelas penas mais “humanizadas”. O suplício possui a função primordial de “purgar” o crime, não de reconciliar o criminoso com a sociedade. A liturgia do suplício seria marcada por duas exigências: para a vítima, a punição deve ser marcante; para a administração da Justiça, a punição seria o triunfo da moralidade e civilidade sobre a brutalidade. Em diversos sistemas jurídicos, a punição apresentava para a sociedade o resultado final de todo o processo de julgamento, que era recorrentemente mantido em segredo com relação à sociedade e ao acusado. O público é um dos personagens do suplício, testemunho e garantidor da execução da pena; ao revés, era necessário ensinar ao público que a pena devia ser temida e que a punição seria direta e dolorosa<sup>377</sup>.

Estes aspectos de publicização da violência e divulgação dos resultados do processo sancionatório visavam desincentivar a reiteração da conduta infringente por meio da propagação do medo. No caso, o terror se espalharia em relação às consequências físicas das ações infringentes, tendo em vista que a pena era paga com o próprio corpo do condenado. Infelizmente, a prática de suplícios revela a natureza das penas que afetam o corpo do condenado. Neste tipo de punição, a publicidade é parte indissociável do processo punitivo, de

---

<sup>377</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – História da violência nas prisões*. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 3, 37, 74-75.

tal forma que suplício particular, ou às escondidas, pouco se assemelha à sua prática em praça aberta<sup>378</sup>. Os detalhes da punição ao corpo de Damiens, descritos por FOUCAULT com grande acurácia, devem ser deixados de lado por representarem uma brutalidade tamanha que não se relaciona com o presente trabalho.

---

<sup>378</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – História da violência nas prisões*. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 75-76.

## 6 AS REDES DE TRANSMISSÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE REPUTAÇÃO

Nas seções anteriores, buscou-se estabelecer um panorama geral sobre os aspectos básicos das sanções informais reputacionais. A partir de agora, avançaremos na discussão para traçar considerações mais aprofundadas sobre o tema. Neste trabalho, buscaremos compreender os principais aspectos jurídicos e econômicos deste fenômeno. Para começarmos a nos enredar sobre o tema com profundidade, cumpre primeiro esclarecer a linha-mestra teórica de orientação para compreensão do fenômeno – a teoria das redes – em detalhes, incluindo as nossas considerações e o nosso sistema dinâmico de transmissão de informação sobre a reputação.

### 6.1 AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DAS REDES – *SCALE-FREE POWER LAW SOCIAL NETWORKS*

Recentes desenvolvimentos na teoria das redes jogaram luz sobre a construção e funcionamento de redes de comunicação, com aplicações diretas para as redes de comerciantes. Em especial, o modelo de sobrevivência (*fitness model*), as noções de clusterização (*clusterization*) e conexões preferenciais (*preferential attachment*) são passíveis de utilização em nosso modelo teórico das sanções informais.

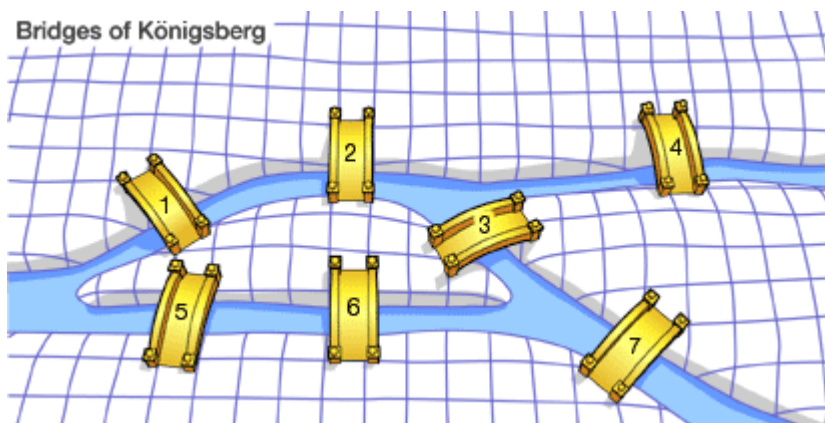
As raízes mais antigas da teoria das redes podem ser traçadas à famosa construção de EULER, em 1736, acerca das sete pontes de Königsberg. A questão inicial era se seria possível cruzar as sete pontes da cidade de uma única vez, sem cruzar duas vezes a mesma ponte. EULER não somente provou que o problema não possuía nenhuma solução, mas configurou um panorama teórico que eventualmente se traduziria na teoria dos gráficos e na representação matemática da topologia. A solução em termos formais matemáticos seria apresentada em 1735 e publicada como artigo científico em 1741. A sua visualização de todo

o problema como composto por nodos (*nodes*) e vértices (*links*), descrevendo a situação em formato de gráfico, estabeleceria as bases da teoria dos gráficos e das redes<sup>379</sup>.

Esta abstração da realidade em categorias foi justamente a principal contribuição de EULER na resolução do exercício das sete pontes de Königsberg. Isto porque a solução para o problema – verificar que as condições do problema eram impossíveis – poderia até ser considerada trivial, pois uma mera tentativa-e-erro de cada uma das pontes levaria à mesma conclusão de EULER. A sua inovação foi justamente abstrair a realidade em um modelo teórico que enxergava somente as pontes que conectavam os nodos, os próprios nodos e a direção de suas conexões e, a partir deste modelo, resolver o problema.

A representação clássica das pontes pode ser feita da seguinte forma:

**Gráfico 1 - As sete pontes de Königsberg<sup>380</sup>**

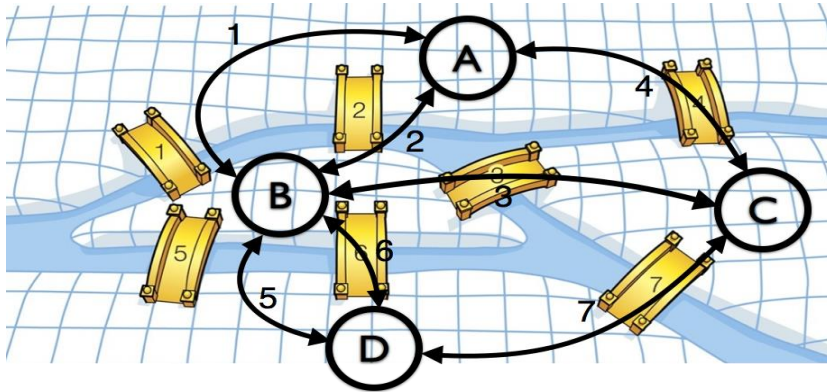


O seguinte gráfico ilustra a impossibilidade de resolver o problema nas condições propostas (uma caminhada de EULER):

<sup>379</sup> BARABÁSI, Albert-László, **Linked: the New Science of Networks**. Cambridge: Perseus Publishing, 2002. p. 11.

<sup>380</sup> Imagem disponível na Encyclopedia Britannica: <https://www.britannica.com/science/Konigsberg-bridge-problem>. Acesso em: 21 Nov. 2019.

**Gráfico 2 - Caminhos Eulerianos nas sete pontes de Königsberg<sup>381</sup>**



A literatura de teoria das redes evoluiria substancialmente do ponto de vista matemático até uma diversificação de temas que começaria no século XX, incluindo o estudo das redes sociais dentro do âmbito da teoria das redes a partir da década de 1960 e o estudo fundante de GRANOVETTER<sup>382</sup>.

Neste íterim, o trabalho de MILGRAM ficou particularmente popular com a famosa formulação dos seis graus de separação<sup>383</sup>. A empiria inovadora do autor mostrou que o mundo era menor e mais conectado do que se imaginava, que cada indivíduo possuía um número grande de conexões e que, mesmo com as conexões se intercruzando e eliminando, era necessário, na média, um número muito baixo de conexões para quaisquer dois indivíduos se conectassem. Embora o autor não tenha usado o termo seis graus de separação, este seria consagrado décadas depois e apresentaria um predecessor interessante e, sobretudo, uma demonstração forte do quão conectados estão os indivíduos na sociedade.

De interesse para o nosso trabalho é o trabalho bem mais recente de BARABÁSI e ALBERT (1999) sobre teoria das redes e a sua demonstração de que as redes sociais seguiam um racional e construção diferente do esperado<sup>384</sup>.

<sup>381</sup> Imagem meramente ilustrativa encontrada em: <https://www.google.com/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=images&cd=&ved=2ahUKEwiQ4tP65PzIAhUDK7kGHTtJDCUQjB16BAgBEAM&url=http%3A%2F%2Ftownandcountrypetcareinc.com%2Fseven-bridges-of-konigsberg-key%2F&psig=AOvVaw2KGo3-YW0vbH5LlrZs0QZm&ust=1574476072353857>. Acesso em 21 Nov 2019.

<sup>382</sup> GRANOVETTER, Mark. The Strength of Weak Ties. *The American Journal of Sociology*, v. 78, No. 6, p. 1360-1380, maio/1973.

<sup>383</sup> MILGRAM, Stanley. The Small-World Problem. *Psychology Today*, vol. 1, No. 1, p. 61-67, maio/1967.

<sup>384</sup> A referência original é: BARABÁSI, Albert-László, ALBERT, Réka. Emergence of Scaling in Random Networks. *Science*, vol. 286, p. 509-512, out/1999.



Menciona BARABÁSI que o trabalho de ERDŐS e RÉNYI<sup>385</sup> em 1959 desenvolveu a ideia de que sistemas complexos eram conectados de forma aleatória, seguindo a chamada distribuição de POISSON<sup>386</sup>. A distribuição de POISSON se refere a eventos independentes que ocorrem dentro de um período de tempo, cuja ocorrência é constante (na média), de forma que a probabilidade de ocorrência do evento é proporcional à extensão do tempo de análise. Em suma, trata-se da distribuição estatística normal de eventos independentes em determinado período de tempo. Como consequência desta distribuição independente, todos os nodos em uma rede possuiriam aproximadamente o mesmo número de vértices ou conexões. Seria exponencialmente raro encontrar nodos que desviassem da distribuição normal.

BARABÁSI notou que as redes na *World Wide Web* não seguiam uma distribuição normal de POISSON, uma *bell curve*, mas sim uma regra de potência (*power law*). A regra de potência determina que a mudança de uma quantidade causa um resultado relativamente proporcional em outra quantidade, mas de forma exponencial. Por exemplo, a área dos quadrados segue uma regra de potência, pois dobrar um lado resulta em quadruplicar a área do quadrado. No contexto da internet, como a curva da distribuição de POISSON decai do seu topo de forma exponencial, seria esperado que apenas um número extremamente limitado de nós estaria muito conectado ou muito pouco conectado. BARABÁSI empiricamente demonstrou que seria correto esperar que um número mais elevado de nodos estaria altamente conectado, assim como um número mais elevado de nodos estaria muito pouco conectado, pois a curva decai do seu topo de forma reduzida<sup>387</sup>.

A diferença entre as duas regras de distribuição é ilustrada da seguinte forma:

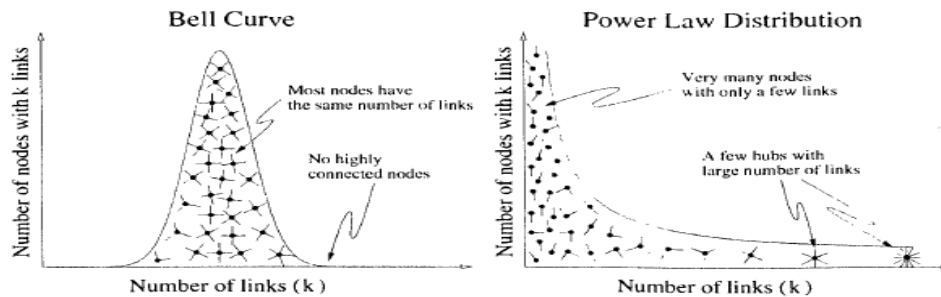
---

<sup>385</sup> ERDŐS, Paul, RÉNYI, Alfréd. On Random Graphs. **Publicationes Mathematicae**, vol. 6, p. 290-297, 1959.

<sup>386</sup> Nomeada em homenagem ao matemático SIMÉON DENIS POISSON, que desde o século XIX desenvolveu estatisticamente este modelo, vide HAIGHT, Frank. **Handbook of the Poisson distribution**. Nova Iorque: John Willey and Sons, 1967.

<sup>387</sup> BARABÁSI, Albert-László. Network Science. **Philosophical Transactions of the Royal Society**, vol. 371, p. 1-3, 2012. p. 1-2.

**Gráfico 3 - Distribuição normal e regra de potência<sup>388</sup>**



BARABÁSI iniciou o seu estudo estimando o número de domínios com terminação correspondente à Universidade de Notre Dame (ndu.edu), alcançando o número de 300.000 documentos. Na média, o caminho percorrido entre duas conexões na *web* percorria 11 nodos. Estimavam que, em 1999, a *web* já tinha mais de 1 bilhão de conexões. A equipe iniciou a análise com redes menores, de 1000 e 10.000 nodos, calculando a distância média nodo-a-nodo. Os resultados indicaram que a separação entre os nodos cresceu de forma muito inferior àquela estimada pela distribuição normal, seguindo uma expressão matemática que denotava uma regra de potência, alcançando uma média de 19 conexões (ou 19 graus de separação)<sup>389</sup>.

De forma ilustrativa, para cada nodo  $n$  é possível alcançar  $k^1$  conexões a um grau de distância, enquanto alcança  $k^2$  conexões a dois graus de distância,  $k^3$  conexões a três graus de distância e  $k^n$  conexões a  $n$  nodos de distância. Como o número de  $k^n$  nodos a  $n$  conexões é limitado ao número de nodos, a expressão na realidade segue uma base logarítmica, em que  $n = \log k^n / \log k$ <sup>390</sup>.

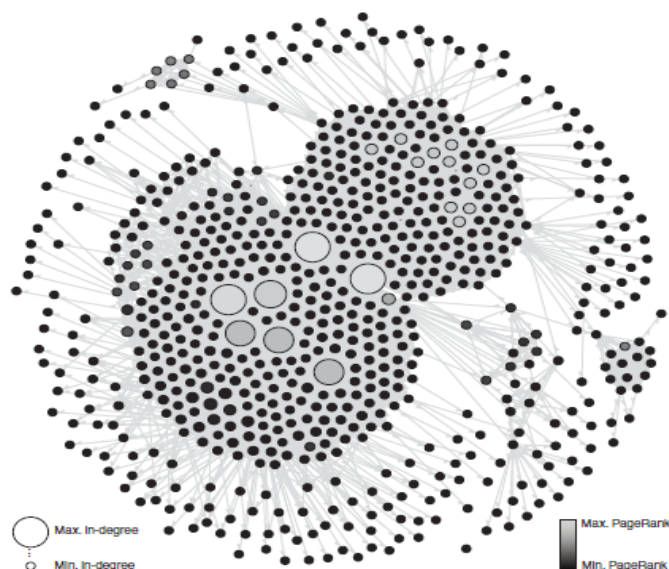
Uma simulação próxima a esta assunção inicial de BARABÁSI pode ser encontrada em FONTOURA COSTA, utilizando como base o sítio eletrônico <www.lincoln.ac.az>. Trata-se de uma rede de 703 nodos e 23.277 linhas (representando *hiperlinks*) conectando as 240 páginas relacionadas ao domínio com o mundo (digital) exterior. A análise retornou o seguinte gráfico que já denota a estrutura de uma rede complexa:

<sup>388</sup> BARABÁSI, Albert-László, **Linked: the New Science of Networks**. Cambridge: Perseus Publishing, 2002. p. 71.

<sup>389</sup> BARABÁSI, Albert-László, **Linked: the New Science of Networks**. Cambridge: Perseus Publishing, 2002. p. 33-34.

<sup>390</sup> BARABÁSI, Albert-László, **Linked: the New Science of Networks**. Cambridge: Perseus Publishing, 2002. p. 35.

Gráfico 4 - Redes complexas<sup>391</sup>



Disto decorre a conclusão de BARABÁSI de que na internet não é possível escolher um nodo típico, cumulada com o fato de segue uma regra de potência na distribuição de nodo, configurando uma rede sem escala (*scale-free network*). Esta não é uma propriedade exclusiva da rede de computadores, mas é também compartilhada por outras redes naturais e digitais, como as redes de comerciantes (*business networks*), redes sociais, redes de transporte, comunidades digitais, entre outros. Nesta configuração de rede sem escala que segue uma regra de potência, dois nós tendem a estar conectados por um número pequeno de conexões – a característica de “mundo pequeno” (*small world*)<sup>392</sup> e a famosa construção dos seis graus de conexão seguem esta lógica<sup>393</sup>.

Redes tão vastas e complexas somente convergem para uma estrutura única por conta de uma propriedade da rede – as conexões preferenciais. Como a adição de nodos na rede depende de uma conexão com um nodo existente e essa conexão é substancialmente mais provável com nodo já altamente conectados, isto é, possuindo múltiplos vértices, a chance de conexão com um nodo de  $n$  vértices é proporcional a  $n$ . Assim, a rede cresce por meio de *hubs*

<sup>391</sup> FONTOURA COSTA, Luciano, OLIVEIRA JÚNIOR, Osvaldo, TRAVIESCO, Gonzalo, et al. Analyzing and modeling real-world phenomena with complex networks: a survey of applications. **Advance in Physics**, vol. 60, No. 3, p. 329-341, maio/jun 2011. p. 353.

<sup>392</sup> Modelo introduzido em WATTS, Duncan, STROGATZ, Steven. Collective Dynamics of “Small-World” Networks. **Science**, vol. 393, p. 440-442, jun/1998.

<sup>393</sup> BARABÁSI, Albert-László. Scale-free Networks: a Decade and beyond. **Science**, vol. 325, p. 412-413, 2009.

ou *clusters*, que concentram as conexões pré-existentes e tendem a ser mais provavelmente conectados com as futuras conexões<sup>394</sup>. Com efeito, esta regra somente funciona para sistemas que apresentam crescimento. Não obstante, BARABÁSI foi capaz de demonstrar que a capacidade de atração de um nodo é proporcional ao seu número atual de vértices<sup>395</sup>.

As redes “evoluem” conforme uma regra de capacidade de sobrevivência (*fitness model*) que se apresenta como uma propriedade das redes sem escala. O crescimento dos *hubs* de conexão evolui com o tempo, sendo o seu grau de evolução determinado por uma regra de *fitness*, que determina que os nós mais capacitados atraem mais conexões, em detrimento aos nós menos capacitados. Nem todos os nós nascem iguais e os nós mais capacitados possuem a capacidade de canibalizar outros nós por meio da sua capacidade de atrair novas conexões<sup>396</sup>.

Trata-se de um ambiente competitivo em que os nodos mais aptos sobrevivem, em detrimento dos nodos menos aptos. Os nodos com maior aptidão são conectados mais frequentemente e crescem em uma expressão em que a conexão preferencial é determinada pelo produto da aptidão pelo número de vértices atuais. Cada novo nodo decide se conectar comparando o produto aptidão *versus* conexão, conectando com maior probabilidade àqueles que apresentam um valor mais alto deste produto. As conexões denotam a capacidade de sobrevivência de um nodo em um sistema dinâmico<sup>397</sup>.

O corolário da análise de BARABÁSI é a demonstração da existência de *scale-free networks* que se conectam de acordo com uma *power law*, com sistemas que crescem ou retraem em razão de sua aptidão e capacidade (*fitness*), naturalmente se organizando em *clusters* altamente ou apenas remotamente conectados aos demais nós<sup>398</sup>.

---

<sup>394</sup> BARABÁSI, Albert-László. Network Science. Philosophical Transactions of the Royal Society, vol. 371, p. 1-3, 2012.p. 2.

<sup>395</sup> BARABÁSI, Albert-László, **Linked: the New Science of Networks**. Cambridge: Perseus Publishing, 2002. p. 88-89.

<sup>396</sup> BARABÁSI, Albert-László. Network Science. Philosophical Transactions of the Royal Society, vol. 371, p. 1-3, 2012.p. 2.

<sup>397</sup> BARABÁSI, Albert-László, **Linked: the New Science of Networks**. Cambridge: Perseus Publishing, 2002. p. 96.

<sup>398</sup> BARABÁSI, Albert-László, ALBERT, Réka. Emergence of Scaling in Random Networks. Science, vol. 286, p. 509-512, out/1999. p. 509-510.

A topologia dos *clusters* é importante para todo o sistema, porquanto as redes são sensíveis até mesmo a pequenas mudanças de topologia, de forma que a alteração de um número limitado de nodos e vértices é capaz de reconfigurar toda a teia de redes<sup>399</sup>.

A estrutura das redes sociais, mimetizando aquela dos sistemas computacionais e da *World Wide Web*, apresenta estas assimetrias em número de conexões que determinam um natural elevado coeficiente de clusterização. Neste universo, **conectores** ou *hubs* são nodos com conexões acima da média, formando clusters de nodos próximos com muitas interligações, que eventualmente criam grandes *hubs* que congregam *clusters* e nodos altamente conectados<sup>400</sup>.

A clusterização é medida em termos de um coeficiente que denota o quão próximo é o grupo. Por exemplo, um coeficiente de *cluster* de 1 significa que todos os membros do *cluster* são conectados, sendo que se o coeficiente for 0 significa que os nodos não possuem conexões entre si<sup>401</sup>.

Deste panorama teórico, a construção de redes sociais de comerciantes em *clusters* é precisamente o ponto de comunicação entre este instrumental teórico essencialmente matemático com a análise sociológica. Para os comerciantes, estes *clusters* são historicamente as associações e instituições comerciais, que congregam conexões e, por conseguinte, transmitem informações sobre reputação de maneira eficiente. Passamos a abordar este ponto na próxima seção.

## 6.2 TRANSMISSÃO DE INFORMAÇÃO POR LAÇOS FRACOS

Antes de utilizarmos o instrumental matemático da teoria das redes diretamente na sociologia das redes comerciais, incumbe apresentamos inicialmente as considerações de GRANOVETTER.

---

<sup>399</sup> BARABÁSI, Albert-László, **Linked: the New Science of Networks**. Cambridge: Perseus Publishing, 2002. p. 12.

<sup>400</sup> BARABÁSI, Albert-László, **Linked: the New Science of Networks**. Cambridge: Perseus Publishing, 2002. p. 58.

<sup>401</sup> BARABÁSI, Albert-László, **Linked: the New Science of Networks**. Cambridge: Perseus Publishing, 2002. p. 47.

A teoria das redes aparenta fornecer uma linha-mestra para compreendermos sistemas aparentemente desorganizados ou caóticos por meio de um instrumental teórico que enxerga ordem no caos dos sistemas complexos. Esta é a ordem de redes que, após um escrutínio profundo, não são aleatórias, mas se organizam em *clusters* e *hubs*, por meio de conectores e nodos pouco conectados, numa regra de potência que determina a sua distribuição, evoluindo conforme um modelo de aptidão e de conexões preferenciais.

As redes comerciais são caóticas, mas não são aleatórias ou indecifráveis. Elas também apresentam comerciantes isolados e muito conectados, *clusters* em setores específicos, *hubs* e muitas outras propriedades enunciadas por BARABÁSI e a teoria das redes.

O primeiro ponto de conexão entre a teoria das redes do mundo matemático e o mundo comercial é o estudo de doutoramento de GRANOVETTER, redigido em seu artigo seminal sobre a força dos laços fracos. A virtude fundamental da obra de GRANOVETTER é fornecer um instrumental teórico capaz de agregar e conectar as interações **micro** (individuais) em padrões de comportamento no nível **macro** (a comunidade) relacionados à difusão de informação mobilidade social, organização política e social, entre outros. Embora o artigo tenha sido escrito ainda enquanto as ideias de ERDŐS e RÉNYI ainda representavam o paradigma dominante em um universo de redes complexas aleatórias, os seus argumentos muito mais se aproximavam do universo relativamente organizado e *clusterizado* de BARABÁSI para redes complexas<sup>402</sup>.

A força do laço em GRANOVETTER é composto pela combinação de quatro fatores: tempo, intensidade emocional, intimidade e reciprocidade da troca. Os laços são somente positivos, pois não foi possível incorporar na teoria a força dos laços negativos. É pressuposto de seu estudo que sobreposição de laços será mais recorrente nos laços fortes, intermediária nos laços fracos e reduzida nos laços ausentes. Assume-se também que é altamente improvável que se dois indivíduos possuam laços fortes entre si (A-B), sendo que um deles também possua um laço forte com um terceiro (A-C), o segundo não tenha também um laço forte com o terceiro (B-C), de forma que laços fortes usualmente não constituem **pontes**, isto é, a única forma de ligação entre dois pontos, porquanto existirão duas formas de ligação com

---

<sup>402</sup> GRANOVETTER, Mark. The Strength of Weak Ties. The American Journal of Sociology, v. 78, No. 6, p. 1360-1380, maio/1973. p. 1366-1367.

o terceiro (A-C e B-C). Conclui GRANOVETTER que todas as pontes são compostas por laços fracos e este fenômeno é fundamental na transmissão de informação em rede<sup>403</sup>.

Esta proposição pode ser ilustrada pela proposição de HOMANS: “[...] *the central proposition of in structural sociometry is this: interpersonal choices tend to be transitive – if P chooses O and O chooses X, then P is likely to choose X*”<sup>404</sup>.

Afirma o autor que indivíduos conectados por laços fracos transmitem informação e atuam como difusores de comportamento desviante e, por conseguinte, de inovação, atuando como pontes locais e sendo denominados como “*liason persons*”. Por serem pontes locais, caso sejam desconectadas do sistema, as conexões entre os dois lados da ponte serão perdidas. Interessantemente, GRANOVETTER também se refere ao fenômeno dos *small words*, referenciando MILGRAM, congregando indivíduos conectados por laços fracos e os seus “conhecidos” (*acquaintances*). Destarte estas redes se consagram como particularmente eficientes na transmissão de informações<sup>405</sup>.

Ao final e ao cabo, a incrustação social das transações econômicas será um fator de eficiência da transação. Isto porque os agentes de boa **reputação** negociam em um ambiente de **confiança**, em que a sombra do futuro é relativamente importante e determina um ambiente **cooperativo**. Em suma, as palavras de PUTNAM exemplificam bem o lado comercial positivo das relações sociais: “*When economic and political dealing is embedded in dense networks of social interaction, incentives for opportunism and malfeasance are reduced*”<sup>406</sup>. Passamos a abordar estes ganhos de eficiência com a nossa construção das redes comerciais fundamentada na teoria das redes.

---

<sup>403</sup> GRANOVETTER, Mark. The Strength of Weak Ties. *The American Journal of Sociology*, v. 78, No. 6, p. 1360-1380, maio/1973. p. 1361-1362.

<sup>404</sup> HOMANS, George. **The Human Group**. Nova Iorque: Brace and World, 1950.

<sup>405</sup> GRANOVETTER, Mark. The Strength of Weak Ties. *The American Journal of Sociology*, v. 78, No. 6, p. 1360-1380, maio/1973. p. 1361-1362.

<sup>406</sup> PUTMAN, Robert. *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2000. p. 18-19.

### 6.3 REDES COMERCIAIS, *CLUSTERS* E *HUBS* E TRANSMISSÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE REPUTAÇÃO

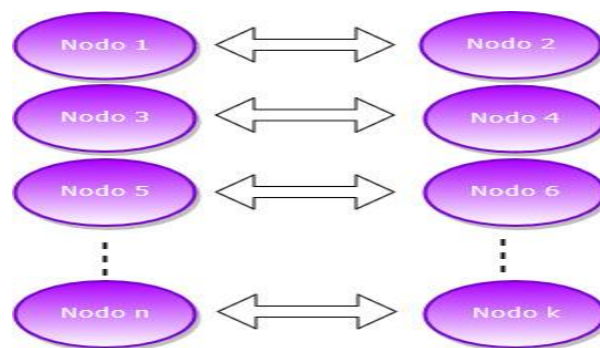
Se o foco original dos recentes desenvolvimentos de BARABÁSI da teoria das redes era entender a rede da internet, aliado ao interesse em redes sociais, mas não necessariamente comerciais, de GRANOVETER faz-se necessário compreender como estas considerações são aplicáveis à seara comercial.

As redes de transmissão de informação na seara comercial naturalmente serviriam como mecanismo para a aplicação das sanções informais. Exemplo já endereçado anteriormente se refere à premência da necessidade de construção de redes comunicativas na indústria do algodão como pré-requisito do seu sistema de sancionamento informal<sup>407</sup>.

Ocorre, entretanto, que não há um instrumental teórico claro adaptado a esta realidade, motivo pelo qual será necessário reconstruir as trocas comerciais em um modelo abstrato composto pelos principais elementos da teoria das redes.

Começamos pela assunção básica – a troca comercial pura no modelo formal clássico da economia. Os pontos do gráfico (nodos) se conectam por meio de uma única linha. Nada mais existe na perfeita competição – as partes são tomadoras de preço e não se conectam em rede:

**Gráfico 5 - Nodos isolados<sup>408</sup>**



<sup>407</sup> BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1782.

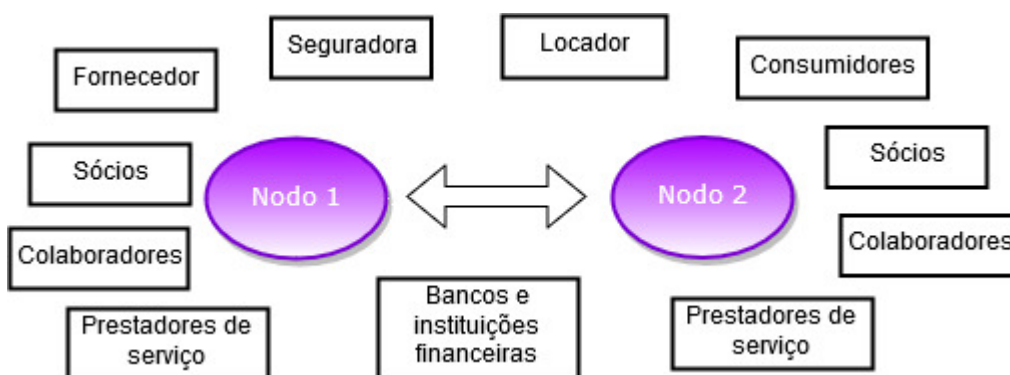
<sup>408</sup> Gráfico elaborado pelo autor.



Este é um gráfico trivial e que é capaz de representar a realidade de um número ínfimo de transações. Considerando que esse paradigma foi dominante na economia por muito tempo, não causa surpresa que os desenvolvimentos da teoria das redes sejam tão recentes.

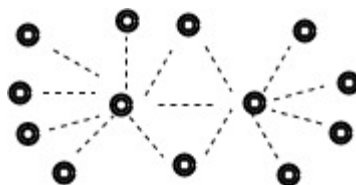
Aproximando este modelo da realidade comercial, ao menos três tipos de linhas devem ser adicionados. É certo que a empresa é um feixe de contratos<sup>409</sup> e esse feixe se aplica tanto às relações internas, que são contratos somente no sentido econômico, quanto às relações externas, em contratos no sentido jurídico e econômico. Assim o primeiro tipo de linha corresponde aos fornecedores do produto e serviço, enquanto o segundo corresponde aos consumidores e o terceiro aos próprios sócios e colaboradores da empresa. Embora estas relações não sejam obrigatórias em toda e qualquer troca comercial, raro será a hipótese em que ao menos estes três elementos não estejam presentes. Assim, um modelo muito mais realista já incorporaria diversos outros atores:

**Gráfico 6 - Outros elementos participantes da relação<sup>410</sup>**



Este mesmo gráfico pode ser abstraído da seguinte forma:

**Gráfico 7 - Construção da rede estática No. 1<sup>411</sup>**



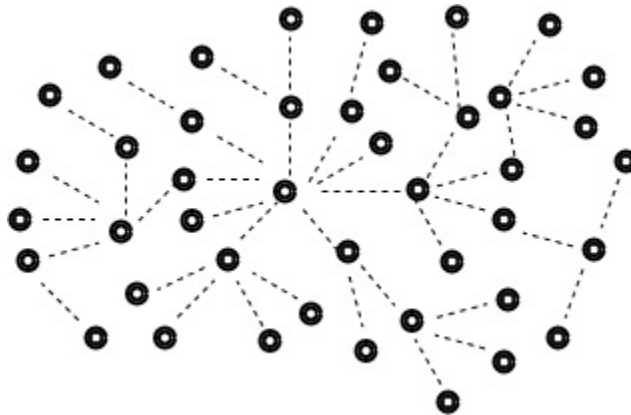
<sup>409</sup> Construção recorrentemente atribuída a COASE, por sua contribuição em COASE, Ronald. The Nature of the Firm. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov. 1937.

<sup>410</sup> Gráfico elaborado pelo autor.

<sup>411</sup> Gráfico elaborado pelo autor.

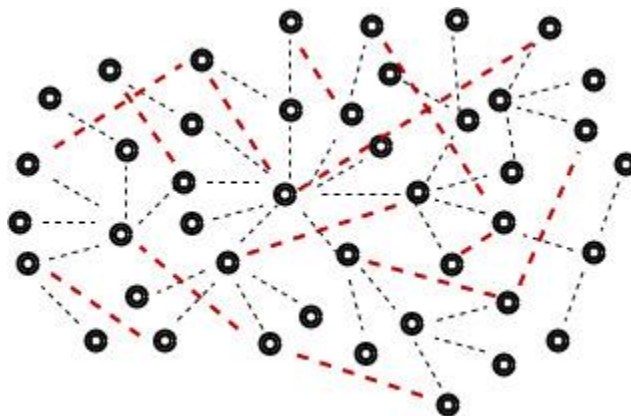
Esta representação pode ser abstraída para incorporar as redes de trocas dos parceiros dos nodos iniciais da seguinte forma, apenas incluindo conexões aos nodos existentes:

**Gráfico 8 - Construção da rede estática No. 2<sup>412</sup>**



Esta forma de rede se aproximaria muito mais da realidade, pois considera que cada um dos nodos possui as suas próprias conexões que, por sua vez, possuem diversas outras conexões. Não obstante, apesar de mostrar diversas conexões, o gráfico acima ainda não denota toda a complexidade existente, tendo em vista que não inclui as conexões que os nodos possuem entre si. Isto porque seria estatisticamente muitíssimo pouco provável que todos os nodos fossem conectados somente a novos nodos. Este aumento de complexidade pode ser ilustrado da seguinte forma:

**Gráfico 9 - Construção da rede estática No. 3<sup>413</sup>**



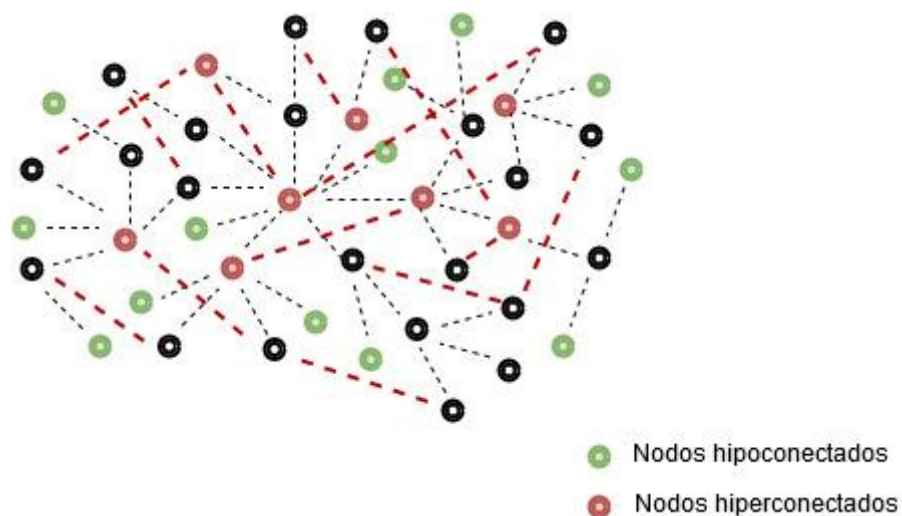
---

<sup>412</sup> Gráfico elaborado pelo autor.

<sup>413</sup> Gráfico elaborado pelo autor.

Deste desenho já se percebem algumas propriedades de BARABÁSI, como o fato de que determinados nódulos são hiper e outros hipoconectados. A topografia do gráfico não é particularmente importante, percebendo-se nodos pouco conectados localizados no centro do gráfico. Isto porque não há centro em *scale-free networks*, embora desenvolvam-se *cluster* e *hubs*. Vejamos a representação em função do grau de conexão dos nodos:

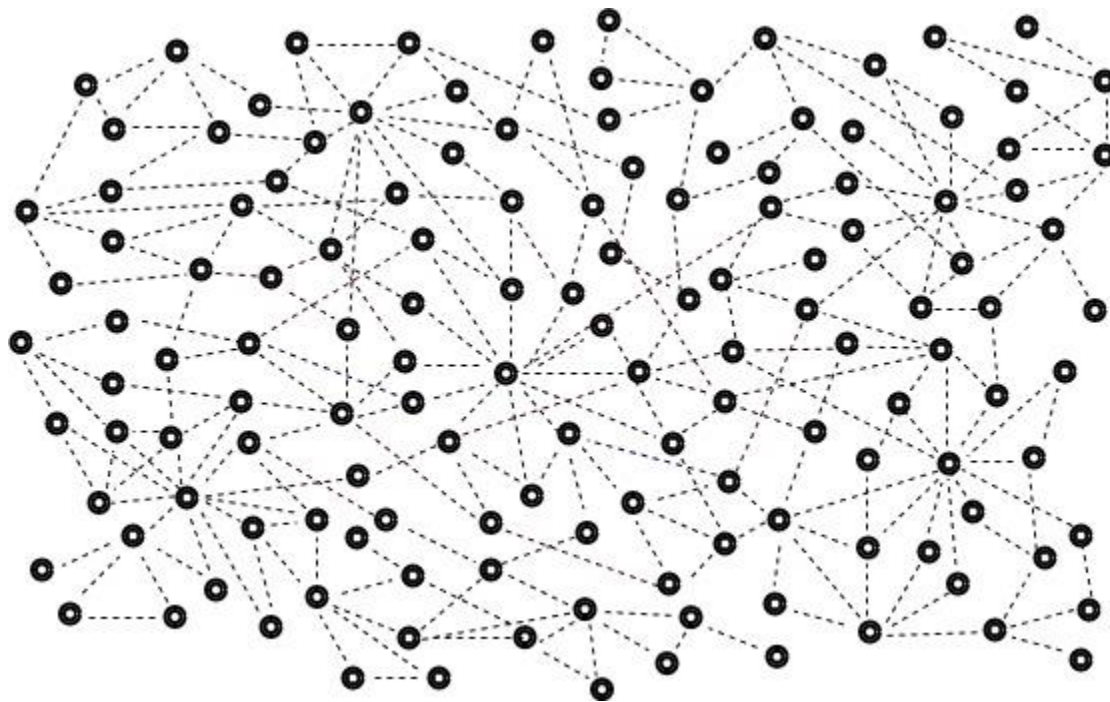
**Gráfico 10 - Nodos hiper e hipoconectados<sup>414</sup>**



Para o propósito de identificar *clusters* e *hubs*, incumbe, em primeiro lugar, expandir a rede:

---

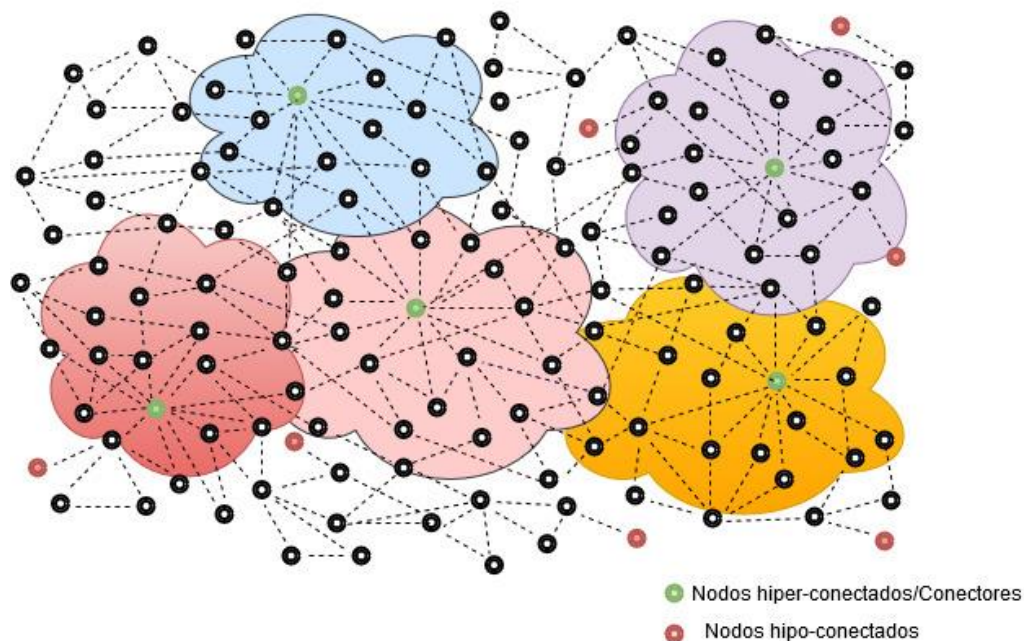
<sup>414</sup> Gráfico elaborado pelo autor.

**Gráfico 11 - Clusters e hubs No. 1<sup>415</sup>**

Neste diagrama, podemos ilustrar os *clusters* que se formaram, assim como os principais conectores destes *hubs*:

---

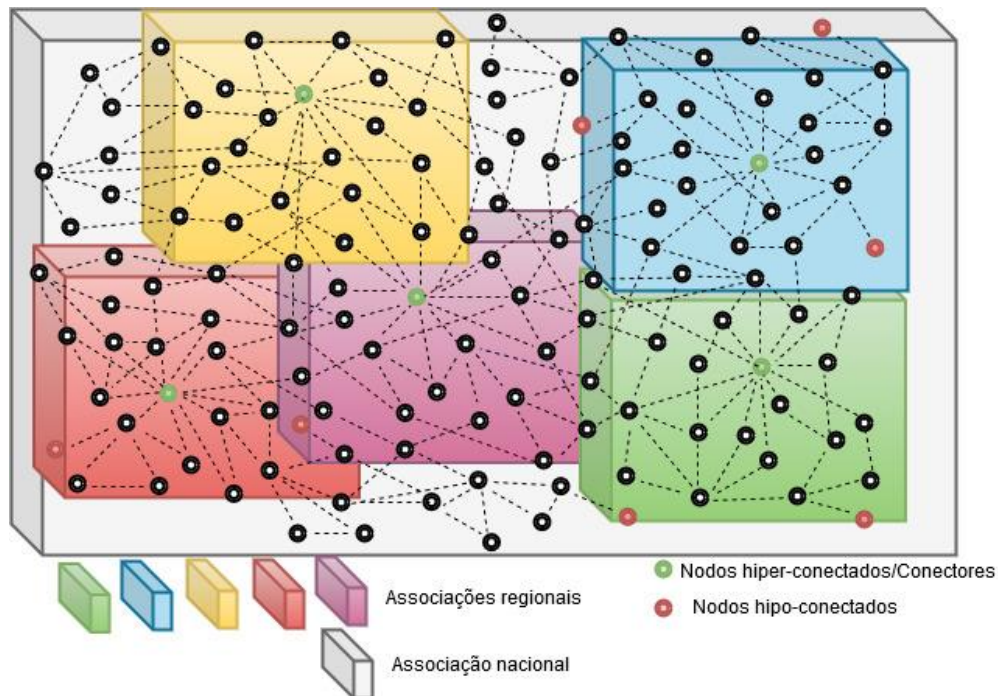
<sup>415</sup> Gráfico elaborado pelo autor.

Gráfico 12 - Clusters e Hubs No. 2<sup>416</sup>

Conforme asseverado na seção relativa à distinção entre sanções informais reputacionais em rede e institucionalizadas, consideramos que as instituições estão em **um plano distinto** em relação aos nodos dos comerciantes, de forma que a instituição não é apenas mais um nodo hiperconectado em um *clusters*, mas sim parte constituinte de uma nova camada. A instituição organiza, fomenta, supervisiona, congrega e pune trocas, mas não realiza as trocas, sendo esta uma característica típica dos agentes do mercado<sup>417</sup>. Não sendo parte da rede, a instituição a sobrepõe, conforme podemos ilustrar no seguinte gráfico, contendo uma associação de maior abrangência e diversas associações regionais com âmbito de cobertura similar aos *clusters* do último gráfico:

<sup>416</sup> Gráfico elaborado pelo autor.

<sup>417</sup> Neste ponto, incumbe apontar que esta total exclusão das associações comerciais das trocas comerciais não é necessariamente a realidade de todos os mercados. Em parte significativa dos mercados, a instituição comercial também realiza algumas trocas, mas o faz de forma incidental, não eventual, não profissional, derivada de outra atividade, entre outros. Se, por exceção, a instituição for um participante ativo do mercado, realizando trocas em seu nome, ainda assim encontramos dificuldade em enquadrá-la por completo no mesmo plano dos nodos dos comerciantes. Embora quando faça trocas a instituição esteja na mesma rede para os propósitos daquela troca, ela não costuma estar inserida no mesmo nível, sob pena de englobarmos em uma categoria única os agentes e aqueles que fiscalizam e punem os agentes. Assim, não obstante seja possível incluir a instituição no mesmo nível se e somente se ela realiza trocas, dado que não é de sua natureza, convém excluí-la deste plano nos exemplos que tratamos nesta seção, sob pena de complexificarmos desnecessariamente a análise diante de uma atividade atípica deste ente.

Gráfico 13 - Plano das associações e organizações comerciais<sup>418</sup>

Vê-se, pela representação acima, que não é possível falar propriamente de um “centro” da rede, mas apenas de emaranhados de conexões relativamente separados em clusters. Propriamente, o modelo de BARABÁSI não prevê um centro, mas sim o crescimento preferencial dos nodos mais conectados. Entretanto, a ideia de centralidade ainda consta de literatura avalizada sobre o tema, incluindo a reflexão recente de BERNSTEIN sobre governança contratual em rede<sup>419</sup>. Afirma a autora que existem duas dimensões relevantes da empresa em uma rede: centralidade e proximidade. A proximidade refere-se ao relativamente baixo número de intermediários entre duas empresas. A centralidade seria a característica da empresa que possui um número elevado de conexões e cujas conexões também possuem um número elevado de conexões. Defende que quanto mais central a empresa é, maior será a sua capacidade de transmitir informação para a sua rede, de forma que maior será o seu potencial para coibir o oportunismo dos seus parceiros comerciais em razão da ameaça de transmissão de informação sobre reputação para um número muito elevado de nodos. Embora concordemos que é justamente em razão desta característica de ser um nodo altamente conectado que a transmissão da informação será mais azeitada, conforme desenvolvemos

<sup>418</sup> Gráfico elaborado pelo autor.

<sup>419</sup> BERNSTEIN, Lisa. Beyond Relational Contracts Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts. *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, No. 742, p. 1-71, 2016. p. 43-44.

abaixo, entendemos que é incorreto denominar esta característica como centralidade. Isto porque admitir centralidade na rede fugiria à própria ideia de redes complexas de BARABÁSI, que possuem um desenvolvimento intrinsecamente distinto – elas não nascem do centro e se expandem. Isto não significa afirmar que a topologia da rede é irrelevante. Veremos, nas próximas seções, que dados os custos de transmissão de informação pelos nodos, não é possível ignorarmos o tamanho da infraestrutura que transmite informação sobre a reputação, assim como a sua orientação e seus canais. Entretanto, entendemos mais importante que não é possível verificar ou procurar identificar um centro nas redes complexas, sob pena de compreendermos incorretamente o modelo preditivo de BARABÁSI. Determinar um nodo específico para servir como o centro da rede pode simplesmente ser arbitrário e derrotar o propósito do estudo. Neste ponto, realizando uma analogia com os desenvolvimentos básicos da relatividade geral no campo da física, nos parece mais interessante concluirmos pela inexistência de um ponto de observação privilegiado, sendo as demais perspectivas igualmente possíveis, dependentes do desejo do observador para observar um fenômeno de uma forma ou de outra.

Conforme assera COLEMAN, um dos problemas centrais das ciências sociais consiste em explicar o funcionamento de sistemas sociais com base em unidades individuais. Isto porque o funcionamento do sistema social é tema atinente ao grupo, mas as pesquisas empíricas tendem a observar somente e diretamente o individual, levando a uma possível separação entre a teoria – focada no grupo – e a prática – fundada no indivíduo<sup>420</sup>. Assim, recorrentemente somos tentados a procurar um ponto central, uma referência, mesmo se esta busca interferir no resultado final negativamente.

Feito este breve *excursus*, voltamos ao argumento central e, conforme apontam GRAFFE e GELDERBLOM, as associações comerciais consubstanciam um mecanismo para impedir os comerciantes de trapacear nas transações comerciais<sup>421</sup>. Incumbe, no entanto, compreendermos como elas o fazem, quais são os mecanismos em vigor para coibir o oportunismo comercial e reforçar a confiança entre os comerciantes. Para tanto, iniciamos com uma sofisticação ao modelo estático de teoria das redes até então apresentado.

<sup>420</sup> COLEMAN, James. **Foundation of Social Theory**. Cambridge: Harvard University Press, 1994. p. 1.

<sup>421</sup> GRAFFE, Regina, GELDERBLOM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. p. 478-479.

#### 6.4 UM MODELO TEÓRICO DA CONSTRUÇÃO DAS REDES DE COMUNICAÇÃO – UMA VISÃO DINÂMICA

Até o momento, tratamos apenas da **representação estática** das redes. Isto é natural, pois esta é a forma clássica de representação destes diagramas. Contudo, as redes comerciantes são redes dinâmicas e vivas, constantemente mutáveis em diversos níveis. Além da sua dinamicidade, há um aspecto de difícil representação da realidade, qual seja, o **processo de construção das redes de comunicação**. A representação estática delineada nesta seção indica as **conexões existentes** entre os agentes de mercado, mas não denota os **canais de transmissão de informação sobre reputação**.

As redes de conexões são pré-estabelecidas, ao passo que as redes de transmissão de informação se constituem **no momento em que transmitem informação**. As conexões são como a infraestrutura por meio da qual as informações podem ser transmitidas, indicando os caminhos pelos quais a informação pode circular.

Para mapear as redes de comunicação, utilizamos a categoria sugerida por Fontoura e outros em um abrangente trabalho sobre aplicações das redes complexas. De acordo com os autores, são seis os possíveis métodos para mapear redes complexas: comunicação, coexistência, referência, confluência, correlação e adjacência (temporal e espacial). Em cada uma destas categorias, os autores desenvolvem exemplos bastante esclarecedores de redes complexas<sup>422</sup>.

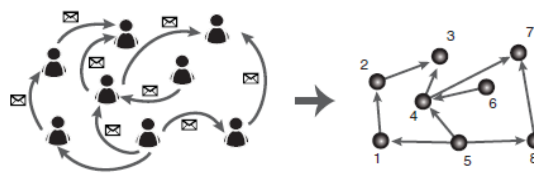
O método mais adequado para redes sociais seria mapear justamente a comunicação. A rede de comunicação se constrói em razão da **transmissão**, fatorando a frequência de transmissão, a direção de transmissão, a origem da mensagem, o destinatário da mensagem, a simultaneidade da transmissão da mesma mensagem por vértices diferentes, entre outros pontos, conforme o exemplo abaixo extraído do trabalho:

---

<sup>422</sup> FONTOURA COSTA, Luciano, OLIVEIRA JÚNIOR, Osvaldo, TRAVIESCO, Gonzalo, et al. Analyzing and modeling real-world phenomena with complex networks: a survey of applications. **Advance in Physics**, vol. 60, No. 3, p. 329-341, maio/jun 2011. p. 333. Os exemplos da aplicação das categorias são os seguintes: (i) comunicação: email, telefone, redes sociais, correios; (ii) coexistência: domínios de internet, colaborações, livros, música, filmes; (iii) referência: Wikipédia, internet, artigos, emails, software; (iv) confluência: cidades, estradas, metrô, circuitos, redes elétricas; (v) correlação: clima, mercado financeiro, neurociência; (vi) adjacência: terremotos, paisagem, linguística.

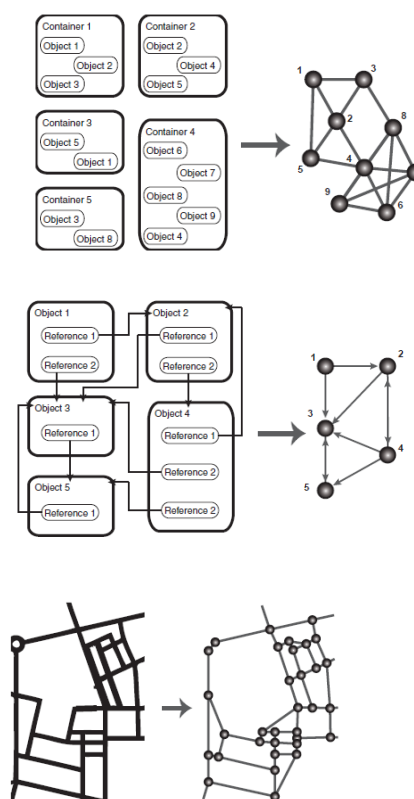


**Gráfico 14 - Redes de comunicação<sup>423</sup>**



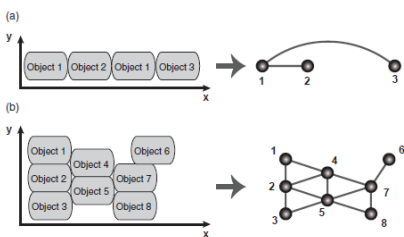
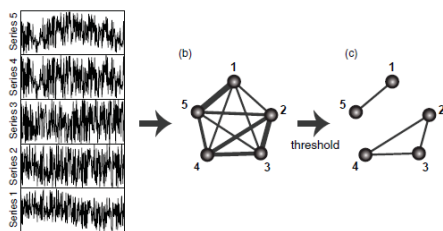
Como forma de esclarecer a estrutura das demais categorias, iremos apresentar os exemplos de redes de cada uma das categorias restantes. Dessa forma, na ordem, estamos diante de redes de: coexistência, referência, confluência, correlação e adjacência:

**Gráfico 15 - Redes de coexistência, referência, confluência, correlação e adjacência<sup>424</sup>**



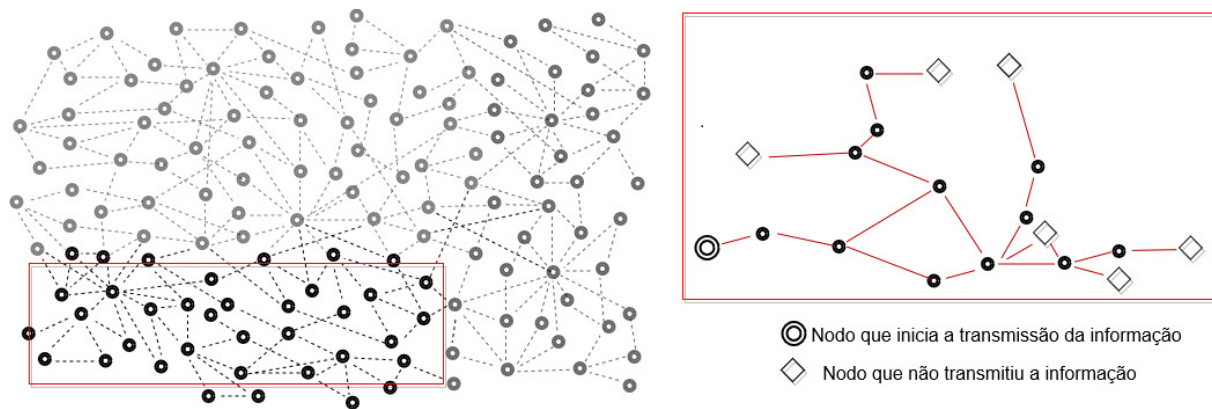
<sup>423</sup> FONTOURA COSTA, Luciano, OLIVEIRA JÚNIOR, Osvaldo, TRAVIESCO, Gonzalo, et al. Analyzing and modeling real-world phenomena with complex networks: a survey of applications. **Advance in Physics**, vol. 60, No. 3, p. 329-341, maio/jun 2011. p. 333.

<sup>424</sup> FONTOURA COSTA, Luciano, OLIVEIRA JÚNIOR, Osvaldo, TRAVIESCO, Gonzalo, et al. Analyzing and modeling real-world phenomena with complex networks: a survey of applications. **Advance in Physics**, vol. 60, No. 3, p. 329-341, maio/jun 2011. p. 334-336.



Utilizando a rede de conexões explorada na seção anterior e descrevendo uma rede complexa de **comunicação**, poderíamos descrever os caminhos da informação da seguinte forma:

**Gráfico 16 - Caminhos da informação**<sup>425</sup>

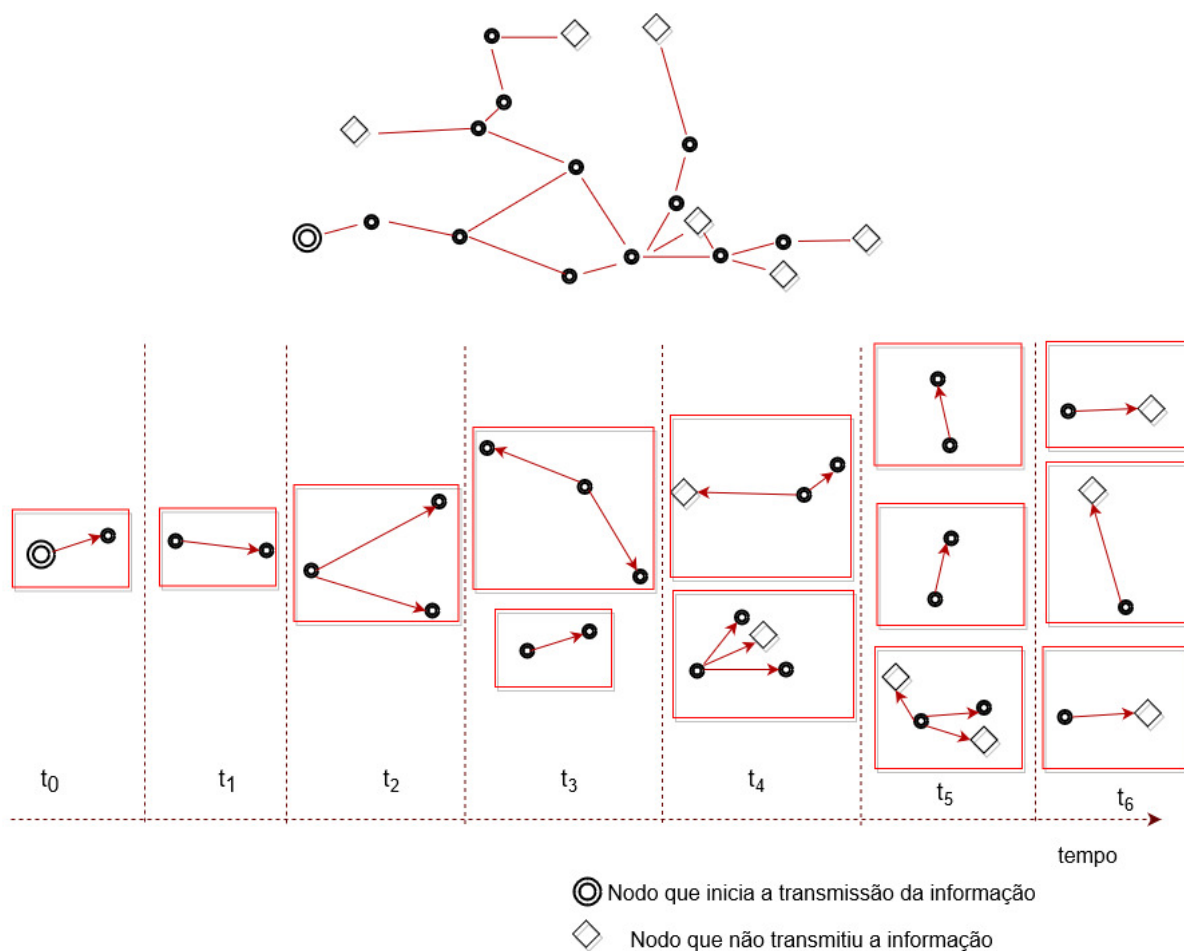


Nota: Gráfico elaborado pelo autor.

Em um modelo sequencial, representando a **transmissão da informação versus tempo**:

<sup>425</sup> Gráfico elaborado pelo autor.

Gráfico 17 - Transmissão da informação versus tempo<sup>426</sup>



O modelo de transmissão deve ser baseado em **pacotes** que carregam a informação e distribuem às conexões da rede. Este modelo, ilustrado por YIN ET AL.<sup>427</sup>, deve levar em consideração outras variáveis, tais como: a velocidade de transmissão da informação, a capacidade de armazenamento e transmissão da rede, capacidade de armazenamento e transmissão do nodo, a topologia da rede, o conhecimento pelo nodo da topologia da rede, a fila para recebimento dos pacotes, entre outros.

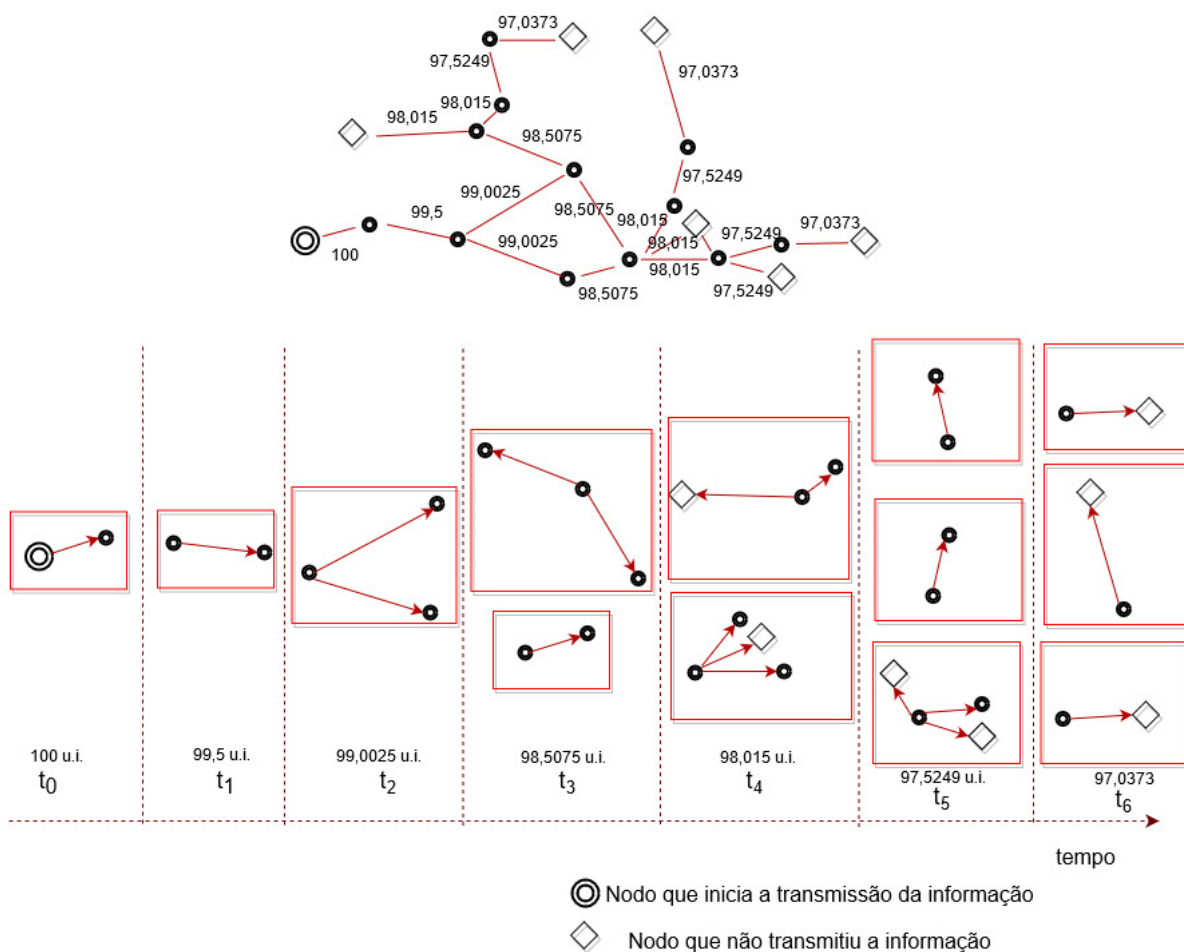
Esta asserção de que informação não pode ser representada de forma tão fácil em um modelo estático encontra fácil abrigo na realidade. Se um modelo estático é capaz de

<sup>426</sup> Gráfico elaborado pelo autor.

<sup>427</sup> YIN, Chuan-Yang, WANG, Bing-Hong, WANG, Wen-Xu, ZHOU, Tao, YANG, Hui-Jie. Efficient Routing on Scale-Free Networks based on Local Information. **Physics Letters**, No. 351, p. 220-224, 2006. p. 221-222.

representar com uma certa fidelidade como funcionam os *hiperlinks* da internet, ou como se estabelecem e consolidam os graus de conexão em uma sociedade, dificilmente a informação se encaixa na mesma categoria. Representar **informação** é necessariamente representar a **transmissão da informação**. Imaginemos a representação da energia elétrica: como energia não se estoca (ou se usa ou se perde), representar a energia é o mesmo que representar o **movimento** ordenado dos elétrons que a compõem, seguindo por meio de um circuito. Sendo razoavelmente possível considerar que se armazena informação, podemos apontar que o destino típico da informação é ser **armazenada, transmitida e/ou perdida**.

Assim, em um modelo que incorpora a capacidade de transmissão da informação em termos de força, assumindo que todos possuem uma capacidade de 100 unidades de informação (u.i.), sendo que a informação é transmitida com uma força de 100 (u.i.) e um fator de desconto de 0,5% de perda de força da informação por cada nível de transmissão:

Gráfico 18 - Dissipação da informação<sup>428</sup>

**Nota:** Gráfico elaborado pelo autor.

Este pequeno sistema pode ser expandido para traçarmos algumas considerações gráficas sobre a quantidade e transmissão de informações. Novamente, supondo um fator de desconto de 0,5% *u. i.* por nova conexão, estamos diante de duas relações interessantes. A primeira delas é que a capacidade de transmissão da informação decresceria gradativamente ( $u.i. \text{ final} = 0,95 * u.i. \text{ inicial}$ ). A segunda constatação é que o agregado de informação no sistema cresceria com menos intensidade com o tempo, porquanto a informação se dispersaria

<sup>428</sup> Gráfico elaborado pelo autor.

de forma significativa, até a quantidade de informação transmitida tender a zero<sup>429</sup>. Utilizando como parâmetro 1000 transmissões de informação, podemos formular as seguintes representações visuais:

### Gráfico 19 - Unidades de informação versus tempo e agregado de informação no sistema versus tempo<sup>430</sup>



Nota: Gráfico elaborado pelo autor.

Esta assunção de que a informação do sistema cresce globalmente, embora a mensagem perca gradativamente força e conteúdo encontra respaldo na literatura que estuda os efeitos de distúrbios (*noise*) na comunicação<sup>431</sup>.

<sup>429</sup> O agregado de informação do sistema é a soma de toda informação transmitida nos momentos anteriores. Assim, no momento 3, o agregado de informação seria a soma da informação do momento 2 com a soma da informação do momento 1. No momento 4, o agregado seria a soma dos momentos 1, 2 e 3, e assim sucessivamente. Utilizando  $I_{\text{sistema}}$  para denotar a informação do sistema em um momento específico, formulamos:  $I_{\text{sistema}_3} = I_{\text{sistema}_2} + I_{\text{sistema}_1}$ . A  $I_{\text{sistema}_2}$  nada mais é do que  $I_{\text{sistema}_1} + (0,995 * I_{\text{sistema}_1})$ . Sucessivamente,  $I_{\text{sistema}_5} = I_{\text{sistema}_4} + I_{\text{sistema}_3} + I_{\text{sistema}_2} + I_{\text{sistema}_1}$ , sendo que  $\Sigma I_{\text{sistema}_n} = I_{\text{sistema}_{n-1}} + I_{\text{sistema}_{n-2}} + I_{\text{sistema}_{n-3}} + I_{\text{sistema}_{n-4}} + \dots + I_{\text{sistema}_1}$ . Colocando os termos em função de  $I_{\text{sistema}_1}$ , por exemplo:  $I_{\text{sistema}_3} = I_{\text{sistema}_1} + 0,995 * I_{\text{sistema}_1} + 0,995 * (0,995 * I_{\text{sistema}_1})$ , assim como  $I_{\text{sistema}_4} = I_{\text{sistema}_1} + 0,995 * I_{\text{sistema}_1} + 0,995 * (0,995 * I_{\text{sistema}_1}) + 0,995 * (0,995 * (0,95 * I_{\text{sistema}_1}))$ , expressão esta que pode ser simplificada para  $I_{\text{sistema}_4} = I_{\text{sistema}_1} + 0,995 * I_{\text{sistema}_1} + 0,995^2 * I_{\text{sistema}_1} + 0,995^3 * I_{\text{sistema}_1}$ . Extrapolando e colocando a função novamente em relação a  $n$ , formulamos a expressão final:  $\Sigma I_{\text{sistema}_n} = 0,995^{n-1} * I_{\text{sistema}_{n-1}} + 0,995^{n-2} * I_{\text{sistema}_{n-2}} + 0,995^{n-3} * I_{\text{sistema}_{n-3}} + 0,995^{n-4} * I_{\text{sistema}_{n-4}} + \dots + I_{\text{sistema}_1}$ . Extrapolando o termo 0,995 para fator de desconto ( $fd$ ), apresentamos a expressão final:  $\Sigma I_{\text{sistema}_n} = fd^{n-1} * I_{\text{sistema}_{n-1}} + fd^{n-2} * I_{\text{sistema}_{n-2}} + fd^{n-3} * I_{\text{sistema}_{n-3}} + fd^{n-4} * I_{\text{sistema}_{n-4}} + \dots + I_{\text{sistema}_1}$ .

<sup>430</sup> Gráfico elaborado pelo autor.

<sup>431</sup> *Noise* pode ser definido como: “discrepancies between intended and actual outcomes for an interaction partner due to unintended errors” In LANGE, Paul van, OUWERKERK, J, TAZELAAR. How to Overcome Detrimental Effects of Noise in Social Interactions: the Benefit of Generosity. **Social Psychology**, vol. 82, p. 768, 2002; GILSON, SABEL, SCOTT, Op. cit., p. 13.

Além da perda da informação, é necessário agregar o **custo de transmissão de informação**. Este fator é pelo menos tão antigo quanto a economia dos custos de transação em COASE<sup>432</sup>. Tradicionalmente, estes custos englobam (i) os custos de procurar e se informar sobre preço, produto, serviço e condições da transação, (ii) os custos de negociar a transação e (iii) os custos de fiscalização e fazer cumprir (*enforcement*) o combinado na transação. O **custo de transmitir informação** é uma faceta mais obscura, mas que permeia estes três aspectos da economia dos custos de transação. Sendo a unidade de análise da economia de custos de transação a própria transação e sendo imprescindível que alguém revele (ou deixe revelar) informação para que a informação seja obtida, é natural que os custos de transmitir informação já sejam parte de panoramas teóricos consolidados sobre custos de transação.

Não obstante, o nosso foco de análise não é a **transação**, mas sim a **relação**, tanto entre as partes contratantes quando em relação ao restante da comunidade – mais propriamente, relação interpartes, relações sociais e relações sociais em ambientes institucionalizados. O custo de informação na transação já foi mais do que amplamente estudado; resta focarmos no **custo de transmitir informação sobre reputação para o restante da comunidade**. Quando falamos deste custo, não estamos necessariamente falando de **custos de transação**, mas de **transmissão**, justificando diferenças no tratamento das duas categorias.

Para efeitos de desenvolvimento do tópico, vamos verificar algumas hipóteses sobre o custo de transmissão de informação. Por custo de transmissão de informação estaremos tratando de duas categorias: o custo físico e intangível. O custo **físico** é aquilo que se paga para usar o canal de comunicação, a infraestrutura por meio da qual a informação perpassa quando de sua transmissão, como, por exemplo, o uso de e-mails, jornais, correios, entre outros. O custo **intangível**, categoria não encontrada na literatura, mas aqui formulada para fins de hipótese e teorização, consiste no **quanto se paga em termos de reputação** para transferir informação sobre a reputação de um outro agente.

Isto porque é empiricamente constatável que **transmitir informação sobre reputação é especialmente arriscado**. Quando se fala da reputação de terceiros, o agente que recebe a mensagem invariavelmente precisa confiar na reputação daquele que transmite a

---

<sup>432</sup> COASE, Ronald. The Nature of the Firm. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov. 1937. p. 391.

informação. Caso a informação seja falsa, o agente que transmitiu a falsa informação naturalmente sofrerá uma perda de reputação. Sendo verdadeira a informação, a reputação do emissário da mensagem naturalmente se fortalece. Aquele que difama e é pego pode ser excluído do mercado, ser *blacklisted* por parte do mercado, perder diversas oportunidades comerciais, entre outras punições. Aquele que informa os agentes do mercado pode também se beneficiar e se estabelecer como referência da reputação dos demais agentes, um *hub* de confiança sobre as transações dos demais agentes. A intensidade de cada um dos processos não é possível de ser determinada neste trabalho, embora nos pareça que a perda de reputação pela informação falsa é superior ao ganho de reputação pela transmissão da informação verdadeira.

A transmissão de informação sobre reputação pode possuir custos fixos, percentuais, marginalmente decrescentes ou marginalmente crescentes. Os benefícios da transmissão da informação seguem as mesmas hipóteses, podendo ser fixos, percentuais, marginalmente decrescentes ou marginalmente crescentes.

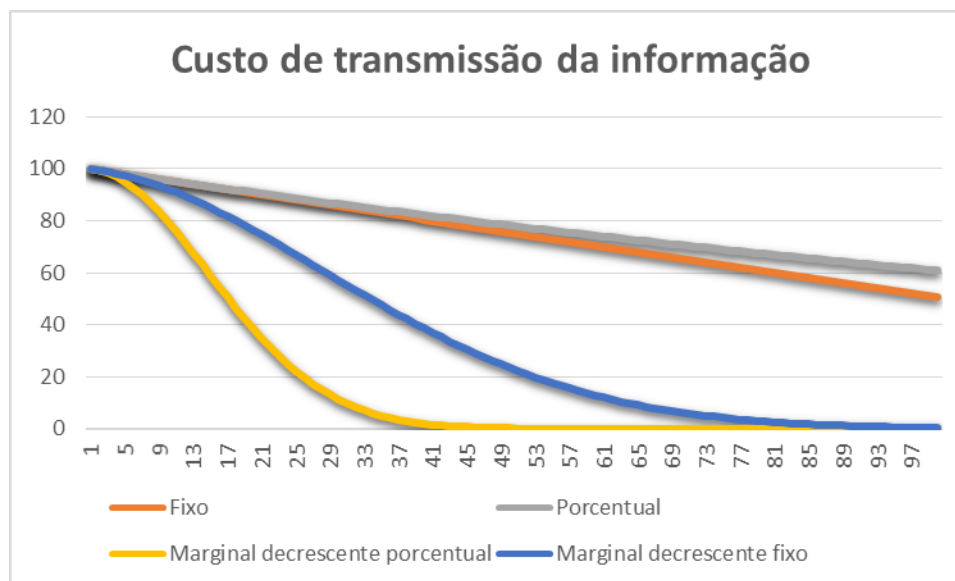
Supondo uma informação de valor 100 unidades de informação e 100 conexões, usando o fator fixo de desconto de 0,5, o fator variável de desconto de 0,5%, o fator variável de desconto marginal de 0,5% e o fator fixo de desconto marginal de 0,001 (significando que a cada conexão o custo é menor) e o fator variável de incremento marginal de 0,5% e o fator fixo de incremento marginal de 0,001 (significando que a cada conexão o custo é maior), podemos traçar os seguintes gráficos<sup>433</sup>:

---

<sup>433</sup> Dada a suposição dos números e simplificação do custo de transmissão – que pode, por exemplo, variar a cada conexão -, os gráficos servem apenas como referência da função que demonstram, em especial da inclinação da curva de custos.



**Gráfico 20 - Custo de transmissão de informação versus tempo<sup>434</sup>**



Num primeiro momento, sem confirmação empírica, é necessário tratarmos as quatro hipóteses como igualmente possíveis e relevantes. Com efeito, podemos exemplificar cada uma das situações de forma bastante simples. Uma curva de custos fixos pode ser adequada para a transmissão por meios físicos, como e-mail ou pelas listas de *naming and shaming* das associações comerciais; uma curva de custos percentual também é encontrada na transmissão por meios físicos e pode ser encontrada em situações mais peculiares, como na transmissão por informativos de associações comerciais ou comunicação de fatos relevantes de empresas listadas em Bolsa de Valores, – quanto mais complexa a informação, proporcionalmente mais caro será transmiti-la; as curvas marginais decrescentes podem ser mais adequadas para a transmissão interpessoal de informação pelos meios intangíveis, em que é crescentemente mais caro comunicar a informação recebida.

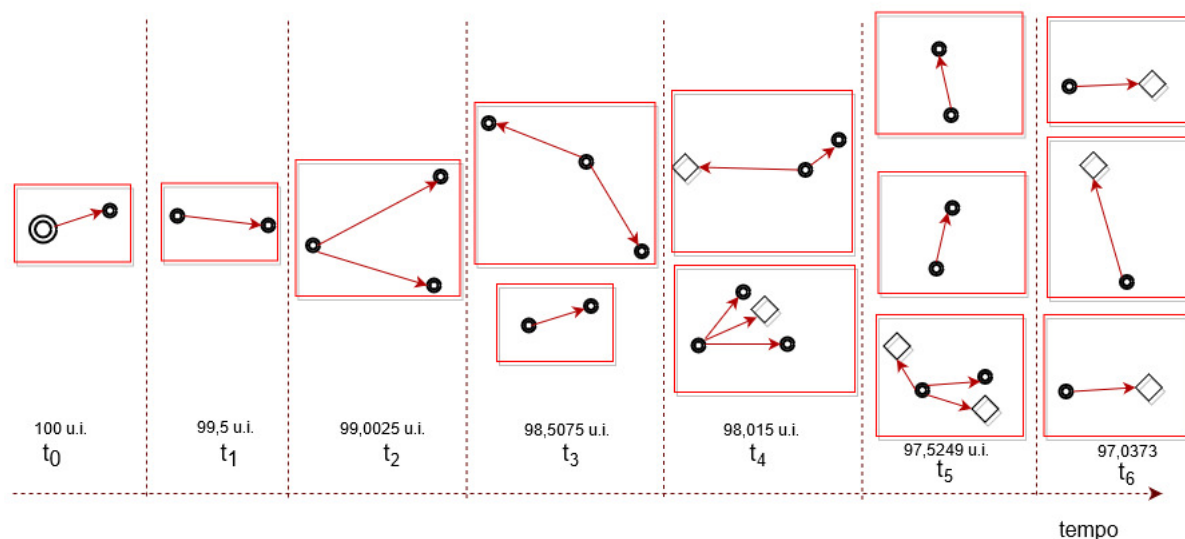
Quando tratamos do custo, torna-se necessário traçarmos algumas linhas sobre os benefícios da transmissão de informação sobre reputação. Isto porque se não houvesse benefício, nenhum agente maximizador de interesse quebraria a sua inércia para transmitir informação sobre reputação. Mas é um dado da realidade que este tipo de informação se transmite, então basta identificarmos os principais incentivos para que isto ocorra.

<sup>434</sup> Gráfico elaborado pelo autor.

Em termos econômicos, a reputação é um indicador de desempenho comercial. Dado um sistema suficientemente complexo, seria possível precificar a reputação a ponto de determinarmos um fator de desconto na transação em razão da má reputação de um *player* do mercado. Em consequência, as empresas e os indivíduos alocam recursos para manter uma boa reputação (tema amplamente abordada em nossa discussão sobre sinalização). Uma boa reputação, que seja conhecida pela contraparte contratante, é um fator de redução dos custos de transação, ao passo que o reverso também é verdadeiro<sup>435</sup>.

Por questão de simplicidade, podemos modelar os benefícios de transmitir informação nas mesmas condições acima delineadas para o custo: benefícios fixos, percentuais, marginais decrescentes e marginais fixos. Este benefício é obtido separadamente por cada vértice que transmite a informação e, em nosso modelo simplificado, sempre se reduz a cada transação, já que os vértices naturalmente são menos bonificados pela mesma informação quando apenas a retransmitem ao mercado. Estas características são melhor representadas utilizando o gráfico que abre esta seção. Vejamos:

**Gráfico 21 - Quantidade de informação a cada transmissão<sup>436</sup>**



Nos mesmos parâmetros numéricos da análise anterior, formulamos a seguinte tabela:

<sup>435</sup> GINSBURG, Tom, GAROUPA, Nuno. Reputation, Information and the Organization of the Judiciary. *Journal of Comparative Law*, Vol. 228, p. 228-256, 2009. p. 233-234.

<sup>436</sup> Gráfico elaborado pelo autor.

**Tabela 5 - Benefícios de transmissão de informação versus tempo**

Momento	Benefícios fixos	Benefícios percentuais	Benefícios marginalmente decrescentes	Benefícios marginais fixos
T0	100	100	100	100
T1	99,5	99,5	98,5074	99,5
T2	99	99,0025	97,0372	98,903
T3	98,5	98,5075	95,111	98,2107
T4	98	98,015	92,7569	97,2450
T5	97,5	97,5249	90,0087	96,5481
<b>T6</b>	<b>97</b>	<b>97,0373</b>	<b>86,9053</b>	<b>95,5826</b>

**Nota:** Tabela elaborado pelo autor.

Não se faz necessário apresentar novo gráfico, porquanto as suas curvas de decaimento seriam idênticas ao gráfico anterior. Uma plethora de análises sobre os custos e benefícios de transmissão de informação poderia ser incluída nesta seção. No momento, basta considerarmos necessária a inclusão dos custos e benefícios de transmissão sobre reputação no nosso panorama teórico e compreendermos as principais possibilidades matemáticas de evolução destes elementos num sistema dinâmico de redes.

Por fim, é necessário incluirmos um último item na construção teórica das redes de transmissão de informação: a influência da topologia da rede. Isto porque se a transmissão de informação possui um custo, este custo é auferido nodo a nodo<sup>437</sup>. Quanto mais nodos a informação percorrer até chegar ao destino final, mais desgastada ela estará, significando maiores custos marginais de transmissão, menores benefícios marginais, maior a perda de informação e maior o tempo entre a ocorrência do fato e a sua comunicação.

<sup>437</sup> Em seu modelo teórico baseado em Teoria dos Jogos, BAKER e CHOI incluem expressamente os custos de imposição da sanção e os custos da sanção para as partes em termos de perdas de oportunidades comerciais. Notam os autores que os custos podem ser ainda mais elevados se a refusa em continuar comerciando ocorrer em uma relação em que ainda seria lucrativo para as partes transacionarem, mas elas decidem não realizar trocas por razões reputacionais. Ainda, os autores apontam que a transmissão de informação em uma rede de comerciantes geograficamente muito distante será relativamente mais custosa. BAKER, Scott; CHOI, Albert. *Crowding In: How Formal Sanctions can Facilitate Informal Sanctions*. **UCLA Law and Economics Workshop Fall 2013/Spring 2014**, p. 1-39, 2014. p. 2.

A topologia da rede é um fator de eficiência de transmissão da informação. Quanto mais interconectados os nodos, menor é o número de conexões necessárias para que a informação alcance os demais nodos. Num *cluster*, a média de distância entre os nodos normalmente será um valor bastante baixo, possivelmente inferior a dois dígitos<sup>438</sup>. A diminuição do número de conexões necessárias resulta em menor perda de informação, menores custos e maiores benefícios na transmissão da informação. Esta constatação por si só representa uma justificativa suficiente para a formação e consolidação de redes comerciais em torno de associações ou instituições comerciais. As conexões preferenciais ocorrem entre os comerciantes, porquanto é muito mais provável que um agente, um *newcomer* no mercado, acabe sendo conectado a um comerciante mais antigo que já seja muito bem conectado.

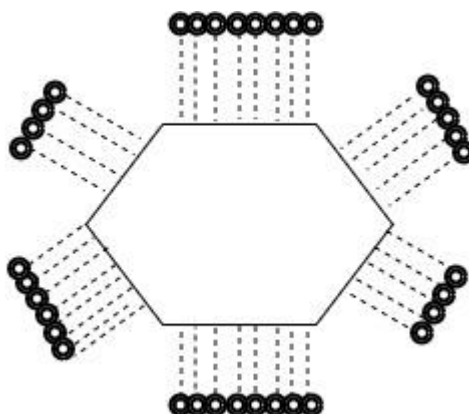
Retomemos a nossa assunção de que as associações comerciais estão em um plano diferente dos comerciantes, porquanto não transacionam como comerciantes. Assumamos que, mesmo estando em um plano diferente, as associações também podem ser nodos e assumamos que estes nodos são naturalmente hiperconectados, já que as associações costumam reunir um número mais elevado de comerciantes que agremiações informais ou outras uniões de qualquer tipo

Uma representação de uma associação comercial enquanto nodo poderia ser feita da seguinte forma, centrada na figura da instituição:

---

<sup>438</sup> A transmissão de informação naturalmente esbarra em um problema *n versus np* que determina a eficiência da rede. Isto porque quando a informação escolhe um caminho, ela possivelmente não está comparando todos os caminhos possíveis para chegar a um nodo específico, de forma que a informação pode percorrer nodos desnecessários para chegar ao seu destino. Há, inclusive, um custo para comparar caminhos, além da dispersão de informação adicional causada quando a informação percorre caminhos desnecessários até chegar ao destinatário final.

Gráfico 22 - A associação representada como nodo<sup>439</sup>



. Retomemos, uma vez mais, a ideia de *preferential attachment* de BARABÁSI – nodos hiperconectados **tendem** a fazer mais novas conexões que nodos não tão conectados. Em termos puros de **transmissão de informação**, os nodos mais conectados serão claramente mais eficientes, levando em consideração os modelos matemáticos simplistas desta seção. Contudo, podemos ir um pouco mais além e afirmar que a associação é uma forma extremamente eficiente de organização para **transmissão de informação sobre reputação**.

Assumamos que a reputação é uma medida de sucesso do nodo. O nodo de melhor reputação irá prosperar: conseguir mais novas conexões. O nodo de reputação abalada possuirá mais dificuldade em conectar-se com outros nodos.

Quanto mais a associação transmite informação verdadeira sobre a reputação, mais a sua própria reputação se enriquece. Quanto mais a reputação da instituição aumenta, maiores são as chances de ela realizar novas conexões. Quanto mais conexões, mais eficiente o processo de transmissão de informação. Boas reputações prosperam no mercado, enquanto más reputações são gradualmente eliminadas. Não olvidamos que as associações são organizações que nascem coletivas, portanto, possuindo uma pluralidade de conexões. O processo de transmissão de informação sobre a reputação, quando verdadeiro, é um processo que se retroalimenta – *the rich get richer*, na lei de potência de BARABÁSI para redes complexas. Por conseguinte, a associação comercial é um **nodo hiper-eficiente** em termos de transmissão de informação sobre a reputação.

<sup>439</sup> Gráfico elaborado pelo autor.

Este processo não é excluído dos agentes individuais, que irão seguir a mesma regra de potência para crescimento retroalimentado pela transmissão eficiente de informação correta. Este fenômeno já está amplamente abrangido por este modelo teórico, já que ele parte do pressuposto que formar-se-ão *clusters* e *hubs* entre os comerciantes. Não estamos diante de uma regra absoluta, já que é plenamente possível imaginar nodos de comerciantes individuais com muito mais conexões que qualquer associação comercial e que serão mais eficientes para transmissão de informação sobre reputação. A nossa explicação da associação como nodo hiper-eficiente é sobretudo uma racionalização da organização comercial orgânica em diversos setores comerciais, que se revolvem em torno de associações comerciais, embora uma vasta gama de organizações diferentes é possível. Se formos extrapolar a consideração sobre associações para os nodos individuais, teremos que nodos hiperconectados são hiper-eficientes em termos de transmissão de informação sobre a reputação.

A reputação também é uma medida da **qualidade do nodo** como fonte de transmissão de informação. Nodos de maior qualidade tenderiam a fornecer informações mais relevantes e acuradas sobre reputação. Estes nodos também apresentariam mais conexões, não sendo objetivo agora discutir se o aumento das conexões é causa ou consequência do aumento da qualidade do nodo, ou seja, se os *hubs* assim se tornaram tão conectados por proverem informação de qualidade ou se a informação de qualidade os fez mais conectados que os demais nodos, sendo altamente provável que os dois processos estão umbilicalmente ligados. Importa, por conseguinte, reconhecer um último elemento desta análise, consistente nas características subjetivas (qualidade) do nodo que influenciam o seu nível de desenvolvimento e *fitness* em determinada comunidade, assim como o seu *status* como nodo hiperconectados.

Embora esta característica seja tanto atribuível a associações comerciais quanto aos comerciantes individualizados, entendemos ser relativamente mais provável que **relevância** e **qualidade** na transmissão de informação sejam concentradas em instituições ou organizações coletivísticas. Isto porque a qualidade de transmissão da informação será uma medida do nível de repetições, ou seja, quanto mais informação e quanto mais vezes informação é transmitida e recebida positivamente, maior será a relevância do nodo. O comerciante individualizado possivelmente não possuirá tamanho interesse em repetitivamente compartilhar informações sobre outros comerciantes com diversos nodos, ou não existirão

incentivos econômicos suficientes para que os agentes individualizados estabeleçam os próprios sistemas para vigiar a punir maus comerciantes.

Ademais, notamos que a maioria das considerações desta seção não pressupõe a **simultaneidade** da transmissão da informação. Com efeito, dado que a transmissão de informação de A para B é um **evento independente** da transmissão da informação de C para D, estes eventos poderão ocorrer simultaneamente. Por um lado, entendemos que assumir uma dinâmica quase incontrolável da transmissão de informação somente tornaria a rede complexa em rede desnecessariamente complexa sem ganho teórico. Por outro lado, a análise individual representa é capaz de representar matematicamente e graficamente o fenômeno, incluindo a correção dos cálculos, embora deva ser feita a ressalva de que os fenômenos, aqui tratados separadamente, são naturalmente simultâneos.

Estas considerações exaurem momentaneamente a nossa construção teórica sobre redes complexas dinâmicas para transmissão de informação sobre reputação. No tópico seguinte, faremos a ligação entre este modelo teórico e as associações comerciais com base em mecanismos peculiares de transmissão de informação sobre reputação por elas desenvolvidos.

## 6.5 DISTRIBUIÇÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE REPUTAÇÃO POR MEIO DE REDES ASSOCIATIVAS

Para os efeitos desta seção, retomamos a nossa definição de confiança **como um julgamento de valor sobre as características positivas ou negativas de um agente**, consistindo de **uma qualificação contextual positiva ou negativa feita por um agente em relação aos outros** fundamentada nas informações que um agente possui sobre os demais.

Não é necessário apontar que a transmissão da informação na seara comercial é tão antiga quanto a própria ideia de comércio e que reputação, embora tenha encontrado uma construção formal mais tardia, sempre foi um fator relevante na transação comercial. Por outro lado, incumbe apontar a típica **versatilidade** da comunicação na área comercial, de forma que os comerciantes e as instituições que eles formavam rapidamente se adaptavam às necessidades de sua época para que a mensagem chegasse aos corretos destinatários. Por exemplo, ainda nos primórdios do direito comercial, as instituições se organizam para superar

esta barreira, como, por exemplo, consta a repetição das regras costumárias dos comerciantes quantas vezes fossem necessárias às populações de cidades medievais<sup>440</sup>. Assim, mesmo em tempos marcados pela oralidade, dificuldade de acesso ao texto escrito, alta taxa de analfabetismo, entre outros, as sociedades conseguiram se organizar para reger as relações comerciais em termos de comunicação. Exemplo mais marcante e fundamental é o próprio desenvolvimento de regras comerciais relativamente homogêneas ou harmonizadas em uma porção de terra bastante extensa na Europa Medieval<sup>441</sup>.

Cada época encontrou uma forma específica e adequada para transmissão de informação. Assim, nos primórdios do direito mercante, a oralidade era quase exclusivamente a forma de transmissão de informação, com poucos registros da palavra escrita. Paulatinamente o documento ganhou maior acessibilidade e importância, sendo onipresente nas transações comerciais, embora grande parte das transações ainda sejam iniciadas ou conduzidas de forma oral entre os comerciantes.

De um lado, o Estado pode ser o agente central de distribuição de informações sobre a reputação do comerciante. A União Europeia é particularmente rica em exemplos neste sentido, porquanto vem adotando a estratégia de *naming and shaming*<sup>442</sup> em diversos pontos. Por exemplo, mencionamos a inscrição de empresas poluidoras na lista do *European Pollutant Emission Register*<sup>443</sup> ou a inscrição de empresas áreas inseguras na lista da Comissão Europeia (*EU Air Safety List*)<sup>444</sup>. Usualmente, a transmissão de informação pelo Estado é precedida de algum processo ou procedimento que legitime a apresentação de um dado tão sensível e impactante ao restante da sociedade. Os Estados Unidos também apresentam uma longa lista

---

<sup>440</sup> BICKLEY, Francis (ed.). **The Little Red Book of Bristol**. v. 2, Londres: Henry Southeran & Co, 1900. p. 39-40. O texto se refere à Ordenação do Rei Eduardo III, de 16 de Outubro de 1331, item 28. Transcrição: "Also it is ordained and agreed that every year on the morrow of Michaelmas after the Mayor shall have been elected these liberties and customs shall be read frequently if need be, and likewise the charter of liberty, in the presence of the Mayor and whole Commonalty, that every one may know and hear both these liberties and customs and the liberties contained in the aforesaid chapter that they may not be forgotten that all burgesses be sworn afresh to observe and maintain the aforesaid liberties and customs".

<sup>441</sup> MU MUSTILL, Michael. The New Lex Mercatoria: the First Twenty-five Years. **Arbitration International**, v. 4, p. 86-109, 1988. p. 110-114.

<sup>442</sup> Ponto a ser abordado separadamente nas categoriais mais comuns de sanções informais, na seção seguinte.

<sup>443</sup> Fundamentada em uma Regulação de 2006 (UNIÃO EUROPEIA. **Regulação No. 166/2006**), a lista está disponível em: <https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/data/member-states-reporting-art-7-under-the-european-pollutant-release-and-transfer-register-e-prtr-regulation-18>. Acesso em: 1 ago. 2019.

<sup>444</sup> A lista está disponível em: [https://ec.europa.eu/transport/modes/air/safety/air-ban\\_en](https://ec.europa.eu/transport/modes/air/safety/air-ban_en). Acesso em: 1 ago 2019.



de agências que divulgam informação reputacional sobre os agentes por elas monitorados, como a *FDA*, *FTC* e *FAA*<sup>445</sup>.

De outro lado, a transmissão das informações pode ser feita de forma mais espontânea por indivíduos ou organizações comerciais.

Ela pode ser realizada de forma completamente espontânea, como quando o comerciante confessa oralmente algo ocorrido com outro comerciante, assim como quando a informação é transmitida de forma escrita entre indivíduos ou grupos de indivíduos no mercado. A força destas redes de transmissão foi analisada extensamente por GRANOVETTER<sup>446</sup>, sendo comprovada a sua capacidade para transmissão de informação sobre a reputação do comerciante.

Mesmo quando ela ocorre de forma espontânea, é natural que se desenvolvam determinados pontos de referência que coletam e disseminam informações sobre participantes. Isto pode ocorrer de forma intencional, como, por exemplo, um repositório de práticas e uma memória coletiva de determinado mercado. Excelentes exemplos de transmissão de informação feita pelas instituições comerciais de forma organizada são as listas de *naming and shaming* GAFTA e ICA analisadas logo abaixo. Normalmente estes processos não seguem o mesmo nível de devido processo legal que se espera do Estado, mas também fogem da arbitrariedade de seus dirigentes. Estes processos também possuem a função de legitimar a informação transmitida e sinalizar a sua veracidade. Isto porque se as instituições comerciais fornecem procedimentos de defesa e oitiva, que naturalmente serão custosos (para a instituição ou para as partes), estes *sunk costs* atuam de forma positiva a sinalizar a veracidade da informação que destes procedimentos decorre.

No entanto, é de se esperar que estes pontos de referência se desenvolvam organicamente, conforme se verifica a necessidade e capacidade de transmissão deste tipo de informação sobre as transações e o histórico coletivo ou particular de determinado setor.

---

<sup>445</sup> Estas agências (*Food and Drug Administration*, *Federal Trade Commission* e *Federal Aviation Administration*) são relativamente bastante abertas à revelação de informação sobre reputação das empresas a elas sujeitas, que naturalmente servirão como fonte qualificada de informação sobre a qualidade destes agentes comerciais. BAKER, Scott; CHOI, Albert. Crowding In: How Formal Sanctions can Facilitate Informal Sanctions. *UCLA Law and Economics Workshop Fall 2013/Spring 2014*, p. 1-39, 2014. p. 29.

<sup>446</sup> GRANOVETTER, Mark. The Strength of Weak Ties. *The American Journal of Sociology*, v. 78, No. 6, p. 1360-1380, maio/1973.

Usualmente, esta função de transmissão orgânica sobre informação será realizada pelas organizações comerciais ou sob a sua influência, tanto pela **capacidade** ampliada de transmissão (número mais elevado de conexões), quanto pela **autoridade** com que estas informações são transmitidas.

Arguem BAKER e CHOI que fornecer autoridade à transmissão de informação é uma das principais funções ou efeitos das organizações comerciais que coletam e distribuem informação. Para o observador externo, será mais seguro confiar em intermediários, como as organizações comerciais, que conhecem e estão em contato, com canais de comunicação estabelecidos, com parte significativa do mercado<sup>447</sup>.

A confiança em intermediários é central ao argumento de BOTSMAN sobre a confiança em rede. Por meio de diversos exemplos concretos, incluindo o estabelecimento da *Amazon* e *Alibaba*, a autora desenvolve a ideia de que a confiança pode fluir de baixo para cima e vice-versa. A organização da confiança tradicional em instituições usualmente partia de uma confiança que fluía de cima para baixo e organizava a vida social e comercial por meio da autoridade destas instituições. Na confiança distribuída, a autoridade se espalha de forma horizontal, fluindo dos próprios participantes do sistema. Não obstante, reconhece a autora que estas modalidades convivem harmonicamente, além do fato que elas se retroalimentam. Por exemplo, a confiança nas instituições que representam ou abrange uma determinada rede flui também da confiança dos participantes da rede nesta rede. No sentido inverso, a confiança em uma rede organicamente organizada pode decorrer do fato de que parte, ou a totalidade, dos participantes daquela rede está relacionado a uma instituição<sup>448</sup>.

Não é por razão diversa que os **selos** e **sinais institucionais** são de tamanho valor para a organização comercial. Quando a uma transação é colocada um selo de conformidade de uma instituição, as partes estão informando o público em geral que não somente elas se certificaram do que era necessário para a transação ocorrer, como também a instituição valida o ocorrido. Por exemplo, o certificado apostado pela WFDB às transações que ocorrem em suas

---

<sup>447</sup> BAKER, Scott; CHOI, Albert. Crowding In: How Formal Sanctions can Facilitate Informal Sanctions. **UCLA Law and Economics Workshop Fall 2013/Spring 2014**, p. 1-39, 2014. p. 29.

<sup>448</sup> BOTSMAN, Rachel. **Who can you Trust? How Technology Brought us Together and Why it Might Drive us Apart**. Nova Iorque: Penguin Books, 2017. p. 7.

premissas, usualmente envolvendo a pesagem dos produtos, revela, para um observador externo, uma confiança de duas dimensões – a dimensão da rede e da instituição<sup>449</sup>.

Destarte, estes mecanismos não costumam existir no vácuo, significando que eles todo o tempo se inter-relacionam, interconectam e se influenciam. Por hipóteses, admitidos que em determinadas comerciais o Estado não será transmissor de informação da reputação do comerciante, sendo o mesmo possivelmente aplicável às instituições comerciais. Entretanto, esta não será a regra. Como aponta VAN ERP, as experiências comerciais e reputação são transmitidas tanto por redes formais quanto informais, sem que as partes comunicadas tenham necessariamente conhecimento de que a conduta está sendo informada<sup>450</sup>.

Isto posto, passamos a analisar em um pouco mais detalhes mecanismos concretos de transmissão de informação sobre reputação por meio de instituições comerciais.

À guisa de ilustração, a *International Cotton Association* (ICA) inclui os associados que não respeitarem as decisões arbitrais em uma lista denominada “*Unfulfilled Awards: Part 1*”. As instituições que são relacionadas àquela que descumpriu a decisão arbitral são incluídas na lista “*Unfulfilled Awards: Part 2*”<sup>451</sup>. A lista é facilmente acessível *online*<sup>452</sup> e conta com 644 nomes listados (em jul/2019), incluindo empresas e indivíduos de todos os continentes. Nota-se que diversas inclusões na lista ocorreram em menos de 3 meses da divulgação da sentença arbitral.

O processo de inclusão se dá por iniciativa da parte no processo arbitral em que a decisão foi descumprida, informando os Diretores da situação. Os Diretores possuem a prerrogativa de informar diversas entidades, incluindo todos os membros da ICA e do *Committee for International Cooperation between Cotton Associations (CICCA)*. Se julgarem

<sup>449</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 123.

<sup>450</sup> ERP, Judith van. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. *Erasmus Law Review*, vol. 1, No. 5, p. 145-162, 2009. p. 148.

<sup>451</sup> REINO UNIDO. **International Cotton Association Bylaws**. Disponível em: <<https://www.ica-ltd.org/media/layout/documents/rulebooks/2019-02-rulebook-en.pdf>>, acessado em 29/07/2019. Transcrição: “Bylaw 366: [...] 4 If the Directors so decide, this information and any other appropriate information will be circulated on a list of unfulfilled Awards, to be known as the ‘ICA List of Unfulfilled Awards: Part 1’. (...) 6 The Directors may also at any time circulate to Individual Members, Member Firms, and Member Associations of the Committee for International Co-operation between Cotton Associations (CICCA), a notice advising them of any entity which appears to be related to a defaulter. Such notice shall be known as the ICA List of Unfulfilled Awards: Part 2.”

<sup>452</sup> Disponível em: < <https://www.ica-ltd.org/safe-trading/loua-part-one/>>, acessado em 29/07/2019.

necessário, os Diretores podem determinar a inclusão do membro na correspondente lista de sentenças descumpridas e que seja circulada uma *Advisory Note* informando sobre os riscos de negociar com os comerciantes que foram incluídos na lista<sup>453</sup>.

Procedimento similar ocorre em relação às arbitragens GAFTA (*Grain and Feed Trade Association*). O Conselho da GAFTA pode circular no *GAFTA Notice Board*, em seu sítio eletrônico e em comunicação a todos os seus membros, em qualquer modalidade que considerarem adequada, o fato de uma sentença arbitral ter sido descumprida por um membro. A mesma disposição é aplicável para a inadimplência do pagamento dos custos da arbitragem<sup>454</sup>.

As regras da WFDB (“*World Federation of Diamond Bourses*”) e do DDC (“*Diamond Dealers Club New York*”) também provam o ponto. Durante o processo de aceitação de um novo membro no DDC, a sua foto é exposta nas paredes do clube por dez dias para que os demais membros tenham a oportunidade de informar razões para a não aceitação do novo membro, seguido de um período probatório de dois anos<sup>455</sup>. Caso a sentença arbitral não seja cumprida em dez dias úteis, ela é publicada nas paredes do clube em conjunto com uma foto da parte inadimplente e a informação do descumprimento é comunicada para todos os membros da WFDB. Todas as Bolsas filiadas à WFDB se comprometem, em seu ato de filiação, a executar as sentenças arbitrais prolatadas no seio das demais bolsas. Além da exposição da figura dos inadimplentes, descumprir a sentença arbitral leva à imediata suspensão e possível desligamento do membro recalcitrante da sua Bolsa local e, após

---

<sup>453</sup> DIETS, Thomas. **Global Order beyond Law: How Information and Communication Technologies facilitate Relational Contracting in International Trade**. Londres: Bloomsbury, 2014. p. 200

<sup>454</sup> REINO UNIDOS. **Grain and Feed Trade Association Arbitration Rules No. 125**. 2016. Disponível em: <[https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Contracts/2016/125\\_2016.pdf](https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Contracts/2016/125_2016.pdf)>, acessado em 01/08/2019. Transcrições: “Art. 24.1: *In the event of any party to an arbitration or an appeal held under these Rules neglecting or refusing to carry out or abide by a final award of the tribunal or board of appeal made under these Rules, the Council of Gafta may post on the Gafta Notice Board, Web-site, and/or circulate amongst Members in any way thought fit notification to that effect. The parties to any such arbitration or appeal shall be deemed to have consented to the Council taking such action as aforesaid.*” e “Art. 24.2: *In the event that parties do not pay the costs, fees or expenses of the arbitration or appeal when called upon to do so by Gafta in accordance with these Rules, the Council may post on the Gafta Notice Board, Web-site, and/or circulate amongst Members in any way thought fit notification to that effect. The parties to any such arbitration or appeal shall be deemed to have consented to the Council taking such action as aforesaid.*”

<sup>455</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 120.

comunicação às demais Bolsas filiadas à WFDB, à impossibilidade de juntar-se a qualquer uma das bolsas filiadas à WFDB<sup>456</sup>.

## 6.6 CONFIANÇA E REDES ASSOCIATIVAS DE TRANSMISSÃO DE INFORMAÇÃO

Ainda dentro do tópico, trataremos de um interessante apontamento de VAN ERP sobre o surgimento de sistemas reputacionais fundados em sanções informais. Assevera a autora que estes sistemas floresceram em mercados caracterizados por alta assimetria informacional e altos custos de transação, em que a compensação pela inexecução das obrigações é particularmente defeituosa. Os exemplos abordados pela autora são a indústria de algodão (BERNSTEIN), diamantes (BERNSTEIN) e construção holandesa. A autora levanta quatro características destes mercados: (i) a elevada importância da confiança nas suas transações; (ii) o fato de que acordos descumpridos prejudicam diretamente a posição de mercado dos agentes; (iii) a baixa distância relacional; e (iv) as raízes morais para o cumprimento dos contratos nestes mercados<sup>457</sup>.

O argumento se desenvolve com a consideração de que a confiança é um **mecanismo de simplificação da complexidade das transações** e que, combinada com mecanismos formais *ex post* ineficientes, provê incentivos aos agentes para coletar informações suficientes sobre os seus parceiros comerciais a ponto de transacionar com agentes nos quais acredita que não irá depender do recurso a estes mecanismos. Por certo, a reputação deve ser relevante aos agentes, sendo ressaltadas as situações peculiares em que ela é um não-fator. Afirma, ademais, que os laços precisam ser consolidados o suficiente para que a informação seja transferida, recorrendo ao conceito de incrustação das transações comerciais. Por fim, entende ser certo que nestes mercados o cumprimento dos contratos não é exclusivamente uma decisão racional maximizadora de interesse, mas também é motivada por razões morais<sup>458</sup>.

---

<sup>456</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 128-129.

<sup>457</sup> ERP, Judith van. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. *Erasmus Law Review*, vol. 1, No. 5, p. 145-162, 2009. p. 154-156.

<sup>458</sup> Vide análise desenvolvida no final do capítulo.

Ao largo, podemos estender que a **confiança**<sup>459</sup> é um elemento de **facilitação** da construção de redes de transmissão de informação. A confiança pode ser entendida como um **constructo social** correspondente à objetivação do produto do relacionamento entre dois agentes, surgindo da interação entre eles, e servindo como elemento de orientação da relação para as interações futuras entre os agentes. Em seu cerne, ela será o produto de interações, dentro de uma relação, que orientará a conduta dos agentes nas interações futuras, de forma positiva ou negativa (existência ou ausência de confiança)<sup>460</sup>.

Neste ponto, PUTMAN traça interessantes considerações sobre a agregação de capital social em comunidades. Afirma o autor que a reciprocidade generalizada em uma comunidade é uma vantagem econômica diretamente auferível, pois representa uma direta redução dos custos de transação, defendendo que “*Generalized reciprocity is a community asset [...] Trustworthiness not simply trust, is the key ingredient*”. Estas formas de organização social são fomentadas por redes sociais intrincadas, em que os ganhos de curto prazo não compensam a perda de reputação a longo prazo (o problema básico do oportunismo), que consolidam a confiança como não só um altruísmo pontual, mas também como uma ferramenta de auto-interesse no futuro daquela comunidade<sup>461</sup>.

PUTMAN coloca em termos claros um dos argumentos essenciais para compreender a magnitude das redes sociais na vida comerciante. Dois membros de uma comunidade densamente interligada muito provavelmente irão se reencontrar no futuro – a sombra do futuro -, motivo pelo qual a traição momentânea é desencorajada – o fator de desconto do futuro é excessivamente baixo. Este argumento permeia todo o presente trabalho nas mais

---

<sup>459</sup> Confiança é um termo reconhecidamente difícil de se definir. Na literatura específica sobre sanções informais, confiança pode ser definida como: “the expectation that both actors will behave in a mutually acceptable manner, including an expectation that neither party will exploit the other’s vulnerabilities”, encontrada em SCHILKE, Oliver, COOK, Karen. Source of Alliance Partner Trustworthiness: Integrating Calculative and Relational Perspectives. **Strategic Management Journal**, Vol. 36, p. 276-297, 2015. p. 277. O termo também encontra uma definição de trabalho em GILSON, SABEL e SCOTT referindo-se a: “we extend the generic term “trust” in two ways; first, to refer to the complementary combination of informal mechanisms –reputation, continuing relations and reciprocity--that evolve through the actions of the parties in implementing their substantive goals under the agreement; and second, in the increasing confidence of each party in the ability of the other to actually perform as the agreement requires”. GILSON, Ronald, SABEL, Charles, SCOTT, Robert. Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine. **Stanford Law and Economics Olin Working Paper**, No. 389, p. 1-75, jan/2010. p. 6.

<sup>460</sup> WEBER, Linda, CARTER, Allison. **The Social Construct of Trust**. Nova Iorque: Springer, 2003. p. 5.

<sup>461</sup> PUTMAN, Robert. **Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community**. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2000. p. 142

variadas formas. No entanto, o autor vai um pouco além e classifica a confiança na honestidade alheia em duas categorias: a confiança densa e generalizada. A confiança densa é subjetiva, significando que Gunther confia em Werter porque Werter cumpre com o que promete há oito anos. A confiança mais rica teoricamente é a confiança generalizada, que consiste na confiança do sujeito em sujeitos que ele não conhece, mas que compartilham o mesmo círculo ou rede social e implícita ou explicitamente dividem os mesmos valores, opiniões, comportamentos, entre outros traços sociais. Pode ser definido, em termos simples, com a predisposição inicial para “*dar o benefício da dúvida*” a estranhos. Esta predisposição a confiar possui efeitos benéficos coletivos, pois estende o círculo de pessoas nas quais um sujeito confia<sup>462</sup>.

No mesmo sentido, assevera KADENS que a reputação é uma construção da rede do comerciante, não sendo uma medida isolada das qualidades pessoais de um agente, mas sobretudo uma análise subjetiva da confiabilidade do agente. Quanto mais fechada e unidade a comunidade por laços fracos, maior a influência da comunidade na reputação e, por conseguinte, nas oportunidades comerciais futuras do comerciante<sup>463</sup>.

A confiança densa – individual-individual ou empresa-empresa – é a base de construção de parte significativa das redes de transmissão de informação. Contudo, com elas não se confundem – não é **necessário** confiar no parceiro comercial para transmitir informação para ele. Em diversas situações, a regra é justamente a oposta: primeiro se transmite a informação, depois se confia (o dilema fundamental da confiança). Existem redes de confiança tais quais Amaral, que confia em Betina, que confia em Carlos, que confia em Danilo, e por aí vai. Podem existir redes de confiança tais quais Amaral, que confia em Betina, também confia em Carlos, pois Betina confia em Carlos. Esta confiança descentralizada apresenta consequências e possibilidades de análise mais profundas em relação à teoria das redes.

Em primeiro lugar, a confiança descentralizada endereça os mesmos problemas apontados por AXELROD em sua análise seminal sobre o surgimento das condições de

---

<sup>462</sup> PUTMAN, Robert. *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2000. p. 143-144.

<sup>463</sup> KADENS, Emily. Pre-Modern Credit Networks and the Limits of Reputation. *Iowa Law Review*, Vol. 100, p. 2429-2455, 2015. p. 2440.

cooperação entre agentes, envolvendo quais são as condições para os agentes cooperarem (confiarem) e em que condições eles devem trair ou ser egoístas (não confiar) e, essencialmente, como pode surgir cooperação (confiança) entre jogadores auto-interessados, ausente uma autoridade central. O *insight* fundamental que permeia a obra é que a sombra do futuro é capaz de orientar jogadores desinteressados e egoístas a cooperarem<sup>464</sup>.

Admitir a confiança descentralizada em rede resolve parcialmente o problema da vontade na confiança. Isto porque não é necessário que o agente confie no outro agente individualizado. Basta que o agente **confie na sua rede** para que ele, ao menos, esteja predisposto a confiar na conexão da sua conexão. A construção de uma rede comercial, assim como a construção da confiança, não é algo necessariamente intencional, sendo sobretudo resultado de uma atuação comercial em determinada localidade por um certo período de tempo. Assim, **a confiança do agente está distribuída na rede**, formando redes de confiança.

Este argumento transparece na abrangente obra sobre confiança de BOTSMAN, que avança a ideia de que a história da confiança pode ser dividida em três etapas. A primeira etapa consistia na confiança **local**, baseada nas comunidades pequenas em que todos se conhecem. Na cultura chinesa, como pontua a autora, esta ideia está cristalizada no conceito de *guanxi*, referindo-se à confiança na família, amigos e vizinhos da mesma vila. A segunda etapa seria caracterizada pela confiança **institucional**, centrada em figuras intermediárias, como as cortes, empresas, associações, essencialmente voltada para a figura de uma autoridade, revelando um aspecto vertical da confiança. A terceira etapa, ainda em sua infância, é a fase da confiança **distribuída** horizontalmente na rede, como ocorre, por exemplo, nas novas áreas de economia compartilhada (*e. g.*, as aplicações Uber, Airbnb, entre outras)<sup>465</sup>.

A confiança interpessoal do *guanxi* chinês é explicada por CHUNG e HAMILTON como um fenômeno situacional e informal, no qual a regra fundante é o princípio da reciprocidade fundado na confiança pessoal (*xinyong*), desenvolvendo sentimentos afetivos (*ganqing*) com a passagem do tempo. Esta relação usualmente se desenvolve entre

---

<sup>464</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. vii.

<sup>465</sup> BOTSMAN, Rachel. **Who can you Trust? How Technology Brought us Together and Why it Might Drive us Apart**. Nova Iorque: Penguin Books, 2017. p. 5-6.



comerciantes com elementos e uma identificação em comum referente a nome, família, local, escola, profissão, grupo social, entre outros<sup>466</sup>.

Esta forma de confiança distribuída corresponde ao constante ranqueamento de todos os participantes do sistema por seus participantes. Assim, o agente confia em um estranho porque este estranho recebeu uma plethora de avaliações positivas por outros usuários desconhecidos. Se o agente assume que a rede é relativamente honesta e justa em ranquear os seus participantes, fluirá naturalmente a sua confiança de que os estranhos positivamente avaliados são, de fato, confiáveis. Torna-se desnecessário encontrar e desenvolver uma autoridade central que defina os agentes confiáveis ou não, pois a própria rede se mostra capaz de fazê-lo<sup>467</sup>.

É certo que as diversas formas de confiança convivem, de forma a observarmos a confiança local, institucional e distribuída simultaneamente nas comunidades e transações comerciais. Em conjunto, elas formam o que BERNSTEIN denomina **capital social estrutural**, composto pela **rede de conexões** que serve de apoio extralegal às transações. Quando a transação está incrustada na rede, o valor da reputação é exponencializado com relação a uma transação entre duas empresas que possuem poucas, ou nenhuma conexão. A conclusão da autora é de que o capital social estrutural possui um efeito na circulação de informação de tal forma a funcionar como um mecanismo de governança contratual fundado em rede<sup>468</sup>.

A confiança entre os agentes do mercado generalizada pode ser desenvolvida espontaneamente com base nas transações, como aponta PUTNAM, ou pode ser fomentada por estes mecanismos de governança contratuais desenvolvidos e aplicados por determinadas

---

<sup>466</sup> CHUNG, Wai-Keung, HAMILTON, Gary. Social Logic as Business Logic: Guanxi, Trustworthiness, and the Embeddedness of Chinese Business Practices. In APPELBAUM, Richard, FELSTINER, William, GESSNER, Volkmar (ed.). **Rules and Networks – The Legal Culture of Global Business Transactions**. Portland: Hart Publishing, 2001. p. 326-327.

<sup>467</sup> CHUNG, Wai-Keung, HAMILTON, Gary. Social Logic as Business Logic: Guanxi, Trustworthiness, and the Embeddedness of Chinese Business Practices. In APPELBAUM, Richard, FELSTINER, William, GESSNER, Volkmar (ed.). **Rules and Networks – The Legal Culture of Global Business Transactions**. Portland: Hart Publishing, 2001. p. 6-7.

<sup>468</sup> BERNSTEIN, Lisa. Beyond Relational Contracts Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, No. 742, p. 1-71, 2016. p. 42-43. Dada a precisão da autora, incumbe transcrever o trecho original: “As a consequence, when a transaction is embedded in a network, the hostage value of reputation is much greater than when a transaction is between two firms with few, if any, connections to other firms in the relevant market. It is through its effects on the flow of information that structural social capital can function as a network-based contract governance mechanism.”

comunidades comerciais<sup>469</sup>. Em ambos os casos, estamos diante de um crescimento orgânico do capital social estrutural da comunidade por meio da repetição de transações entre os *players*, que estão usualmente altamente conectados uns aos outros, formando redes eficientes de transmissão de informação sobre reputação e ampliando a sombra do futuro.

Os exemplos de desenvolvimento da confiança em mercados específicos permeiam a presente obra, dos quais podemos citar os trabalhos fundantes de ELLICKSON, BERNSTEIN, MACAULAY e GREIF, e algumas outras obras esparsas<sup>470</sup>, pois estes autores analisaram profundamente redes mercantis que, ao final e ao cabo, são **redes mercantis de confiança**.

Se formos agregar a confiança enquanto elemento da nossa elaboração sobre as redes de transmissão da informação, estaríamos diante de um elemento que atua como redutor do fator de desconto dos custos e do ruído na transmissão de informação. Assim, a confiança atuaria em ao menos dois elementos, reduzindo o custo de transmissão de informação e aumentando a precisão da informação. Além disso, a confiança pode ser vista como fator de inibição do oportunismo e da tentação de trair o parceiro comercial.

Assim, para completar o modelo teórico deste capítulo, a confiança pode ser inserida como um **catalisador** da transmissão de informação sobre reputação, facilitando a sua realização, reduzindo os custos para que ela ocorra e reduzindo o ruído e perda de informação quando ela perpassa a rede.

---

<sup>469</sup> PUTMAN, Robert. *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2000. p. 143-144.

<sup>470</sup> ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge: Harvard University Press, 1991; BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992.; BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001; BERNSTEIN, Lisa. Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 144, p. 1765-1821, 1996; BERNSTEIN, Lisa. Beyond Relational Contracts Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts. Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, No. 742, p. 1-71, 2016; MACAULAY, Stewart. Non-Contractual Relations in Business: a Preliminary Study. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, p. 55-67, fev/1963; GREIF, Avner. Reputation and Coalitions in Medieval Trade: Evidence of the Maghribi Traders. *The Journal of Economic History*, Vol. 49, No. 4, p. 857-882, dez/1989. Podemos também mencionar: FAFCHAMPS, Marcel. The Enforcement of Commercial Contracts in Ghana. *World Development*, Vol. 24, No. 3, p. 427-448, mar/1996; CLAY, Karen. Trade without Law: Private-Order Institutions in Mexican California. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 13, No. 1, p. 202-231, 1997; McMILLAN, John, WOODRUFF, Christopher. Private Order under Dysfunctional Public Order. *Michigan Law Review*, vol.98, No. 8, p. 2421-2458, 2000.

## 7 RACIONAL JURÍDICO E ECONÔMICO DAS SANÇÕES INFORMAIS REPUTACIONAIS

As sanções informais são um fenômeno que acompanha a história das trocas comerciais. Contudo, como explorado na seção histórica, somente após o século XI, na Europa, podemos falar de um “sistema de comerciantes”, de “regras criadas por comerciantes para comerciantes”, ou seja, de uma guinada qualitativa e quantitativa na incorporação das sanções informais nas práticas mercantis. Esta guinada apresenta diversas traços marcantes que se consolidaram como prática dos comerciantes para a resolução das suas disputas.

A construção dos sistemas jurídicos privados e dos sistemas de sanções informais parte de uma premissa que perpassa a integralidade da presente dissertação que pode ser definida como o princípio da **ortogonalidade da atuação mercante**. Esta premissa é que a utilidade da atuação mercante não é somente composta pela recompensa econômica que almeja o comerciante, mas também por outras preocupações sociais, como a sua **rede** de parceiros comerciais, **honra** e **status** na comunidade, os seus **laços fracos**, a participação em eventos comunitários e/ou religiosos, entre outros. O comerciante depende dos seus recursos econômicos e de um conjunto de recursos sociais para realizar as suas trocas. Ademais, esta dependência na comunidade é uma resposta natural ao problema do oportunismo imediato (*endgame problem*), aumentando consideravelmente a sombra do futuro e estimulando a cooperação entre os comerciantes. Afirma RICHAMN que estas preocupações econômicas são balanceadas pelas preocupações sociais fundadas em receios reputacionais, sendo que estas preocupações de ordem reputacional agem de forma a mitigar a tentação oportunista quando a sombra do futuro não é relevante no momento atual<sup>471</sup>.

Isto posto, descreveremos, em detalhes, as principais características desta atuação ortogonal, sob a perspectiva traçada das sanções informais reputacionais. Utilizando os exemplos históricos apresentados no presente trabalho, assim como discutindo outros exemplos, pretendemos seja apresentada uma visão global sobre este fenômeno e sejam

---

<sup>471</sup> RICHMAN, Barak. Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering. *Columbia Law Review*, No. 104, p. 2328-2367, 2004. p. 2345-2346.

explicados o seu surgimento e maturação em diferentes contextos, de forma a elaborar um quadro geral sobre o racional das sanções informais.

O objetivo deste capítulo é explorar os aspectos, impactos e efeitos das sanções informais reputacionais na condução dos negócios e refletir os nossos desenvolvimentos sobre o tema. Os pontos selecionados correspondem às principais temáticas relacionadas às sanções informais reputacionais que selecionamos com base na literatura de referência.

Dessa forma, o sancionamento informal reputacional: (i) revela uma fuga do sistema estatal de solução de controvérsias; (ii) sinaliza qualidades relevantes do comerciante, orientando as suas futuras transações; (iii) pode ser medido em termos de delegação e autonomia dos comerciantes; (iv) representa um mecanismo implícito de governança contratual; (v) fortemente fundado em cadeias de crédito e de confiança entre os comerciantes; (vi) sendo independentes das sanções formais; (vii) formando sistemas jurídicos privados; nos quais (viii) sanções formais e informais se complementam para alcançar um nível mais elevado de eficiência econômica, (ix) determinando, ultimamente, a cooperação ou traição dos parceiros comerciais.

### 7.1 FUGA DO SISTEMA ESTATAL DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS

Em primeiro lugar, incumbe esclarecer que a fuga ao sistema de solução de controvérsias não significa a fuga ao Direito, mas sim uma escolha racional ou orgânica dos comerciantes para que a resolução das disputas seja feita por seus próprios pares, conservado um mínimo de juridicidade em seus julgamentos.

A não utilização proposital de agentes de mercado aos mecanismos formais de sanção – Lei e contrato, considerados em sentido amplo -, é uma das características marcantes de diversos segmentos de mercado. A fuga do sistema de disputas é um fenômeno histórico com raízes profundas que podem ser traçadas ao menos até a Baixa Idade Média.

Diversos fatores são apontados para a criação de cortes especializadas para a solução de disputas entre comerciantes, tais como a especialidade do Direito (como, por exemplo, a aceitação da transferência sem a tradição física e de contratos sem autoridade formal provendo validade), a necessidade da sua aplicação a contratos transfronteiriços, a falta

de reconhecimento de juros pelas cortes locais e pela Igreja, a necessidade de aceitação de novos meios de provas (como livros contábeis), a especialidade das disputas e o conhecimento de tradições e costumes locais, a proximidade do julgamento feito por membros diretos da comunidade (outros comerciantes), a necessidade de um direito menos formalista, celeridade, informalidade, entre outros. Em suma, juízes, Direito e procedimento especializados despontam como vantagens do recurso aos sistemas alternativos de solução de controvérsias<sup>472</sup>.

O fato dos comerciantes elaborarem sistemas de julgamento pelos próprios comerciantes fundamentou o próprio conceito de *Lex Mercatoria*. Exemplo claro dessa prática consiste na figura dos *Schoffen* nas cidades germânicas sob a influência da Liga Hanseática.

Os *Schöffen* garantiam que os comerciantes seriam julgados por agentes não-estatais, sem a influência da elite treinada em Direito ou do príncipe. Isso não significa que os comerciantes fossem avessos à ideia de aplicação do Direito; pelo contrário, os comerciantes certamente esperavam encontrar a aplicação de regras de Direito, contudo, o agente de aplicação não seria o Estado (ou Príncipe, Rei ou Corte Real), mas sim um dos pares do comerciante. O comerciante seria capaz de compreender a realidade do outro comerciante, conhecer as regras consuetudinárias estabelecidas na memória coletiva da classe, e, ao final e ao cabo, decidir o conflito de forma mais justa. Note-se que estes argumentos não diferem substancialmente da defesa da especialidade e proximidade dos árbitros na arbitragem moderna<sup>473</sup>.

Conforme aponta COSTA, estas regras consuetudinárias possuem um histórico bastante considerável, possuindo registros escritos já no século XI, como os *Consuetudines* de Gênova e a *Tabula Amalfitana*. Estas normas seriam aplicadas pelos tribunais de comerciantes

---

<sup>472</sup> RICHMAN, Barak. Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering. **Columbia Law Review**, No. 104, p. 2328-2367, 2004. p. 2342; BENSON, Bruce. The Spontaneous Evolution of Commercial Law. **Southern Economic Journal**, vol. 55, No. 3, p. 644-661, 1989. p. 649-650.

<sup>473</sup> REYNOLDS, Susan, **The Middle Ages without Feudalism: Essays in Criticism and Comparison on the Medieval West**. Routledge, 2012. p. 209.

e cumpridas espontaneamente, atuando como um fator de estabilização das relações econômicas entre os particulares<sup>474</sup>.

Com efeito, a tradição da Europa central de recorrer a juízes leigos é bastante consolidada e abrange áreas não somente comerciais, mas também incluindo a jurisdição civil e penal. Os juízes leigos recorrentemente buscavam o auxílio de homens da Lei e não era incomum que os seus julgamentos seguissem o aconselhamento jurídico do advogado da cidade. Havia um conhecimento da elite jurídica de Direito romano e dos fundamentos do consuetudo germânico e dos desenvolvimentos na Itália e na França que orientava as decisões<sup>475</sup>.

Com efeito, mesmo as decisões leigas eram feitas à sombra do Direito ou, ao menos, da tradição, sob pena de encontrar dificuldades na sua aplicação em caso de recurso à força do Estado ou à força local. A necessidade de recurso à força do poder local nem sempre era necessária, especialmente entre os comerciantes, mas, se o fosse, era necessário que os julgamentos apresentassem um “mínimo de Direito” ou “mínimo de juridicidade” para que pudessem ser sustentados em caso de discussão posterior.

Em ocasiões, a fuga dos mercadores do sistema estatal de solução de controvérsias não era uma opção, mas uma necessidade ou até mesmo uma obrigação, como, por exemplo, o Decreto do genovês Gabriele Adorno em 1369 que impunha sanção àquele que acionasse cortes eclesiásticas para solucionar disputas comerciais contratuais<sup>476</sup>.

Em nota ainda mais curiosa, a Bula Papal *Saepe Contingit*, de 1306, incentivava a adoção de processos simples, sem o recurso às formalidades judiciais: “*simpliciter et de plano ac sine strepitu advocatorum et figura iudicii*”<sup>477</sup>. Trata-se de predicado da necessidade reconhecida dos mercadores de possuírem uma justiça própria e célere<sup>478</sup>.

---

<sup>474</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova lex mercatoria e a estabilização das relações comerciais internacionais. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, No. 6, p. 4783-4810, 2013. p. 4786.

<sup>475</sup> DAWSON, John. **A History of Lay Judges**. Nova Jérsei: The Lawbook Exchange, 1999. p. 106

<sup>476</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 344.

<sup>477</sup> Transcrição encontrada em BRUNDAGE, James. **The Medieval Origins of the Legal Profession**. v. 1, Chicago: University of Chicago Press, 2010. p. 561.

<sup>478</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 347.

Esse fenômeno de aproximação entre julgamentos leigos pelos pares e o Direito seria repetido durante as demais fases da História, sendo um traço característico da própria fuga do sistema de solução de controvérsias. Esta fuga jamais é completa e é difícil reconhecer uma sociedade completamente descolada de uma figura Estatal ou poder local que assegurasse as suas decisões, ou que também se descolasse completamente das noções de Direito aplicáveis a uma determinada área. Diversas sanções informais usualmente apresentam uma relação de proximidade, embora não necessariamente de dependência, com as sanções formais e o aparato de sancionamento estatal.

A utilização das sanções informais é recorrentemente vista como um recurso, ou uma possibilidade dada às partes contratantes de não recorrerem ao aparato estatal ou aos mecanismos previstos no contrato. Neste sentido, MACAULAY aponta dois traços importantes para a compreensão do fenômeno. Em primeiro lugar, as disputas são usualmente resolvidas sem referência ao contrato ou à possibilidade de aplicação de sanções formais. Em segundo lugar, muitos homens de negócio sequer compreendiam que o relacionamento que eles possuíam com os seus parceiros comerciais, mas entendiam a relação como uma “*ordem*” a ser cumprida. Não se tratava, neste *locus* comercial específico abordado pelo autor, de “*quebra de contrato*”, mas “*cancelamento da ordem*”. A diferença de conotação é clara: no cancelamento da ordem, apenas mais uma operação comercial está ocorrendo, mas na quebra de contrato seria necessário auxílio jurídico e um possível recurso ao aparato estatal<sup>479</sup>.

A ausência de referência ao instrumento contratual é marcante nesta indústria. Afirma MACAULAY que os homens de negócios são hesitantes em mencionar o clausulado contratual ou ameaçar iniciar procedimentos judiciais contra os seus parceiros comerciais. Quando se deparam com problemas, estes agentes iriam, em primeiro lugar, renegociar a execução do contrato como se não houvesse um clausulado contratual específico em vigor, sendo que somente em caso de ulterior recalcitrância as partes se programariam para recorrer à Justiça Estatal<sup>480</sup>. A simplicidade dos sistemas de solução de disputas é marcante, conforme assevera o mesmo autor, citando um dos agentes entrevistados, que afirma que as disputas se

---

<sup>479</sup> MACAULAY, Stewart. Non-Contractual Relations in Business: a Preliminary Study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, fev/1963. p. 59.

<sup>480</sup> MACAULAY, Stewart. Non-Contractual Relations in Business: a Preliminary Study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, fev/1963. p. 59-60.

resolvem informalmente, com base em uma ligação, sem a consulta a advogados ou a leitura das cláusulas contratuais<sup>481</sup>.

Em particular, o primeiro passo para a solução de disputas aparenta estar concentrado nas partes que negociaram o contrato ou a relação comercial. Assim, até mesmo o recurso ao próprio corpo jurídico da empresa (ou a advogados que proveem assistência jurídica) é visto como uma alternativa a ser usada somente quando as negociações diretas falharam. Com efeito, é possível que a solução de disputas seja mais eficiente se os advogados não entrarem em contato com a disputa. Por conseguinte, o número de demandas que contam com apoio jurídico é baixo e o número de demandas judicializadas é ainda mais reduzido<sup>482</sup>.

Entretanto, o conhecimento do Direito e do contrato não são irrelevantes na condução de negócio, tendo em vista que diversas disputas ainda são resolvidas com referência ao clausulado contratual ou às potenciais consequências jurídicas da conduta da parte *ex adversa*, de forma que as sanções formais não são completamente desconhecidas ou relegadas a segundo plano<sup>483</sup>.

Em particular, o sistema de instituições comerciais de *commodities* que incorporaram cláusulas de arbitragem em seus contratos-padrão após a decisão de COKE em 1609<sup>484</sup>, incluindo os mercados de milho, algodão e café, proveriam um exemplo recorrente do

---

<sup>481</sup> MACAULAY, Stewart. Non-Contractual Relations in Business: a Preliminary Study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, fev/1963. p. 60. Transcrição: “if something comes up, you get the other man on the telephone and deal with the problem. You don’t read legalistic contract clauses at each other if you ever want to do business again. One doesn’t run to lawyers if they want to stay in business because one must behave decently”. Em recente análise, BERNSTEIN cita o trecho de uma entrevista em que o entrevistado compartilha da mesma preocupação: “a supplier gets offended if you, the customer take him to court, it leads to bad blood, he is going to be pissed off at you during the litigation as he is incurring attorney’s fees and having his employees distracted, the distrust that litigation creates just makes continued dealing impossible”. BERNSTEIN, Lisa. Beyond Relational Contracts Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts. Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, No. 742, p. 1-71, 2016. p. 9.

<sup>482</sup> MACAULAY, Stewart. Non-Contractual Relations in Business: a Preliminary Study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, fev/1963. p. 61.

<sup>483</sup> MACAULAY, Stewart. Non-Contractual Relations in Business: a Preliminary Study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, fev/1963. p. 62-63.

<sup>484</sup> A decisão do caso *Vynior*, referente a uma promessa de pagamento de William Wide a Robert Vynior de 20 pounds, acompanhada de outras obrigações acessórias, sujeitando a controvérsia à decisão deu um árbitro, consagrou os poderes das cortes inglesas para revogar a autoridade de um árbitro. Afirma COKE que embora as partes tenham feito uma promessa vinculante de arbitrar, elas não tinham autoridade para fazê-lo for força do Direito e da natureza: “if I submit myself to an Arbitrament; although that these are done by express words irrevocably, yet they may be revoked [...] it was Resolved, that in the one case or the other the authority of the Arbitrator may be revoked; but then in the one case I shall forfeit my bound, and in the other I shall forfeit nothing; for *ex nuda submissione non oritur action*”. SHEPPARD, Steve (ed.). **The Selected Writing and**



estabelecimento de sistemas jurídicos privados fundamentados em uma fuga recorrente das cortes estatais<sup>485</sup>. A decisão de COKE reduzia imensamente a autonomia das cortes mercantes ao admitir que a autoridade do árbitro é revogável, mesmo se decorreu de um acordo expresse e irrevogável de vontades, pois *ex nuda submissione non oritur actio*.

Estas organizações institucionais para superar as dificuldades enfrentadas após a primeira onda de criação e consolidação seriam objeto de análise específica da literatura para identificar a formação de sistemas jurídicos próprios, com regras e recurso a mecanismos de solução de controvérsias próprios.

A construção de MACAULAY encontraria suporte teórico e empírico nos trabalhos de BERNSTEIN com diferentes ramos comerciais dos Estados Unidos, perpassando os seus três trabalhos seminais sobre a autorregulação de setores comerciais americanos.

Iniciando a nossa análise pelo artigo que trata das relações comerciais na indústria do algodão, BERNSTEIN destaca como os *players* do mercado internacional de algodão foram capazes de desenvolver, desde o meio do século XIX, um sistema jurídico privado efetivo (*Private Legal System*)<sup>486</sup>.

A experiência do mercado de algodão, contudo, não se formou pela total exclusão dos sistemas formais de solução de disputas, mas pela não utilização proposital do recurso ao aparato estatal, porquanto as disputas são usualmente resolvidas por arbitragem na *Liverpool Cotton Association*<sup>487</sup>, em conjunto com um sistema de forte caráter sancionatório reputacional. Assim, o sistema privado subjacente é fundamentado em sanções reputacionais, ou seja, sanções impostas pelos próprios agentes do mercado aos “maus” *players*.

A explicação inicial dada por BERNSTEIN se fundamenta nas peculiaridades do comércio de algodão, em especial no fato de que a classificação do algodão é tradicionalmente um processo subjetivo. Este processo de categorização determina o valor do algodão com base

---

**Speeches of Sir Edward Coke.** Vol. 1, Indianápolis: Liberty Fund, 2003. Esta obra completa foi disponibilizada em: <<https://oll.libertyfund.org/titles/coke-selected-writings-of-sir-edward-coke-vol-i--5>>, acessado em 25/08/2019.

<sup>485</sup> BENSON, Bruce. The Spontaneous Evolution of Commercial Law. **Southern Economic Journal**, vol. 55, No. 3, p. 644-661, 1989. p. 654.

<sup>486</sup> BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1724-1725.

<sup>487</sup> BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. 1724-1725.

em diversos critérios, tais como comprimento, firmeza e extensão da fibra, aparência e permissibilidade para passagem de ar. Mesmo com os avanços tecnológicos, a classificação de algodão ainda permanece processo eminentemente sujeito à discricionariedade do avaliador, sendo que ainda é recorrente que dois *experts* diverjam de opinião sobre um mesmo lote de algodão<sup>488</sup>. Essa dificuldade de precisar a qualidade do algodão, aliada à sua não-homogeneidade, impõe que a sua venda seja em lotes baseados em amostras. Nesse cenário, resta aos agentes do mercado fecharem transações com base na confiança, sendo a reputação comercial do vendedor determinante para a realização da venda (especialmente quando a venda é realizada à distância e sem inspeção física do algodão)<sup>489</sup>.

Em razão disso, a prática negocial é justamente fechar as operações oralmente, para depois reduzi-las a contrato somente dias depois, a reputação e confiança no vendedor são essenciais ao negócio. Os acordos orais são apenas registrados proforma, sendo as disputas resolvidas mediante conversas curtas e objetivas<sup>490</sup>.

Assim como em relação à qualidade, a expectativa de entrega tempestiva dos lotes é baseada na reputação do agente no mercado, visto que, em determinadas situações, o produtor precisará de determinada espécie de algodão que não está prontamente disponível no *spot market*, recorrendo a acordos e à confiança de que o vendedor irá entregar a mercadoria a tempo e modo adequados. Esta necessidade de confiança reverbera igualmente no sistema de crédito que fomenta a produção e venda do algodão. O sistema de financiamento da produção de algodão auxilia a formação de um mercado altamente baseado na confiança e reputação dos seus agentes. Os vendedores costumam operar com uma margem baixa de fluxo de caixa e os pagamentos ocorrem entre 10 e 14 dias após a entrega. O mercado conta com uma linha de

---

<sup>488</sup> BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1750.

<sup>489</sup> BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1750.

<sup>490</sup> BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1750. Transcrição: “(...) *reputation is essential in this business. Millions of dollars of business will be done on the basis of a thirty-second phone call. Agreements are essentially oral; they are documented for tax, invoice, or customs reasons*”.

crédito bastante pessoal, tendo em vista que os financiamentos para 85% dos agentes do mercado (excluindo os grandes vendedores) é feito por somente três instituições financeiras<sup>491</sup>.

BERNSTEIN tece, ainda, outras considerações sobre as razões para o surgimento deste sistema essencialmente reputacional. Afirma que as sanções reputacionais teriam sido desenvolvidas pelos agentes do mercado para assegurar confiança e qualidade do mercado e tenderiam a refrear a chamada “quebra eficiente do contrato”, consistente, em termos amplos, no não cumprimento da obrigação, seguido do pagamento de indenização em montante baixo ou suficiente para compensar a não execução. É mais importante para os agentes do mercado que seja cumprida a obrigação do que haja o pagamento de compensação monetária pelo seu descumprimento. Isto porque mesmo se a indústria se autorregulasse com sanção formal prevendo compensação integral pelas perdas (*fully compensatory damages*) experimentadas pela empresa, a decisão geraria custos de transação adicionais, tais como: (i) a necessidade de dilação probatória para cada empresa comprovar os danos sofridos; (ii) a necessidade de manutenção (ou contratação) de métodos para cálculo dos danos e expectativas futuras; (iii) a necessidade de liquidação de danos em momento posterior ao início de contencioso arbitral, reduzindo a chance de acordo antes do litígio ser levado aos árbitros; e (iv) a revelação de informações de comércio da empresa atingida, incluindo os seus custos, margem de lucro e parceiros comerciais<sup>492</sup>.

O uso de padrões gerais de compensação<sup>493</sup>, em oposição à mensuração das perdas experimentadas pela própria companhia, reduz o custo do contencioso ao eliminar a necessidade de produção de provas do dano, torna desnecessário à empresa utilizar cálculos complexos para avaliar as suas perdas estimadas e aumenta a chance de acordo prévio à arbitragem, pois as partes conseguem estimar com maior precisão os valores em questão. Contudo, mesmo a utilização de tais padrões geraria estímulos à quebra eficiente do contrato

---

<sup>491</sup> BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1750.

<sup>492</sup> BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1750.

<sup>493</sup> BERNSTEIN denomina tal método de *Market-difference-based measure of damages*, correspondente a uma avaliação das perdas com base em índices gerais aplicáveis aos *players* do mercado.

em razão da tendência de sub-compensação decorrente da avaliação fundamentada no rendimento geral dos demais *players* do mercado<sup>494</sup>.

É precisamente nesse cenário que a complementação da sanção formal com sanções informais exerceria a função de coibir a quebra dos contratos de venda de algodão. As sanções informais adicionam custos à sanção formal (*i.e.*, compensação pecuniária) de forma que o vendedor que deseja realizar a quebra eficiente do contrato deve levar em consideração a perda monetária e reputacional em sua decisão de não execução do pactuado. Assim, a possibilidade de sanções reputacionais acresce segurança e estabilização ao contrato ao tornar mais custosa a sua quebra, provendo incentivo à renegociação em caso de dificuldade experimentada pelo vendedor ou comprador para realizar a transação<sup>495</sup>.

Como resultado, são raras as disputas no setor do algodão, sendo que os órgãos responsáveis pela sua adjudicação (o *Board of Appeals*, *MCE*, *SCA*, *ACA*<sup>496</sup>) registraram, na média, dois casos ao ano cada<sup>497</sup>. Esses dados refletem um panorama institucional cooperativo fundamentado em sanções reputacionais, voltado à vedação do oportunismo comercial e à manutenção dos vínculos relacionais entre os agentes do mercado.

BERNSTEIN conclui que os arranjos da indústria de algodão são social e juridicamente desejáveis em termos de aumento do bem-estar geral dos agentes do mercado<sup>498</sup>. Este aumento de bem-estar social decorre da existência e cumprimento, entre outros, de acordos *ex ante* com previsão de solução de disputa por método alternativo de solução de controvérsias, do aumento de eficiência nas transações sem a criação de barreiras de entrada ou externalidades negativas anti-competitivas, do estímulo cooperativo entre os membros da Associação, da redução de custos mortos (*deadweight costs*) de litígios judiciais, a existência

---

<sup>494</sup> BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1761-1762.

<sup>495</sup> BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1763.

<sup>496</sup> O *Board of Appeals* é uma criação conjunta da *American Cotton Shippers Association (ACSA)* e a *American Textile Manufacturers Institute (ATMI)*, que representam, respectivamente, os produtores de algodão e os donos de moinho. Por sua vez, a sigla *MCE* corresponde a *Memphis Cotton Exchange*, enquanto *ACA* corresponde à *Atlantic Cotton Association* e *SCA* à *Southern Cotton Association*. Apesar dos nomes se referirem aos Estados Unidos, as instituições aceitam *claims* de produtores e compradores do mundo inteiro.

<sup>497</sup> BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001., p. 1768.

<sup>498</sup> BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1782.

de uma lista negra de agentes de mercado que falharam em cumprir as suas obrigações ou respeitar sentenças arbitrais<sup>499</sup>.

Não obstante, esta melhora é contingente ao aprimoramento e criação de redes eficientes de comunicação das infrações, sem as quais as sanções de natureza reputacional sequer alcançariam o seu propósito. A construção de redes comunicativas, sobretudo em ambientes altamente socializados, como é o caso da indústria de algodão, apresenta-se praticamente como requisito para um sistema eficiente de sancionamento reputacional<sup>500</sup>.

Em breve nota, na mesma linha da fuga do sistema de solução de controvérsias estatal, diversas comunidades mercantes conjugavam a fuga do sistema de solução de controvérsias estatal à fuga do direito estatal. Um exemplo histórico claro pode ser visto no *Statute of Staple* (1353), referenciado acima, que determinava a aplicação do direito comerciante para disputas entre locais e estrangeiros. Nas *staple towns*, os cidadãos elegiam o prefeito e o *constable of the staple* (uma autoridade civil e outro mercante), sendo que o prefeito devia estar familiarizado com o direito mercante. Eram formadas *staple courts*, que muitas vezes possuíam composição mista (ingleses, alemães e lombardos, por exemplo) e que não deviam sofrer interferência dos oficiais do Rei<sup>501</sup>.

## 7.2 SINALIZAR AS QUALIDADES POSITIVAS E NEGATIVAS DO COMERCIANTE

Para estudar o tema das qualidades positivas e negativas do comerciante que são sinalizadas mediante as sanções reputacionais, dividimos o presente subtítulo na apreciação do seu panorama teórico básico e, na sequência, a discussão da sinalização dos laços fracos.

### 7.2.1 Panorama Teórico

Neste ponto, as sanções reputacionais exercem uma função dupla. Em primeiro lugar, sinalizam as qualidades do comerciante, sejam elas positivas ou negativas, de forma a informar aos futuros parceiros comerciais sobre a segurança das transações. Por outro lado, este mecanismo permite que o comerciante “jogue de acordo com as regras do jogo” e seja

<sup>499</sup> BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1782-1783.

<sup>500</sup> BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1782.

<sup>501</sup> CONSTABLE, Marianne. *The Law of the Other: the Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law and Knowledge*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.p. 98.

capaz de ativamente sinalizar as suas características positivas e (até mesmo) negativas para os demais comerciantes.

ERIC POSNER trata desta característica sob a alcunha de “*signaling*” (sinalização), que consiste essencialmente em um mecanismo de troca de informação. O fenômeno da sinalização é central ao seu trabalho sobre Direito e normas sociais. Os “bons” comerciantes, assim entendidos como aqueles que valorizam a possibilidade de trocas comerciais no futuro<sup>502</sup>, tenderiam a oferecer à comunidade comerciante sinais da sua reputação. Na prática, os “maus” comerciantes, em determinadas circunstâncias, também emulam este comportamento como forma de sinalizar que são “bons” e azeitar as suas trocas comerciais. A sinalização pode se dar por meio, por exemplo, de negociações prévias mais alongadas, investimentos específicos em ativos não recuperáveis, de referências no mercado ou do uso de símbolos de determinada associação<sup>503</sup>.

Os sinais enviados pelos comerciantes englobam praticamente todas as ações e omissões humanas, transações anteriores, histórico pessoal e empresarial, as informações trocadas no decorrer da realização da transação comercial e até mesmo a construção de suntuosos prédios comerciais em grandes avenidas<sup>504</sup>.

A sinalização somente funciona se o fluxo de informação relevante é transmitido aos possíveis parceiros comerciais e se a memória, seja individual ou coletiva, seja suficientemente estruturada para coletar as condutas anteriores dos comerciantes<sup>505</sup>. Neste ponto teremos influência de eventuais assimetrias de informação, ruídos, fraca memória coletiva ou fragilidade dos seus registros, entre outros.

A sinalização de riqueza econômica por meio de sinais externos é um claro exemplo de construção de reputação como agente cooperativo. Isto porque uma empresa que investe na reforma de um prédio para transformá-lo em um templo grego, por exemplo,

---

<sup>502</sup> Isto porque POSNER segue a análise de AXELROD em relação a Teoria dos Jogos e utiliza como fundamento o fato de que a sombra do futuro é um dos principais, senão o principal, elemento de fomento à cooperação e, por conseguinte, qualificando os comerciantes como bons e cooperativos. Comerciantes que não valorizariam futuras relações comerciais (fator de desconto elevado em relação ao futuro), por definição, seriam mais dispostos a não cooperar. O tema será retomado em detalhes na seção referente à análise sob o espectro da Teoria dos Jogos.

<sup>503</sup> POSNER, Eric. *Law and Social Norms*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 19.

<sup>504</sup> POSNER, Eric. *Law and Social Norms*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 19-20.

<sup>505</sup> POSNER, Eric. *Law and Social Norms*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 20.

certamente está interessada em anunciar para o mercado a sua estabilidade e solidez. Caso a empresa tivesse um fator de desconto do futuro muito elevado e, por conseguinte, valorizasse o presente e fosse mais propensa à traição, nada disso seria necessário.

No mesmo sentido, os investimentos em ativo específico de relacionamento são comumente uma forma clara de revelar ao parceiro comercial a sua provável conduta cooperativa futura. Neste diapasão, ao menos quatro formas de investimento em ativo específico de relacionamento podem relevar sinais relevantes ao mercado: especificidade de localização, especificidade de ativo físico, ativos dedicados e especificidade de ativo humano<sup>506</sup>. Naturalmente, quanto maior o investimento específico na relação, menor será a possibilidade desta relação ser rompida pelas partes, em termos de racionalidade econômica pura.

Como visto, os mecanismos de sinalização não funcionam somente no início da relação, mas mantém-se durante todo o relacionamento. A ausência de sinais contínuos durante a relação pode ser vista pelo parceiro comercial como um sinal de que a relação está perto do seu fim. A necessidade de continuamente emitir estes sinais justifica diversas condutas comerciais aparentemente não-econômicas, como doações, presentes e até mesmo a necessidade de frequentar os mesmos ambientes, eventos e viagens<sup>507</sup>.

Contudo, não é possível descartar a (quase) inerente ambiguidade dos sinais, que são altamente fundamentados no contexto e, mesmo entre indivíduos que apresentam uma plethora de similaridades, os sinais oferecidos por uma parte podem ser mal interpretados pela outra. Um presente altruístico pode ser interpretado como uma proposta para realizar um negócio, por exemplo. Se interpretações equivocadas ocorrem, provavelmente alguma medida de vergonha afetará os participantes da relação<sup>508</sup>.

A sinalização de mudança de normas sociais pode ser feita pelos próprios indivíduos (*norm entrepreneurs*), mas também como resultado de uma nova norma jurídica. A

---

<sup>506</sup> Para uma definição simples de investimento em ativo específico de relacionamento, apresentamos: “*Um ativo específico de relacionamento (relationship-specific assets) é um investimento feito para apoiar uma determinada transação. Ativos específicos de relacionamento são muitas vezes essenciais para a eficácia de uma transação em particular. Contudo, um ativo específico em relacionamento não pode ser reutilizado em outra transação sem algum sacrifício na produtividade do ativo ou algum custo para adaptar o ativo à nova transação*”. Cf. BESANKO, David. **A economia da estratégia**. 5. ed., São Paulo: Bookman, 2012. p. 156.

<sup>507</sup> POSNER, Eric. *Law and Social Norms*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 21.

<sup>508</sup> POSNER, Eric. *Law and Social Norms*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 27.

nova norma jurídica causará efeitos de duas ordens: comportamental e hermenêutico. A norma jurídica afeta as ações que os indivíduos tomam, alterando cursos de ação presentes e futuro, ao mesmo tempo que a norma afeta as crenças dos indivíduos sobre a norma social<sup>509</sup>. A Lei Imperial que extinguiu a escravidão no Brasil<sup>510</sup> não somente alterou as condutas – os escravos remanescentes foram liberados –, como também alterou fundamentalmente a crença de que este comportamento era aceitável.

Os sinais também funcionam como um forte mecanismo de comprometimento do agente. O exemplo reiteradamente adotado pela doutrina advém do trabalho de SCHELLING. O autor descreve o jogo de interesses entre sequestrador e vítima da seguinte forma. O sequestrador está interessado em soltar a vítima, que, por óbvio, também possui o interesse de ser solta. O sequestrador procura por algum tipo de promessa da vítima de que ela não denunciará a sua identidade. Contudo, essa situação não é provável, tendo em vista que, mesmo se a vítima prometer algo ao sequestrador durante o período de cativeiro, essa promessa naturalmente não terá qualquer importância assim que a vítima for definitivamente solta. A solução, aponta SCHELLING, seria o sequestrador encontrar alguma forma de obrigar a vítima a prometer algo que ela não poderá descumprir ou estabelecer mecanismos de ameaça para o possível descumprimento da promessa. Uma das formas apontadas pelo autor para resolver o impasse seria por meio de extorsão ou *blackmailing*, em que o sequestrador mantém prova de algo ilícito da vítima e esta ameaça é suficiente para manter a “promessa” ativa<sup>511</sup>.

SCHELLING aponta que a promessa é um mecanismo necessário em situações em que há incentivo para trair<sup>512</sup>. É por esse motivo que o Direito precisa prover força vinculativa às promessas de tal modo a evitar que a traição seja a conduta mais favorecida na relação comercial<sup>513</sup>.

Assim, os sinais emanados pelo agente podem ser interpretados como uma forma do agente se comprometer a adotar uma conduta ou outra. Aqui, retomamos os exemplos

---

<sup>509</sup> POSNER, Eric. *Law and Social Norms*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 33.

<sup>510</sup> BRASIL, **Lei Imperial No. 3.353**, de 13 de maio de 1888.

<sup>511</sup> SCHELLING, Thomas. **The Strategy of Conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1960. p. 43-44.

<sup>512</sup> Esta conclusão diverge parcialmente de AXELROD, tendo em vista que para AXELROD, dadas as condições peculiares do seu estudo, a mera repetição de encontros – a sombra do futuro – já é capaz de gerar incentivos e transformar o jogo em uma cooperação recíproca. O assunto será abordado detalhadamente adiante no título referente a Teoria dos Jogos.

<sup>513</sup> SCHELLING, Thomas. **The Strategy of Conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1960. p. 44.



acima apresentados. Quando a empresa se decide mudar para o seu novo edifício, na capital do país, ela pretende sejam emanados sinais positivos de seu comprometimento com o mercado, com a importância do futuro, sobre a sua seriedade e também sobre a sua riqueza acumulada. As promessas, naturalmente, não serão vinculantes; isto é, não é porque uma empresa aluga um prédio sofisticado que ela irá necessariamente agir de forma cooperativa com os seus parceiros comerciais. O que ocorre é que, caso esta empresa traia, os danos experimentados provavelmente serão maiores, tendo em vista a maior preocupação da empresa com a sua reputação, demonstrada por sua mudança de local. Os prejuízos do agente do mercado serão naturalmente maiores porque ele *se comprometeu*, de uma forma ou de outra, a possuir uma boa reputação por meio destes sinais exteriores. A construção de uma boa reputação é, igualmente de forma natural, um vetor de incentivo à cooperação por meio da demonstração da importância do futuro para a empresa.

Uma interessante explicação adicional para o comportamento cooperativo, em termos de sinalização, corresponde ao trabalho de ROBERT FRANK em relação às emoções humanas e racionalidade. FRANK apresenta uma compreensão de emoções humanas como mecanismos de comprometimento a condutas cooperativas ou não cooperativas<sup>514</sup>.

A assunção básica do sistema de FRANK consiste em reconhecer que os indivíduos conseguem, ao menos probabilisticamente e com uma certa margem de erro, reconhecer emoções nos outros a ponto de razoavelmente inferir o que o outro sente. Este modelo reconhece determinadas incapacidades no indivíduo em expressar as suas emoções, como, por exemplo, a ligação de sentimentos a critérios de justiça. Diversos modelos teóricos preveem que os indivíduos irão trair quando tiverem certeza que não serão pegos. Contudo, a realidade mostra que indivíduos não traem sempre que sabem que não serão pegos<sup>515</sup>. Estas restrições e limitações ao comportamento humano tornaram-no mais previsível aos outros indivíduos e, por conseguinte, mais facilmente identificáveis seriam os seus sinais.

Entre as qualidades da sinalização, FRANK aponta que a credibilidade dos sinais depende da dificuldade em falsificá-los. O sinal precisa ser custoso para ser imitado, pois um

---

<sup>514</sup> O trabalho de FRANK vai às raízes do dito “comportamento irracional” quando motivado por sentimentos de justiça e honestidade. A análise do tópico será retomada no item relativo a Teoria dos Jogos

<sup>515</sup> FRANK, Robert. **Passion within Reason: the Strategic Role of the Emotions**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1988. p. 12 e seguintes.

sinal facilmente imitável não transmite informação adequada para decidir se o agente é cooperativo ou não<sup>516</sup>.

Um bom exemplo é o caso do oportunista que deseja se passar por um agente cooperativo, tendo em vista que é de seu interesse parecer cooperativo e fomentar a cooperação em seu parceiro. A dificuldade em parecer cooperativo, mesmo quando é de seu interesse, consiste no fato de que as recompensas pelo oportunismo acontecem no momento presente, enquanto os custos, em termos de sancionamento informal, normalmente são pagos somente em um momento futuro. Considerando indivíduos com uma tendência forte para valorizar as recompensas materiais, o seu fator de desconto da importância do futuro é enorme, tornando difícil até mesmo fingir não ser um agente oportunista<sup>517</sup>.

Imaginemos um fornecedor de produtos que pretenda fixar a extensão da garantia. A existência de uma sanção informal – o boicote aos produtos defeituosos ou sem garantia suficiente – demanda que o fornecedor tome uma decisão. A fixação de uma garantia curta sinaliza a possível má qualidade do produto, ao passo que se o fornecedor oferece uma garantia estendida, provavelmente o produto é seguro o suficiente para que o fornecedor tenha confiança na sua qualidade. O fornecedor do mau produto poderá também fixar uma garantia estendida. Entretanto, esta fixação será tão custosa – em razão da má qualidade do produto – que os benefícios do falso sinal não compensarão, de forma que a solução natural consiste no fornecedor de produto de má qualidade fixar a menor garantia razoavelmente possível para o seu produto.

Em ambos os casos, o custo para imitar os sinais cooperativos atua como um indicador da real intenção cooperativa do agente e, por conseguinte, sinaliza a sua reputação.

SPENCE classifica a sinalização do agente em duas categorias: os índices e os sinais propriamente ditos. Os índices correspondem a características imutáveis do indivíduo, como sexo, raça e idade (embora mudem, o indivíduo não possui controle sobre a mudança), enquanto os sinais demandariam um mínimo de voluntariedade, seja por meio de uma conduta ativa ou uma omissão proposital. Ambas as categorias transmitem informação sobre o

---

<sup>516</sup> FRANK, Robert. **Passion within Reason: the Strategic Role of the Emotions**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1988. p. 99.

<sup>517</sup> FRANK, Robert. **Passion within Reason: the Strategic Role of the Emotions**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1988. p. 134.

indivíduo, mas esta informação recorrentemente é mais forte se transmitida por um sinal, pois envolveria um mínimo de envolvimento ou intenção<sup>518</sup>.

Para os propósitos do presente trabalho, não vislumbramos a necessidade de adotar estritamente a classificação de SPENCE, mas apenas em incorporar a sofisticação do conceito de sinais fixos ou estáticos do agente e outros sinais voluntariamente emitidos como formas distintas, em intensidade, de sinalizar comportamentos aos demais agentes.

KLEIN e LEFFLER, ainda na década de 1980, traçaram considerações sobre sinalização e o cumprimento dos contratos. Os autores analisam a relação entre custos não recuperáveis, investimentos em publicidade e cumprimento dos contratos e traçam considerações sobre como determinados custos são um eficiente mecanismo de sinalização e os consequentes arranjos contratuais que são desejáveis neste mercado.

O modelo teórico dos autores considera que os contratos não são executáveis (*enforceable*) pelo governo, de forma que a alternativa para punir as quebras contratuais é o encerramento das relações comerciais. A análise é feita para um cenário hipotético em que não há custo de comunicação entre os consumidores (“informação perfeita”) e um cenário de assimetria de informação.

O argumento feito pelos autores é que para que as empresas tenham incentivos econômicos para produzir bens de maior qualidade, é necessário que os consumidores sejam capazes de distingui-los e punir os produtores de produtos de má-qualidade. Há um prêmio de preço que motiva as empresas a fornecerem produtos de maior qualidade. Dada a informação perfeita, todos os consumidores estariam cientes da empresa oportunista que vende produtos de má-qualidade por preço similar àquele dos produtos de boa qualidade e tenderiam a reprová-la - sancioná-la informalmente – e não conduzir compras futuras com este agente. A

---

<sup>518</sup> SPENCE, Michael. Market Signaling: Informational Transfer in Hiring and Related Screening Processes. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 87, No. 3, pp. 355-374, 1973. p. 357. O trabalho de SPENCE sobre sinalização no mercado de trabalho se destaca pela profundidade, embora a sua análise não seja diretamente relacionada ao tópico das sanções informais. Em seu trabalho, SPENCE realiza uma análise de *Law and Economics*, com uso de ferramentas estatísticas preditivas, para verificar a existência de um equilíbrio no modelo de sinalização do mercado de trabalho, envolvendo fatores como educação, sexo, histórico profissional, entre outros. O seu trabalho é frequentemente utilizado como referência na literatura sobre sinalização e levou a elaboração de outros trabalhos, entre eles: BERNHEIM, Douglas. A Theory of Conformity. **Journal of Political Economy**, 1994, v. 102, n. 5, p. 841-877, 1994; e entre outros, PESENDORFER, Wolfgang. Design Innovation and Fashion Cycles. **American Economic Review**, v. 85, No. 4, p. 771-792, 1995.

empresa do produto de qualidade almeja vender o produto pelo preço elevado, mas deve calcular a chance de ser pega e sancionada informalmente com a impossibilidade de expandir as suas vendas futuras (a empresa continuará vendendo para os consumidores que não adquiriram o seu produto de má qualidade). Em determinadas condições, especialmente em níveis de produção baixos, os autores concluíram que a existência de perfeita comunicação não é o suficiente para evitar o comportamento oportunista<sup>519</sup>.

A maior ou menor tendência a exibir comportamentos oportunistas é condicionada, entre outros, pelos mecanismos eficientes de detecção de qualidade na fase de pré-compra e pela duração do período entre compra e recompra dos produtos<sup>520</sup>. Estes fatores, por sua vez, são influenciados pelos tipos de arranjos contratuais utilizados, que os autores categorizam em três espécies: (i) disposições contratuais explícitas ou especificações regulatórias monitoradas por um terceiro; (ii) monitoramento direto fundamento em relações contratuais implícitas; ou (iii) organização vertical<sup>521</sup>.

Por exemplo, se a indústria de carnes para hambúrguer desenvolver mecanismos eficientes para detecção de doenças e atestá-los no produto por meio de selos ou sinais distintivos, preenchendo as duas condições – fiscalização e sinalização -, será mais provável que os consumidores estejam dispostos a pagar valores adicionais pela carne de qualidade, assim como será menos provável que os produtores de carne de má qualidade consigam vender o seu produto pelo mesmo preço praticado pelos produtos de carne de boa qualidade.

Diversos sistemas privados utilizam os meios de solução de controvérsias como um indicativo da qualidade dos produtos e serviços ou do próprio comerciante, ao invés de um mecanismo de estrito cumprimento dos contratos. Dada uma instituição respeitada entre uma comunidade comerciante, as suas condenações certamente sinalizarão características negativas dos comerciantes<sup>522</sup>.

---

<sup>519</sup> KLEIN, Benjamin, LEFFLER, Keith. The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance. **Journal of Political Economy**, v. 89, No. 4, p. 615-641, ago. 1981. p. 622-623.

<sup>520</sup> KLEIN, Benjamin, LEFFLER, Keith. The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance. **Journal of Political Economy**, v. 89, No. 4, p. 615-641, ago. 1981. p. 624.

<sup>521</sup> KLEIN, Benjamin, LEFFLER, Keith. The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance. **Journal of Political Economy**, v. 89, No. 4, p. 615-641, ago. 1981. p. 635.

<sup>522</sup> Conforme explicita RICHMAN: “Arbitration rulings in private ordering systems serve more as mechanisms to signal the quality of a merchant's reputation than as genuine instruments to enforce contractual obligations. A merchant who is found by a private court to have breached a contract but fails to pay receives publicity as a

Em mercados com informação imperfeita, outros mecanismos, além do preço, servem como instrumentos de sinalização da qualidade dos produtos. O investimento em publicidade é um destes sinais, assim como o investimento em custos não recuperáveis. O mero fato de que a empresa se beneficia pela manutenção da sua imagem, por exemplo, indica que incentivo para o oportunismo é reduzido, tendo em vista não só a perda das transações futuras, mas também do valor de mercado da marca. Assim, o consumidor poderia esperar que estas empresas que realizam estes investimentos naturalmente procurariam alocar os seus produtos no espectro de maior qualidade – e cobrar o preço prêmio -, de forma que a mera existência destes investimentos atua como sinalizador de qualidade do produto, dentro, é claro, das hipóteses teóricas desenvolvidas pelos autores<sup>523</sup>.

Assim, resta clara uma das intersecções entre sinalização, incentivos econômicos, sanções informais, cumprimento dos contratos e organização dos agentes econômicos em termos cooperativos e não cooperativos.

Com efeito, dada o modelo teórico inicial de KLEIN e LEFFER em que o Estado não é o garantidor dos contratos, os autores imediatamente analisaram o equilíbrio do sistema de trocas com base em preço e reprovação informal. Os mecanismos informais seriam os garantidores da qualidade dos produtos por meio da reprovação dos provedores que vendem produtos de má qualidade pelo preço prêmio, seguida da comunicação aos demais consumidores sobre as más características destes provedores. A reprovação informal é suficiente para que os agentes mudem a sua conduta, pois a perda de oportunidades comerciais futuras é valorosa o suficiente para que, mesmo descontada para o tempo presente, não seja racional maximizador de interesses adotar conduta oportunista que coloque em risco o agente de ser pego e sancionado. Os arranjos contratuais assegurariam mecanismos eficientes ou ineficientes de reprovação e transmissão de informação sobre as trocas comerciais dos demais

---

*bad actor, leading other merchants to respond to the public ruling by refusing to deal with the transgressor (...) In sum, public ordering employs the coercive power of the state, to which all actors are subject, and relies on standard contract law and litigation rules. In contrast, private ordering relies on reputation mechanisms, which can induce only members of a merchant community to comply, and exhibits separately created law and selected judges".* RICHMAN, Barak. Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering. **Columbia Law Review**, No. 104, p. 2328-2367, 2004. p. 2356.

<sup>523</sup> KLEIN, Benjamin, LEFFLER, Keith. The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance. **Journal of Political Economy**, v. 89, No. 4, p. 615-641, ago. 1981. p. 626.

agentes. Por fim, os sinais emitidos pelos provedores aumentariam ou diminuiriam a probabilidade de trocas futuras ocorrerem.

### 7.2.2 A Sinalização Dos Laços Fracos

A importância da sinalização pode ser exemplificada de forma anedótica na indústria do algodão, em que as relações interpessoais ainda preservam uma importância fundamental aos negócios. Ser “parte do grupo” é de tamanha necessidade que não assusta descobrir a pletora de eventos sociais que os comerciantes de algodão organizam e participam, como as revistas *Cotton Tales* do *Cotton Wives Club* e o *Memphis Mardi Gras*<sup>524</sup>.

Estes eventos revelam a importância destes sinais variáveis, não atrelados ao *status* dos indivíduos, mas sim à sua vontade e proatividade para dedicar tempo e dinheiro para participar do círculo social dos comerciantes do seu setor. Embora não seja uma regra, é razoável imaginar que a sombra do futuro entre dois parceiros comerciais que frequentam os mesmos eventos sociais será superior àquela entre um comerciante que é parte do círculo social mais forte do seu setor e um *outsider*. Disso decorre que, dada uma sombra do futuro mais elevada, melhores serão as condições para cooperação e, por consequência, para o cumprimento dos contratos.

Note-se que este não é um fenômeno localizado nas fronteiras de um Estado específico, mas sendo notoriamente internacional nos mercados que também são internacionais. Em se tratando da força dos laços fracos Granovetteriana, não é necessário que os indivíduos sejam melhores amigos ou se vejam com frequência. GRANOVETTER apresenta uma definição de trabalho de laços fracos que leva em consideração quatro elementos: tempo, intensidade emocional, intimidade e serviços recíprocos que caracterizam a conexão. O autor não elabora a precisa inter-relação entre estes elementos, mas aponta que eles são obviamente interconectados<sup>525</sup>.

---

<sup>524</sup> ERP, Judith van. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. *Erasmus Law Review*, vol. 1, No. 5, p. 145-162, 2009. p. 150.

<sup>525</sup> GRANOVETTER, Mark. The Strength of Weak Ties. *The American Journal of Sociology*, v. 78, No. 6, p. 1360-1380, maio/1973. p. 1361.

Cada um destes elementos pode ser tomado individualmente como um fator variável de sinalização positiva ou negativa do indivíduo. O agente do mercado que decide investir seu tempo na companhia do seu agente comercial, reforça a sombra do futuro. Isto se aplica também à intensidade emocional e grau de intimidade, embora a nossa análise, até o momento, tenha relegado emoções a um nível secundário. Por fim, embora menos usual, os próprios serviços prestados não só caracterizam o laço fraco, como, por exemplo, a conexão entre um produtor de milho e o seu distribuidor sendo um laço comercial interessado na execução de um negócio, mas também podem sinalizar fortes características cooperativas. Exemplo recorrente é a adoção de uma política de distribuição exclusiva do produto em uma área geográfica. Certamente ela não ocorre sem uma compensação financeira específica, mas também demonstra ao exterior um forte grau inter-relacional e cooperativo entre as partes.

Enfatizando o elemento “tempo” dos laços fracos, por ser o mais facilmente aferível, é certo que esta noção de que o tempo é um fator de sinalização da força dos laços fracos já foi incorporada inconscientemente nas instituições comerciais. Conforme afirmaram GRAFFE e GELDERBLOM em sua análise sobre a evolução das instituições comerciais pré-modernas, estas instituições jamais foram exclusivamente comerciais, unindo diversos elementos culturais<sup>526</sup>.

Esta concepção das instituições comerciais como espaço de convivência jamais pode ser vista como um completo acidente ou percalço histórico. Se de um lado a instituição comercial da “empresa” ou “sociedade empresarial” dificilmente pode ser enquadrada como um centro de convívio social, as instituições comerciais setoriais certamente cumprem e cumpriram historicamente esta função, servindo como um *locus* físicos para sinalização do grau de confiabilidade dos comerciantes para transações futuras ao permitir não só a criação, mas também o reforço dos laços fracos comerciais.

---

<sup>526</sup> GRAFFE, Regina, GELDERBLOM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. p. 484.

### 7.3. MECANISMO DE DELEGAÇÃO DO CONTROLE DAS ATIVIDADES COMERCIAIS

Nesta seção, incumbe delinear os pontos relevantes do racional econômico para a adoção de sanções informais em determinados setores comerciais em termos de autonomia e delegação do controle das atividades comerciais.

Neste ponto, adotamos a divisão de RICHMAN em três hipóteses de recurso dos comerciantes para a estabilização das relações e execução dos contratos comerciais: (i) o recurso às cortes estatais, em que os agentes são autônomos e são seguidas regras comuns de direito contratual; (ii) o recurso à ordem privada, em que os agentes são autônomos e empregam mecanismos extrajudiciais para execução dos contratos; (iii) a integração vertical da empresa, em que as transações ocorrem em uma única entidade jurídica e são estabilizadas por mecanismos de controle administrativo, sem referência às regras contratuais<sup>527</sup>. Embora estas opções não sejam necessariamente aplicáveis a todos os mercados, elas servirão como modelos-ideais para que seja possível aprofundar a discussão no tema.

Note-se que este modelo é mais amplo que outros modelos de sistemas jurídicos privados, em especial aquele tratado por BERNSTEIN<sup>528</sup>, que utiliza somente as duas primeiras categorias (recurso às cortes estatais ou aos sistemas jurídicos privados para a solução de disputas) para analisar a questão em termos da capacidade dos agentes de mercado de reduzir custos de transação. O modelo de RICHMAN analisa o tema em termos de aumento das garantias transacionais e de execução dos contratos<sup>529</sup>. Enfatiza-se, ainda, que a divisão básica de análise não se configura entre a dicotomia mercados e hierarquias, como o faz WILLIAMSON, mas pretende analisar o fenômeno de forma significativamente mais ampla.

Sendo a estabilização das relações contratuais um dos temas subjacentes a toda nossa análise, não seria correto desconsiderar este elemento como um dos fatores que leva aos

<sup>527</sup> RICHMAN, Barak. Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering. *Columbia Law Review*, No. 104, p. 2328-2367, 2004. p. 2329-2330.

<sup>528</sup> Em especial: BERNSTEIN, Lisa. Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 144, p. 1765-1821, 1996. p. 1765-1766; BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1724-1725; BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 115-116.

<sup>529</sup> RICHMAN, Barak. Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering. *Columbia Law Review*, No. 104, p. 2328-2367, 2004. p. 2332.



mercadores optarem pelos sistemas jurídicos privados para a solução das suas disputas. Não obstante, não cumpre, neste momento, determinarmos se a causa eficiente da não utilização dos mecanismos estatais é a redução dos custos de transação ou a necessidade de estabilização dos contratos. Em primeiro lugar, estes fatores não são mutuamente excludentes. Em segundo lugar, como início de nossa análise, é mister prover uma visão mais abrangente, em que ambos os fatores – redução dos custos de transação e estabilização das relações comerciais – possam ser considerados como fundamentais para a compreensão das sanções informais.

O modelo de RICHMAN encontra repercussão na análise de GRAFE e GELDERBLUM, que identificam três opções básicas ao comerciante para resolver o que chamam de problema básico das trocas comerciais (proteção da propriedade e cumprimento dos contratos): (i) assumir os riscos por conta própria; (ii) utilizar a estrutura de clubes e associações para compartilhar os riscos comerciais; ou (iii) confiar em um terceiro, usualmente o Estado, para determinar a solução dos problemas inerentemente associados aos riscos<sup>530</sup>.

Estas opções refletem, em ordem, a estrutura da empresa (hierarquia), a estrutura livre (mercado) e a estrutura intermediária em que um terceiro intervém para solucionar as ineficiências econômicas geradas.

As redes sociais, guildas, empresas, associações e todas as outras instituições servem a mesma função econômica básica, qual seja, a governança das transações comerciais, diferenciando-se em razão do quanto de controle é efetivamente delegado aos comerciantes e o quanto de controle é mantido em figuras de poder central<sup>531</sup>.

A delegação de controle a entidades mercantis informais pode ser relacionada com as instituições comerciais que se desenvolvem e com o quanto de controle é cedido ou

---

<sup>530</sup> GRAFE, Regina, GELDERBLUM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. p. 478.

<sup>531</sup> GRAFE, Regina, GELDERBLUM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. p. 487.

transferido pelos comerciantes à instituição. A seguinte tabela pode ser encontrada em GRAFE e GELDERBLOM<sup>532</sup>:

Aumento no nível de integração e diminuição no nível de controle (ou autonomia) dos comerciantes >>>>>				
Comerciantes individualizados	Restrições informais	Representação política	Poder disciplinar interno	Poder de exclusão
Transações são organizadas sem influência dos demais comerciantes	Transações são orientadas por normas sociais, como tradições, práticas religiosas e laços sociais, mas não há uma instituição formalizada	Transações são orientadas por representantes de grupos de comerciantes que se comunicam e negociam com outros grupos e autoridades políticas	Representantes dos comerciantes ditam e executam regras gerais de conduta na comunidade, mas sem poder de exclusão	Representantes dos comerciantes ditam e executam regras de conduta na comunidade, incluindo a possibilidade de excluir o comerciante do mercado.

**Quadro - Autonomia e controle dos comerciantes em relação à organização**<sup>533</sup>

Os autores forneceram alguns exemplos históricos da Idade Moderna para cada uma destas categorias. Na primeira categoria se enquadrariam os mercadores germânicos que viajavam à Amsterdã, no século XVI, para comprar e vender grãos. Eles permaneciam em hotéis, alugavam galpões para estocagem, redigiam contratos com auxílio de intermediários locais, resolviam disputas nas cortes locais, aceitavam o regime jurídico legal; em suma, estes comerciantes não possuíam uma comunidade. A segunda categoria pode ser representada pelos comerciantes calvinistas ingleses de tecido em Amsterdã, também no século XVI, que frequentavam os mesmos locais religiosos em Amsterdã, embora compartilhassem a mesma situação econômica e jurídica dos comerciantes germânicos na cidade. A terceira categoria pode ser vista na organização dos comerciantes florentinos, no início do Século XVI, que eram representados por um cônsul em diversas cidades do Norte Europeu, incluindo Antuérpia, embora estes representantes não monitorassem as transações comerciais dos comerciantes que

<sup>532</sup> GRAFE, Regina, GELDERBLOM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. p. 491.

<sup>533</sup> Tabela elaborada pelo autor.

estavam representando. A quarta categoria pode ser representada pelos comerciantes portugueses na Antuérpia, na mesma época, que possuíam uma organização estabelecida, com reuniões semanais, e prerrogativas jurisdicionais na cidade, como resolver as suas disputas por suas próprias cortes. Por fim, a última categoria pode ser representada pela comunidade inglesa na Antuérpia, que era obrigada a se registrar, pagar contribuições e reconhecer a autoridade da *English Company of Merchant Adventurers*, que era capaz, inclusive, de excluir os comerciantes do comércio de tecidos<sup>534</sup>.

Assim, interpretando a organização proposta pelos autores, estamos diante de um espectro de controle-delegação que perpassa a ideia mais simples de um mercado liberal, sem qualquer influência do Estado ou até mesmo dos demais competidores – o mercado ideal de *price-takers* -, para mercados que se institucionalizam com base em figuras próprias, até o momento em que estas figuras institucionalizadas são capazes de decidir a própria permanência do comerciante no mercado.

A viabilidade da instituição de gerar benefícios aos seus membros, ao passo em que ela possui a capacidade de impedir não-membros de se beneficiarem destas condições, são marcas do seu amadurecimento institucional. Por exemplo, as *hansas* germânicas não só negociavam salvo-condutos para a passagem dos comerciantes pelas cidades de Flandres e Bruges, que poderiam ser aproveitados por não-membros das *hansas*, mas também passou a organizar os próprios comboios<sup>535</sup>.

Na mesma linha, as instituições comerciais proviam proteção adicional contra os poderes locais, em especial governantes predatórios que desejam se beneficiar da atividade comerciante. A participação cívica de representantes nas instituições sociais também almeja cumprir essa função. Assim, a delegação de autonomia pessoal do comerciante para a

---

<sup>534</sup> GRAFE, Regina, GELDERBLUM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. p. 492-493.

<sup>535</sup> GRAFE, Regina, GELDERBLUM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. p. 503.

instituição pode simplesmente significar a opção entre transferir as suas responsabilidades para uma associação de comerciantes que o entende e representa, ou ao Estado<sup>536</sup>.

#### 7.4 MECANISMO DE GOVERNANÇA INFORMAL CONTRATUAL

A possibilidade de ameaça ou aplicação das sanções informais reputacionais em rede atua como forte mecanismo de governança contratual<sup>537</sup>, de tal forma que é possível vislumbrar nas relações comerciais uma **cláusula implícita**, pare **reger a relação** entre as partes, consistente na possibilidade de **ameaça ou aplicação** das sanções informais reputacionais em rede como fomento à cooperação e de governança.

A discussão desta seção e refere somente às **sanções informais enquanto mecanismo de governança contratual**. Isto não exclui, por óbvio, a existência de diversos outros mecanismos que também exercem a função de governança da relação das partes a ponto de fomentar a cooperação e aumentar o custo do oportunismo comercial. Como já tratamos nesta dissertação, a literatura jurídica de referência, especialmente capitaneada por BERNSTEIN, aponta a existência de comunidades comerciais organizadas em torno de regras contratuais que objetivam fomentar a cooperação entre os comerciantes, criando capital social, aumentando a confiança e incentivando a repetição das transações entre os mesmos parceiros comerciais<sup>538</sup>. A análise destes mecanismos contratuais não é o preciso objeto desta dissertação, porquanto a discussão seria demasiadamente extensa e fugiria ao tópico das sanções informais. São justamente os mecanismos informais também abordados pela autora, em especial a sua análise sobre a importância das redes, que fomentam a discussão deste tópico. Assim, para os fins do presente tópico, a ênfase será dada exclusivamente a esta temática das sanções informais.

---

<sup>536</sup> GRAFE, Regina, GELDERBLOM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010. p. 496-497.

<sup>537</sup> O tema da governança relacional aplicado a duas modalidades específicas de contrato – o contrato de EPC e de aliança em obras de infraestrutura – já foi analisado pelo autor em GARCIA, Marco Aurélio Fernandes. **Mecanismos de Governança Contratual dos Contratos de Aliança e Possibilidade de utilização no modelo EPC brasileiro aplicável ao do Setor de Infraestrutura**. Trabalho de conclusão de Curso (Especialização em Direito Empresarial), Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Orientador Professor Thiago do Amaral Santos, 2017.

<sup>538</sup> BERNSTEIN, Lisa. Beyond Relational Contracts Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, No. 742, p. 1-71, 2016. p. 32-33.

A governança contratual se relaciona às diversas formas de organização contratual que ultrapassem a esfera da **prestação** e visem regular a **relação** das partes no contrato. Quando as partes regulam o preço de venda da ação, elas disciplinam a prestação; quando são incluídas disposições sobre comunicação, as partes estão regulando a sua relação. Assim, a governança contratual será constituída dos arranjos, mecanismos, instrumentos e procedimentos que determinam ou condicionam a relação dos agentes do mercado enquanto partes contratantes em um contrato<sup>539</sup>.

Estes mecanismos não são necessariamente uma disposição contratual que determine negociação em caso de *hardship*, por exemplo, mas correspondem a um fenômeno muito mais amplo relacionado a toda e qualquer decisão do agente do mercado, incluindo decisões executivas de gestão e a escolha por litigar ou permanecer vinculado ao contrato. Em suma, referir-se-ão ultimamente à forma que as partes decidem **regular a sua relação** enquanto contratam e durante o período que estão vinculadas ao contrato<sup>540</sup>.

O termo governança relacional, embora ainda mais raro em uma literatura jurídica já escassa, costuma ser usado de forma relativamente intercambiável com o termo governança contratual, referindo-se a um fenômeno mais amplo que somente aquele captado e inserido num contrato. Com efeito, a literatura historicamente focou na governança formal, sendo somente mais recentemente que as estruturas de governança informal contratual. As normas relacionais informais especificam as formas de comportamento aceitáveis e determinam a punição do comportamento desviante<sup>541</sup>.

Usualmente, os arranjos mais sofisticados de governança formal contratual são encontrados em projetos de grande monta ou em grandes cadeias de crédito para produção<sup>542</sup>. Não obstante, a regulação da relação das partes em termos de governança informal contratual

---

<sup>539</sup> AHOLA, Tuomas, RUUSKA, Inkeri, ARTTO, Karlos, KUJALA, Jaako. What is project governance and what are its origins? **International Journal of Project Management**, vol. 32, 2014, p. 1321-1332. p. 1324.

<sup>540</sup> AHOLA, Tuomas, RUUSKA, Inkeri, ARTTO, Karlos, KUJALA, Jaako. What is project governance and what are its origins? **International Journal of Project Management**, vol. 32, 2014, p. 1321-1332. p. 1324.

<sup>541</sup> LUMINEAU, Fabrice, HENDERSON, James, The Influence of Relational Experience and Contractual Governance on the Negotiation Strategy in Buyer-Supplier Disputes, **Journal of Operation Managements**, vol. 30, 2012, p. 382-395. p. 383.

<sup>542</sup> LUMINEAU, Fabrice, HENDERSON, James, The Influence of Relational Experience and Contractual Governance on the Negotiation Strategy in Buyer-Supplier Disputes, **Journal of Operation Managements**, vol. 30, 2012, p. 382-395. p. 383.

em todo e qualquer contrato é um tema necessariamente presente, motivo pelo qual podemos elaborar sobre a intersecção entre as sanções informais e a governança contratual.

Neste ponto, interessa apontar que o uso do vocábulo “governança” não é feito sem impacto ideológico. Quando falamos em **governança**, mesmo se tratamos da sua forma mais consolidada – a **governança corporativa** -, estamos tratando de um fenômeno típico da administração. A visão de que há governança no contrato reflete, ao menos parcialmente, uma conceituação mais gerencial, pragmática e administrativista do contrato. Esta não é a visão historicamente predominante do contrato, como bem aponta GILMORE em sua obra crítica sobre a teoria geral do contrato. Afirma o autor que a doutrina sobre contrato se erige tendo com fundamento a proposição de que o contrato representa a mutualidade do consentimento, a promessa que, sendo aceita, gera obrigações jurídicas vinculantes às partes. A visão moderna do contrato, em particular no Século XIX, não se referiria a ele como um **instrumento de gestão das expectativas e incentivos econômicos**, mas como o encontro de mentes que o Direito traz consequências jurídicas<sup>543</sup>.

É certo que esta visão evoluiu significativamente nos últimos 200 anos, com a transição entre a autonomia da vontade para a autonomia privada, a objetivação da boa-fé, entre outros desenvolvimentos, dos quais destacamos principalmente os contratos relacionais de MACNEIL<sup>544</sup>, inspiradores de diversas considerações da presente obra.

Não é por acaso que os principais textos recentes que tratam de governança em contratos foram publicados em revistas sobre administração ou incluíam *insights* típicos de administração, como eficiência na gestão de projetos, estruturação da comunicação entre as partes, organização da cadeia produtiva, entre outros<sup>545</sup>. Estes autores estão muito mais preocupados com a eficiência econômica e administrativa em contratos complexos ou de

---

<sup>543</sup> GILMORE, Grant. **The Death of Contract**. 2a ed., Columbus: Ohio State University, 1995. p. 21-22.

<sup>544</sup> Dentro de suas várias obras sobre o tema entre a década de 1980 e os anos 2000, citamos especialmente: MACNEIL, Ian. Relational Contract Theory: Challenges and Queries. **Northwestern University Law Review**, Vol. 94, p. 877-907, 2000.

<sup>545</sup> Para ilustrar, podemos apontar as seguintes referências, cf. LUMINEAU, Fabrice, HENDERSON, James, The Influence of Relational Experience and Contractual Governance on the Negotiation Strategy in Buyer-Supplier Disputes, **Journal of Operation Managements**, vol. 30, 2012, p. 382-395. p. 382-395; AHOLA, Tuomas, RUUSKA, Inkeri, ARTTO, Karlos, KUJALA, Jaako. What is project governance and what are its origins? **International Journal of Project Management**, vol. 32, 2014, p. 1321-1332; LEE, Yiukan, CAVUSGIL, Tamer. Enhancing alliance performance: The Effects of contractual-based versus relational-based governance, **Journal of Business Research**, vol. 59, p. 896-905, 2006.

grande vulto do que com as categorias que o Direito apresenta para estes mesmos contratos, sendo que o que está escrito no contrato não é nada mais do que um dos mecanismos à sua disposição para gerir aquela relação econômica a ele subjacente. Em suma, a preocupação central será como os mecanismos contratuais podem atuar como formas de comando e controle das operações econômicas e relações interempresariais.

As sanções informais contratuais em rede exercem função semelhante àquela apontada para os mecanismos formais de governança contratual: a função de comando e controle. Por um lado, o uso destas sanções informais permite aos indivíduos conformes punirem os agentes desviantes; por outro, a existência e possibilidade de recurso às sanções delimita o campo de comportamentos aceitáveis do parceiro comercial, que receia ser punido. Assim, congregamos controle e comando, respectivamente, como decorrentes do acesso a estes mecanismos. Como apontam LUMINEAU e HENDERSON, a possibilidade ou recurso a estes mecanismos é “[...] *[the] primary means by which contracts serve to exert control over the behavior of parties in an exchange*”. Ao exercer controle, estes mecanismos naturalmente coordenam o comportamento das partes contratuais<sup>546</sup>.

Além disso, funcionam como instrumento de alinhamento de interesses entre as partes, pois fomentam a cooperação ao aumentar os custos de traição, de tal forma que o comportamento desviante implicaria na imposição de sanções informais. Sendo os efeitos deste sancionamento informal espalhados **em rede**, os incentivos são ainda mais fortes para manter uma boa relação, boa reputação e um bom contrato. Isto porque o agente não perde somente os benefícios de uma relação contratual, mas potencialmente de diversas outras que seriam estabelecidas no futuro com outros agentes.

Neste diapasão, a ameaça da sanção funciona como uma **cláusula contratual não escrita**, como um mecanismo informalmente pertencente ao contrato com uma forte capacidade organizacional, pois provê incentivos reforçados para que as partes cooperem na execução do contrato. O comportamento injustificadamente desviante, como, por exemplo, a quebra contratual pura e egoística, deve levar em consideração não só o **custo contratual** e/ou

---

<sup>546</sup> LUMINEAU, Fabrice, HENDERSON, James, The Influence of Relational Experience and Contractual Governance on the Negotiation Strategy in Buyer-Supplier Disputes, **Journal of Operation Managements**, vol. 30, 2012, p. 382-395. p. 383.

**econômico** da quebra, mas também o seu **custo social** (em termos de oportunidades comerciais futuras perdidas).

Neste ponto podemos retomar a distinção e função das *relationship-preserving norms* (RPNs) e *end-game norms* (EGNs) de BERNSTEIN. Afirma a autora que para compreender os usos e costumes do comércio, é necessário olhar para a conduta das partes em conflito quando desejam manter ou encerrar a relação. Parte-se do pressuposto que as partes alocam aspectos da sua relação no texto do contrato e outra parte no âmbito “**extralegal**”<sup>547</sup>. Em caso de conflito, a parte pode recorrer a uma RPN ou EGN. As RPNs refletem termos extralegais implícitos acordados pelas partes que são seguidos quando as partes desejam manter a relação, ao passo que as EGNs são acionadas quando não interessa mais às partes manter a relação em absoluto ou temporariamente<sup>548</sup>. Por exemplo, a comunicação amigável de uma possível violação contratual, sem aplicação de multa, é o exemplo de uma RPN em ação, ao passo que iniciar um procedimento arbitral refletiria um exemplo claro de EGNs sendo acionadas.

A ameaça do uso de sanção informal reputacional em rede ou a sua efetiva aplicação são cláusulas não escritas que pertencem ambas ao *extralegal realm* de BERNSTEIN e, como tais, podem caracterizar tanto uma estratégia de preservação da relação quanto do seu encerramento. A parte que considera que a outra está recalcitrante em cumprir com as suas obrigações pode recorrer à ameaça de uma sanção informal para fomentar e alcançar a

---

<sup>547</sup> O texto original utiliza o termo “*extralegal realm*”. Incumbe explicitar um certo desconforto, em especial com autores de origem americana, com a diferenciação feita entre o *legal realm* e o *extralegal realm*. Por exemplo, MITCHELL (MITCHELL, Catherine. **Interpretation of Contracts – Current Controversies in Law**. Londres: Routledge, 2007. p. 119) aponta que há uma visão que enxerga somente dois regimes que regulam as relações contratuais: as *legal sanctions* e *non-legal sanctions*, citando o trabalho de SCOTT (SCOTT, Robert. The Case for Formalism in Relational Contract. **Northwestern University Law Review**, Vol. 94, No. 3, p. 847-875, 2000). Em diversas ocasiões, estes autores tendem a compreender o *legal realm* por meio de uma ótica muito restritiva, incluindo o texto da Lei, o texto do contrato e algumas outras formas claramente jurídicas que comporiam uma pirâmide Kelseniana claramente positivista. Não obstante, grande parte da cultura jurídica brasileira enxerga diversos temas do *extralegal realm* como tópicos que são claramente jurídicos. À guisa de exemplo, os usos e costumes, o *course of trade*, naturalmente são considerados temas jurídicos. Ademais, dificilmente encontram respaldo na literatura brasileira classificações que reconheçam a existência de sistemas paralelos ao sistema jurídico estatal, como, por exemplo, o famoso texto da mesma autora (BERNSTEIN) que estuda o *Opting out of the Legal System* na indústria dos diamantes (BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. **Journal of Legal Studies**, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 117-118). Assim, fica ressaltada a nossa preocupação com estes termos que dissoam da literatura brasileira, mas que permitem sejam exploradas em mais profundidade a ideia historicamente bastante enraizada da dissociação do direito dos comerciantes do direito estatal.

<sup>548</sup> BERNSTEIN, Lisa. Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code’s Search for Immanent Business Norms. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 144, p. 1765-1821, 1996. p. 1765-1767.



cooperação e o cumprimento das disposições contratuais, atuando como uma RPN. Por outro lado, se a parte desde logo aplicar ou buscar aplicar a sanção informal justamente para encerrar a relação, ainda que temporariamente, estaríamos diante de uma EGN. Em ambas as situações, as sanções informais reputacionais em rede atuarão como mecanismo de governança daquela relação contratual, tanto caminhando para a sua continuidade (com um grau mais elevado de cooperação), quanto para o seu encerramento.

Com relação aos instrumentos que os agentes possuem para governar a sua relação, sempre estará disponível às partes a sanção informal reputacional mais clássica, qual seja, o boicote à outra parte que se propaga em rede. Ciente de que a punição de um comerciante ao outro se constrói e se propaga em rede, o comerciante naturalmente deverá ser mais cauteloso em relação à possibilidade de descumprir o contrato, pois este descumprimento acarretará prejuízos futuros em relação a futuras oportunidades comerciais na comunidade. Neste caso, a existência ou ameaça sanção informal reputacional pode ser entendida como uma RPN não escrita, que motiva as partes a continuarem comerciando. Por outro lado, quando passa a ser executada, o repúdio informal constitui uma EGN não escrita, que determina o comportamento futuro das partes em uma situação em que não há interesse em continuar comerciando uma com a outra.

Há suficiente literatura teórica e empírica<sup>549</sup> para suportar a noção de que o recurso ao texto do contrato não é bem visto pela comunidade, em especial pelo parceiro comercial. Diversas razões despontam para este fenômeno, das quais apontamos principalmente dois pontos: **alteridade** e **discrepâncias**. O texto do contrato, assim como a condução da solução de disputas, foi escrito ou realizado por indivíduos que não estavam à mesa de negociação, ou ao telefone, quando os termos do contrato foram acertados. Nas grandes empresas, os contratos são redigidos por departamento jurídico próprio ou terceirizado. Até mesmo os pequenos empresários costumam usar assessoria jurídica externa para as suas avenças mais relevantes. As disputas, por óbvio, são litigadas por procuração, ou seja, são necessariamente conduzidas por terceiros. Além da alteridade que o contrato naturalmente representa em

---

<sup>549</sup> Notavelmente, a construção de MACAULAY, citando entrevista realizada na qual o agente afirma que se as coisas derem errado, basta uma ligação para resolver. Não se espera que o outro lado comece a ler as disposições contratuais, pois espera-se que o parceiro se comporte de forma decente. MACAULAY, Stewart. *Non-Contractual Relations in Business: a Preliminary Study*. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, fev/1963. p. 60.

relação àqueles que conduziram a negociação, muitas vezes o texto escrito não capta as nuances da negociação, alcançando um estágio em que contrato e negociação divergem. Ainda, diversos itens que constam do clausulado contratual (podem ser chamados como itens “de praxe”, recorrentes neste tipo de transação) não foram parte da negociação, até porque é natural que a negociação não reflita toda a complexidade que consta do texto escrito de contratos e operações complexas. Parafraseando a renomada construção de ROPPO, se o contrato é a veste jurídica da operação econômica, esta veste é colocada por terceiros e nem sempre se acomoda bem ao corpo (econômico) da negociação.

Nesse cenário, o recurso ao **clausulado** contratual pode ser decisivo para analisarmos em qual estágio da relação – RP/EG – as partes ainda se encontram. Aponta MITCHELL que embora o clausulado contratual possa ser invocado a qualquer tempo, a sua invocação é sinal de que as partes caminham para um *end-game state*. Nesta situação, a relação já não é tão mais relevante – porquanto pequena a sombra do futuro –, de forma que condutas conciliatórias de um *relationship-preserving state* já não são mais interessantes para os agentes. É neste ponto que as partes estariam prontas para sair *extralegal realm* e partiriam para o *legal realm*, para que a disputa seja adjudicada por terceiros<sup>550</sup>.

Ademais, esta passagem do “âmbito jurídico” para o “não-jurídico” é precisamente uma questão de governança contratual. As partes governam contratualmente a confiança que ainda possuem na outra parte por meio da manutenção da relação fora dos mecanismos formais estranhos à relação (contrato, Estado, disputa e até mesmo das associações), ou do recurso a estes mecanismos formais.

Assim, uma melhor classificação, ao invés de *legal realm* e *extralegal realm*, seria **relação** e **terceiros**, considerando que estas são as duas instâncias que se sobrepõem quando os agentes comerciam. Seria melhor considerar que, **enquanto a disputa está no nível da relação**, as partes estão governando a relação (e governando o risco da confiança) com o uso das *relationship-preserving norms*, mas caso a **dispute avance ao nível dos terceiros**, as ***end-game norms* seriam aplicáveis**.

---

<sup>550</sup> MITCHELL, Catherine. **Interpretation of Contracts – Current Controversies in Law**. Londres: Routledge, 2007. p. 119.

Esta distinção entre o âmbito da relação e de terceiros encontra respaldo no estudo de GILSON, SABEL e SCOTT sobre a inter-relação entre sanções formais e informais. Apontam os autores que o comportamento das partes varia não necessariamente em relação à categoria da sanção (formal/informal), mas sim se elas percebem a interação como se fosse *norm-based* (externa) ou *exchange-based*<sup>551</sup>.

Por conseguinte, a forma mais fundamental de **governar a relação** é mediante a ameaça ou recurso a sanções informais reputacionais em rede, já que elas possuem a capacidade de determinar se a relação continua e os prováveis prejuízos da parte recalcitrante em caso de má-condução da relação. Sancionar informalmente é uma decisão de governança contratual que praticamente exclui a possibilidade de as partes comerciarem no futuro; não sancionar informalmente também é uma decisão de governança contratual, correspondente à confiança da parte de que a outra terá ou manterá conduta cooperativa, uma boa-condução do contrato e da relação comercial.

Por fim, a governança contratual por meio da ameaça ou recurso a sanção informal atua como uma das mitigações para o problema fundamental do **risco da confiança**<sup>552</sup> na relação comercial. O problema é descrito por ECKEL e WILSON como um jogo: a parte que deseja confiar toma uma decisão – confiar ou não – com base no seu perfil de risco e nas informações que possui sobre o histórico reputacional da outra parte. Em seguida, a outra parte pode honrar ou não a confiança, agindo em conformidade ou desconformidade em relação àquilo que se confiou. O ato de confiar pode ser simplificado em um jogo sequencial, a parte que primeiro confia necessariamente estaria adotando uma postura de risco<sup>553</sup>. Mecanismos de governança contratual da modalidade RPN, por exemplo, diminuiriam o fator de risco da confiança e aumentariam o custo da traição.

À guisa de exemplo, BERNSTEIN aponta que a indústria de peças automotivas do centro-oeste americano gerou uma plethora de mecanismos contratuais que fomentam a confiança por meio de três mecanismos de incentivo centrais, quais sejam: (i) o incentivo à

<sup>551</sup> GILSON, Ronald, SABEL, Charles, SCOTT, Robert. Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine. **Stanford Law and Economics Olin Working Paper**, No. 389, p. 1-75, jan/2010. p. 23.

<sup>552</sup> Inspirado no termo “*essential riskiness of trust*” em MITCHELL, Catherine. **Interpretation of Contracts – Current Controversies in Law**. Londres: Routledge, 2007. p. 119.

<sup>553</sup> ECKEL, Catherine, WILSON, Rick. Is Trust a Risky Decision? **Journal of Economic Behavior & Organization**, vol. 55, p. 447-465, 2004. p. 464.

repetição das transações, criando capital social valioso para as empresas; (ii) facilitação de investimentos em capital específico, regras e interações comumente associadas com a geração de confiança; e (iii) estes arranjos mimetizam rotinas administrativas e políticas internas das empresas. Em nota similar, afirma a mesma autora que capital social pode ser criado por meio de: (i) transmissão de informação entre parceiros comerciais; (ii) realização de investimentos recíprocos em ativo específico; (iii) aquisição de experiência na resolução de problemas; e (iv) a criação de regras para flexibilidade recíproca<sup>554</sup>.

Estes arranjos são fundamentalmente indutores de repetição das transações, ampliação da sombra do futuro, criação de capital social individual e coletivo e, por conseguinte, mecanismos informais de governança contratual.

Destarte, consolidando os pontos analisados nesta seção, as sanções informais reputacionais em rede podem ser vislumbradas nas relações contratuais como uma condição implícita, que permite a ameaça ou aplicação de consequências negativas à outra parte, atuando como mecanismo de comando e controle no nível da relação e, ultimamente, sendo um mecanismo de governança contratual.

## 7.5 CADEIAS DE CRÉDITO E CADEIAS DE CONFIANÇA

A atividade comercial em larga escala é, em certa medida, dependente da existência de disponibilidade de crédito e mecanismos para a sua obtenção e transferência na sociedade. O comércio é fortemente baseado em cadeias de crédito que alimentam as negociações e que, por sua vez, alimentam a existência de crédito na sociedade.

Diversos mercados são caracterizados pela cooperação de longo termo, relacionamentos informais e altos níveis de confiança recíproca, sendo certo que um mínimo de confiança – senão um elevado nível – é imprescindível para o azeiteamento das relações

---

<sup>554</sup> BERNSTEIN, Lisa. Beyond Relational Contracts Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, No. 742, p. 1-71, 2016. p. 32-33, p. 35.

comerciais em sistemas reputacionais. Reputação, confiança e crédito constantemente se inter-relacionam nas relações comerciais<sup>555</sup>.

Antes de mais nada, cumpre salientar que inadimplir não é um conceito binário na sociedade – devo ou não devo –, mas uma qualificação contextual sobre um fato. Isto porque embora a doutrina jurídica seja relativamente restritiva ao interpretar o inadimplemento, a realidade social é mais aberta, permitindo situações em que juridicamente há inadimplemento, mas não acarretam a má-fama de devedor, assim como vice-versa, de tal forma que a decisão de crédito fundada no adimplemento ou inadimplemento das obrigações deve levar em consideração o contexto social em que os atos e fatos ocorreram para verificar se de fato o agente é merecedor de confiança ou não<sup>556</sup>.

Com efeito, a proliferação dos instrumentos de crédito e o aumento da acessibilidade aos mecanismos de financiamento acompanha a própria história do desenvolvimento da mercancia nos moldes atuais, retomando à *lex mercatoria* medieval<sup>557</sup>.

Há robusta evidência histórica que a sociedade Europeia medieval, em especial a partir do início do Século XIII, era pouco monetizada e altamente fundada em crédito. O escambo continuava existindo, mas dado o seu alcance intrinsecamente limitado (vejamos que nem todos padeiros desejam lã todos os dias), era mais comum que os indivíduos simplesmente fizessem tabelas com os créditos e débitos recíprocos (daí o surgimento da contabilidade moderna)<sup>558</sup>. Virtualmente todos os indivíduos eram emprestadores e devedores de dinheiro em crédito, diante de uma sociedade em que a moeda era escassa, mas o comércio estava em constante ascensão<sup>559</sup>.

O dinheiro em espécie era de difícil transporte e armazenamento, estando em constante perigo de roubo. Os bancos começaram a existir nos principais centros comerciais e,

---

<sup>555</sup> ERP, Judith van. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. **Erasmus Law Review**, vol. 1, No. 5, p. 145-162, 2009. p. 145-147.

<sup>556</sup> KADENS, Emily. Pre-Modern Credit Networks and the Limits of Reputation. **Iowa Law Review**, Vol. 100, p. 2429-2455, 2015. p. 2431.

<sup>557</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.p. 349.

<sup>558</sup> KADENS, Emily. Pre-Modern Credit Networks and the Limits of Reputation. **Iowa Law Review**, Vol. 100, p. 2429-2455, 2015. p. 2431.

<sup>559</sup> HARDWICK, Julie. **Family Business: Litigation and the Political Economies of Daily Life in Early Modern France**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 136-137.

mesmo assim, os banqueiros alegadamente evitavam ceder dinheiro em espécie àqueles que desejavam sacá-lo. Exceção seriam os comerciantes internacionais que costumavam pagar por seu consumo em espécie nos locais que visitavam, mas esta cifra não era elevada (alcançando valores em torno de 20% a 30% de suas compras em espécie)<sup>560</sup>.

A razão para essa diferenciação entre local e estrangeiro, crédito e espécie se enquadra perfeitamente no panorama teórico traçado no presente trabalho. Isto porque se a sombra do futuro é muito diminuta, a confiança e as razões para conceder crédito são igualmente reduzidas (*mutatis mutandis* de cooperar no sentido do estudo seminal de AXELROD), sendo a reputação um construto social que revela a visão da comunidade sobre a conduta ou histórico de condutas de um comerciante que determina, por meio das sanções informais reputacionais, a probabilidade de transações futuras do comerciante.

Em uma sociedade profundamente creditícia, começaram paulatinamente a se proliferar instrumentos creditícios reconhecidos nas mais diversas regiões. Os instrumentos jurídicos mercantis medievais para a concessão de crédito eram primordialmente a nota promissória e a *bill of exchange*. Na nota promissória, o comprador assinava o documento endereçado ao vendedor, prometendo ao segundo que pagaria uma certa quantia de dinheiro em um diferente momento de tempo ou mediante a apresentação de um documento, enquanto na *bill of exchange* o pagamento era feito a terceiro. Embora fossem usados pelos árabes desde o Século VIII, estes instrumentos inovaram juridicamente em regiões da Europa ao adquirem a condição de abstratos, sendo independentes da obrigação contratual subjacente, assemelhando-se à pecúnia, porquanto estes instrumentos eram **negociáveis**. A negociabilidade é uma inovação fundamental e desconhecida no direito romano e germânico pré-moderno, conforme assevera BERMAN<sup>561</sup>.

Os fluxos de crédito medievais eram os mais variados. Os comerciantes florentinos que compravam tecido em Champagne não portavam dinheiro em espécie, mas apenas *bills of*

---

<sup>560</sup> KADENS, Emily. Pre-Modern Credit Networks and the Limits of Reputation. *Iowa Law Review*, Vol. 100, p. 2429-2455, 2015. p. 2434-2435.

<sup>561</sup> KADENS, Emily. Pre-Modern Credit Networks and the Limits of Reputation. *Iowa Law Review*, Vol. 100, p. 2429-2455, 2015. p. 349. Transcrição: “Neither the concept nor the practice of negotiability of credit instruments was known to the older Roman law or to the Germanic law, nor was it a developed concept or practice among the Muslims and other traders of the Mediterranean between the eighth and tenth centuries. Its invention by Western merchants of the late eleventh and twelfth centuries was, of course, a response to the emergence at that time of a developed market for goods”.

*exchange* trocáveis em Florença. Comerciantes ingleses vendiam lã em Calais, recebendo *bills of exchange* dos mercadores flamengos. Essas *bills of exchange* eram trazidas até Bruges ou Antuérpia e cedidas a comerciantes genoveses de tintas e colorantes, que as vendiam à *Merchant Adventurers* de Londres, que então eram trocadas por *bills of Exchange* em Flandres pagáveis em Londres. Por vezes, estes fluxos utilizavam de mecanismos creditícios distintos, como as *letters obligatory* dos comerciantes da Liga Hanseática (que adotou os mecanismos italianos de crédito de forma mais tardia) para os flamengos, assim como os mecanismos mais simples (pagamento adiado, empréstimos simples e penhora, por exemplo)<sup>562</sup>.

O fundamento de todo sistema creditício é a confiança de que o valor emprestado será retornado. A confiança pode derivar de uma enormidade de fatores, como proximidade, laços sanguíneos, histórico de pagamento, reputação do agente, classe social, religião, entre diversos outros. Quando o sistema creditício passa a contar com uma segunda camada, correspondente à transferência do título de crédito para terceiros, mediante contraprestação, a necessidade de confiança na integridade e duração da comunidade e do título de crédito se sobressaem. Contudo, se o sistema permanecer estável, não demorará para que os comerciantes desenvolvam métricas adequadas para determinar a diferença entre o valor do pagamento da prestação no momento presente e o seu pagamento em data posterior, permitindo que o sistema creditício se consolidasse, construindo-se cadeias de crédito que alimentaria toda a economia local e internacional nos diversos períodos da história pós-medieval<sup>563</sup>.

Em particular, um dos sistemas medievais de crédito de origem mais antiga é aquele que foi praticado pelos comerciantes de algodão na Inglaterra. Relata-se que os *celys* compravam algodão a crédito dos comerciantes de *Cotswolds*, que financiavam a sua produção com os comerciantes locais, sendo que os *celys* vendiam para comerciantes internacionais flamengos, que então revendiam para todo o restante da Europa. Não era

---

<sup>562</sup> KADENS, Emily. Pre-Modern Credit Networks and the Limits of Reputation. **Iowa Law Review**, Vol. 100, p. 2429-2455, 2015. p. 2455.

<sup>563</sup> BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 350.

incomum que a garantia de pagamento fosse referente às futuras produções de algodão, incluindo a produção de 6 meses até 12 anos no futuro<sup>564</sup>.

Da mesma forma, não eram raras as transações feitas mediante triangulação. Isto porque como a cobrança de juros era proibida (ou desencoraja, como vimos no capítulo histórico), os comerciantes disfarçavam as transações nas quais recebiam juros por meio de uma terceira pessoa. Os mecanismos eram os mais diversificados, como, por exemplo, a compra da mercadoria a crédito por um agente e depois vendida à vista para outro. Essa forma de fomento era enraizada nas transações de diversas comunidades, incluindo Bruges, Leiden e o mercado de algodão. Se isto ocorria, dizia-se que foi feito um empréstimo *by the means of a sale* (*loan by sale* ou *chevisances by sale*). Em consequência da necessidade de esconder estas operações mais ostensivas, os registros dos comerciantes são normalmente confusos ou propositalmente incompletos para que não fosse possível detectar, a partir da sua leitura descontextualizada, as operações financeiras conduzidas pelo comerciante<sup>565</sup>.

Em consequência do surgimento do sistema de crédito entre os comerciantes, foram criados também os mecanismos de proteção ao credor, como, por exemplo, a hipoteca fiduciária de bem móvel para garantia de pagamento do crédito. Por sua vez, os mecanismos de sancionamento do inadimplemento em relação ao crédito não eram exclusivamente geridos pelos mercadores, contando, em diversas ocasiões, com a força do governo local, como, por exemplo, o sistema de registro na Prefeitura das hipotecas fiduciárias para garantir aos credores que o bem móvel estava desincumbido de ônus, e o próprio desenvolvimento do direito falimentar e das categorias de credores com preferência sobre a massa falida<sup>566</sup>.

Ao criarem a própria “moeda corrente”, os comerciantes desenvolveram um sistema fundamentalmente baseado na reputação dos seus mercadores. Veja-se que, até hoje, a má-fama de um comerciante implica em um custo mais elevado para a obtenção de crédito no

---

<sup>564</sup> Fenômeno descrito em: POSTAN, Michael. Credit in Medieval Trade. **The Economic History Review**, vol. 1, No. 2, p. 234-261, Jan/1928. p. 241.

<sup>565</sup> POSTAN, Michael. Credit in Medieval Trade. **The Economic History Review**, vol. 1, No. 2, p. 234-261, Jan/1928. p. 245. A literatura descreve diversas outras formas de empréstimo empregadas, como a *loan by rent*, a *cambio fittizio* e a própria *societas*. Com efeito, a noção de empréstimo atual não era a mesma empregada na Idade Média, de tal forma que as modalidades creditícias naturalmente se aproximavam às categorias jurídicas mais conhecidas e aplicadas pela comunidade mercante, como a venda e a locação.

<sup>566</sup> POSTAN, Michael. Credit in Medieval Trade. **The Economic History Review**, vol. 1, No. 2, p. 234-261, Jan/1928. p. 351.



mercado. Não é por razão distinta que um dos maiores impactos na carreira do comerciante é o impacto na sua reputação, que torna a obtenção de crédito no mercado muito mais cara e pode inviabilizar a continuação das suas atividades.

Expõem GESSNER, APPELBAUM e FELSTINER que a construção da confiança é o elemento central dos mecanismos comerciais de coordenação por meio de redes sociais e contratos relacionais. A confiança atua como um mecanismo de informação e controle e que representaria a predisposição do parceiro comercial a resistir à oportunidade de ganhos no curto-prazo (oportunismo) em razão da possibilidade de benefícios no longo-prazo. No ambiente comercial, ela estaria representada tanto pela confiança interpessoal quanto interorganizacional. Dentro das categorias de COASE e WILLIAMSON – mercados e hierarquias -, as formas de organização interempresarial fundadas na confiança refletiriam um modelo híbrido de redução de custos de transação<sup>567</sup>.

Assim, quando a sanção reputacional sanciona a reputação do comerciante, ela pune as suas possibilidades comerciais futuras, pois dificulta a obtenção de crédito pelo agente no mercado<sup>568</sup>.

Corolário desta afirmação consiste na possibilidade de mensuração dos efeitos econômicos da boa reputação, a exemplo dos argumentos avançados por BOTSMAN sobre o efeito composto de preço e qualidade em redes de confiança. Utilizando o racional esboçado pela autora, seria possível desenharmos um *continuum* preço-qualidade em que a escolha de adquirir serviços seria contingente a um cálculo econômico em que uma maior qualidade justificaria um preço maior, ao passo que uma qualidade reduzida somente encontraria mercado com um preço igualmente reduzido<sup>569</sup>.

Independentemente do valor preciso que a reputação representa em uma relação comercial, não é indevido afirmar que ela é valorizada por ambas as partes nos contratos relacionais. A reputação permite o desenvolvimento de cadeias de crédito, pois elas decorrem da confiança de um agente na capacidade de cumprir com as suas obrigações, que, por

---

<sup>567</sup> APPELBAUM, Richard, FELSTINER, William, GESSNER, Volkmar (ed.). **Rules and Networks – The Legal Culture of Global Business Transactions**. Portland: Hart Publishing, 2001. p. 23-24.

<sup>568</sup> ERP, Judith van. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. **Erasmus Law Review**, vol. 1, No. 5, p. 145-162, 2009. p. 146.

<sup>569</sup> BOTSMAN, Rachel. **Who can you Trust? How Technology Brought us Together and Why it Might Drive us Apart**. Nova Iorque: Penguin Books, 2017. p. 41-42.

consequente confia em outro agente, e assim sucessivamente, formando um elo entre todos os elementos da corrente por meio da concessão de crédito.

Assim, a cadeia de crédito é, em certa medida, uma cadeia de confiança dos agentes na capacidade dos outros agentes em cumprir o quanto prometido. A confiança na capacidade de adimplementos das obrigações determina a flutuação do preço do crédito dos agentes da cadeia, pois é natural que um agente que detém menor confiança dos demais no tocante à sua capacidade de cumprir com o prometido obterá crédito a um preço mais elevado dos seus parceiros comerciais e do mercado. Por suposto, para que estas cadeias fossem completamente eficientes em termos econômicos, seria necessário que os agentes também possuíssem informação completa sobre o histórico dos demais (além de possíveis poderes preditivos), de tal forma que as cadeias de crédito refletem sobretudo uma percepção da capacidade de cumprimento das obrigações dos agentes. Sendo esta uma percepção majoritariamente positiva, as linhas de crédito correspondentes costumam refletir preços reduzidos, ao passo que a falta de confiança (a percepção negativa da capacidade de adimplemento dos outros agentes) acarreta na precificação mais elevada do crédito para o agente comercial.

Ao sancionar as oportunidades comerciais futuras, a sanção informal reputacional também possui o condão de causar o aumento do preço de crédito do agente, assim como é capaz de alterar a percepção por parte dos outros agentes da capacidade de determinado agente em cumprir com as suas obrigações. Desta forma, a perda da confiança de uma parte em relação à outra pode ter efeitos de transbordamento no mercado, fazendo com que outros agentes também não confiem naquele agente sancionado.

#### 7.6 INDEPENDÊNCIA EM RELAÇÃO ÀS SANÇÕES FORMAIS

Conforme apresentado até o momento, as sanções informais podem derivar ou decorrer de sanções formais, quando, por exemplo, o agente não é capaz mais de estabelecer novas relações comerciais em um setor após a decretação judicial de sua insolvência. Entretanto, um dos traços mais fundamentais para a análise das sanções informais envolve compreender em que medida as sanções informais podem ser independentes das sanções formais. Para tanto, será necessário distinguir condutas reprovadas pela Lei (ou outro

mecanismo formal), condutas reprovadas pelos comerciantes e condutas reprovadas tanto pela Lei quanto pelos comerciantes.

Assim, esta breve seção será dedicada a analisar exemplos práticos de sanções informais institucionalizadas que fogem completamente ao alvedrio de sanções formais.

Iniciamos a análise com a aplicação de sanções informais pela WFDB, cujo regulamento interno lista 11 situações diferentes nas quais um membro (pessoa física) pode ser suspenso ou expulso: (i) inadimplência de pagamentos à bolsa ou aos seus membros; (ii) descumprimento de acordos celebrados em conformidade com os usos comerciais; (iii) não participação nos julgamentos dos comitês de arbitragem; (iv) não pagamento das taxas da bolsa ou de arbitragem; (v) inobservância dos padrões de moralidade e/ou interesses materiais do setor ao falhar em cumprir com os padrões de integridade prescritos pela Federação; (vi) inobservância de uma decisão arbitral final; (vii) violação dos termos e condições de filiação a uma das bolsas e/ou não atuar nos melhores interesses do setor; (viii) decretação de falência do membro; (ix) decretação de liquidação ou cessação das atividades de uma entidade jurídica na qual um membro da bolsa seja acionista ou diretor; (x) declaração incorreta de bens, ou mistura de diamantes naturais com artificiais sem revelar ao consumidor; (xi) qualquer outra razão relevante em conformidade com o regulamento das bolsas<sup>570</sup>.

As regras da Federação também preveem a desfiliação de uma bolsa em razão dos seguintes motivos: (i) se a bolsa deixar de estar em conformidade com o *Kimberley Process*<sup>571</sup>; (ii) se a bolsa atuar em desconformidade com as regras, ou violar as regras e objetivos, da

---

<sup>570</sup> ESTADOS UNIDOS. **World Federation of Diamon Bourses Inner Rules**. 2016. Artigo 3.

<sup>571</sup> O *Kimberley Process* é um processo de certificação específico do setor de diamantes para evitar a propagação dos “diamantes de sangue”, oriundos de áreas de conflito, especialmente em território africano. O processo de certificação foi estabelecido por meio de uma resolução das Nações Unidas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 55/56 da Assembleia Geral**. 29 de Janeiro de 2001). A certificação começou efetivamente em 2003 e conta com mais de 50 membros. O esquema completo de certificação pode ser encontrado em: <<https://www.kimberleyprocess.com/en/kpcs-core-document>>, acessado em 25/07/2019, sendo realizado pelo Conselho Mundial dos Diamantes (*World Diamond Council*). O esquema se aplica a todos os diamantes brutos extraídos, sendo que eles precisam de um certificado válido para a sua comercialização. Este certificado depende do preenchimento de requisitos mínimos, como, por exemplo, a existência de mecanismos de governança internos para assegurar que os diamantes não sejam comprados de fontes desconhecidas ou suspeitas.

WFDB; (iii) se a bolsa agir em contradição com os interesses do setor; ou (iv) se a bolsa falhar em pagar as taxas anuais sem justificativa<sup>572</sup>.

Deste rol de possibilidades de sancionamento, todas em caráter informal – porquanto não aplicadas pelo Estado –, destacamos que os **atos geradores** das punições são intrinsecamente comerciais. Isto significa dizer que a expulsão do membro está muito mais relacionada a uma má-conduta ou um “**ilícito comercial**” do que à violação de um dever legal. Mais do que isso, as regras propositalmente preveem sanções que sequer estão relacionadas a um dever estatutário ou legal específico, como, por exemplo, “atuar em desconformidade com os interesses do setor”. Há um natural descolamento entre estes “ilícitos comerciais” e os “ilícitos formais”, impostos por uma sanção formal derivada de Lei ou mecanismo semelhante, embora ocorram intersecções entre práticas condenadas pelos comerciantes e também condenadas pela Lei.

Analisando primeiramente as hipóteses de expulsão descritas no regulamento interno, podemos elaborar a seguinte tabela apenas para ilustrar esta diferenciação:

<i>Práticas condenadas somente pelos comerciantes – sem correspondência com algum “ilícito formal” ou violação de dever contido em Lei ou mecanismo formal semelhante</i>	<i>Práticas usualmente condenadas pelos comerciantes e pela Lei ou outro mecanismo formal semelhante</i>
---	--

<sup>572</sup> ESTADOS UNIDOS. **World Federation of Diamond Bourses By-Laws**. 2016. Artigo 11.

<p>(a) Inobservância dos padrões de moralidade e/ou interesses materiais do setor ao falhar em cumprir com os padrões de integridade prescritos pela Federação.</p> <p>(b) Não atuar nos melhores interesses do setor.</p>	<p>(c) Não participação nos julgamentos dos comitês de arbitragem.</p> <p>(d) Inadimplência de pagamentos à bolsa.</p> <p>(e) Inadimplência dos pagamentos em relação à arbitragem</p> <p>(f) Descumprimento de acordos celebrados em conformidade com os usos comerciais.</p> <p>(g) Violação dos termos e condições de filiação a uma das bolsas.</p> <p>(h) Decretação de falência do membro.</p> <p>(i) Decretação de liquidação ou cessação das atividades de uma entidade jurídica na qual um membro da bolsa seja acionista ou diretor.</p> <p>(j) Declaração incorreta de bens, ou mistura de diamantes naturais com artificiais sem revelar ao consumidor.</p>
--	---

**Quadro - Ilícitos formais e práticas condenadas pelos comerciantes<sup>573</sup>**

Para justificar a acomodação de cada uma destas sanções nestas categorias, incumbe analisá-las separadamente:

(a) Inobservância dos padrões de moralidade e/ou interesses materiais do setor ao falhar em cumprir com os padrões de integridade prescritos pela Federação: trata-se de ponto puramente comercial, sendo essencialmente subjetivo (moralidade, padrões de integridade). Embora o descumprimento de uma violação estatutária possa significar o descumprimento dos padrões de integridade da Federação, não há uma disposição estatutária específica anexada a

<sup>573</sup> Quadro elaborada pelo autor.

esta violação. Assim, a sanção àquele que não corresponde aos padrões de moralidade esperados é exclusivamente informal.

(b) Não atuar nos melhores interesses do setor: aplicam-se as mesmas considerações do item anterior. Não há nenhuma disposição específica estatutária ou legal, apenas existe o julgamento sobre o conflito entre interesses do associado e o “setor”. Este conflito pode surgir de uma prática formalmente ilícita, como propaganda enganosa, mas não necessariamente decorre de uma violação a um dever de Lei ou mecanismo semelhante, sendo essencialmente informal.

(c) Não participação nos julgamentos dos comitês de arbitragem: a participação em arbitragem é processualmente considerada um ônus, não um dever, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A consequência do não comparecimento ao processo é a revelia e presunção de veracidade das alegações de fato<sup>574</sup>; é, essencialmente, uma faculdade da parte. Em nossa definição de sanção, entretanto, a imposição de uma consequência negativa, mediante um mecanismo formal, já a qualifica como uma sanção formal. Não obstante, esta mesma conduta pode ser sancionada formalmente, de forma mais clara, em ordenamentos jurídicos alienígenas. Ainda, tal conduta é repreensível do ponto de vista comercial, porquanto simboliza a recalcitrância do membro em resolver a disputa e o seu desrespeito pelo sistema de solução de controvérsias estabelecido.

(d) Inadimplência de pagamentos à bolsa: o não pagamento de contribuição associativa equivale a um inadimplemento contratual, sendo passível de execução forçada e sancionado formalmente.

(e) Inadimplência dos pagamentos em relação à arbitragem: embora a arbitragem tenha desenvolvido mecanismos próprios para lidar com a inadimplência das custas e despesas<sup>575</sup>, as custas e despesas não pagas, após fixadas em sentença arbitral são passíveis de execução forçada.

---

<sup>574</sup> Conforme determinado, por exemplo, pelo Artigo 344 do Código de Processo Civil. BRASIL, **Lei No. 13.105**, 16 de Março de 2015.

<sup>575</sup> Vide a regra comum nos regulamentos de arbitragem que se uma das partes se recusar a adiantar as custas do processo, a parte adversa pode se voluntariar a adiantar as custas totais do processo e aguardar a fixação das despesas mediante sentença arbitral. Exemplo é a regra do Artigo 12.10 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá: “12.10. Na hipótese do não pagamento das Taxas de Administração,

(f) Descumprimento de acordos celebrados em conformidade com os usos comerciais: Novamente, tratando-se de inadimplemento contratual, estamos diante de uma conduta formalmente sancionada.

(g) Violação dos termos e condições de filiação a uma das bolsas: próximo a um inadimplemento contratual, a violação das disposições estatutárias da associação à qual o membro pertence pode acarretar a sua expulsão por justa causa.

(h) Decretação de falência do membro: a decretação de falência ou insolvência civil mediante ordem judicial acarreta diversas consequências cíveis negativas ao indivíduo, como a liquidação do seu patrimônio.

(i) Decretação de liquidação ou cessação das atividades de uma entidade jurídica na qual um membro da bolsa seja acionista ou diretor: na mesma linha do item anterior, a decisão judicial que ordena a liquidação ou cessação de atividades de uma entidade jurídica determina uma pletera de consequências negativas à pessoa jurídica por meio de sanções formais.

(j) Declaração incorreta de bens, ou mistura de diamantes naturais com artificiais sem revelar ao consumidor: esta conduta pode ser considerada tanto um ilícito civil quanto criminal. Em ambos os casos, ela é punida por sanções formais.

A análise destas hipóteses aponta um fenômeno que se repete em diversos regulamentos de associações setoriais. Vê-se que a expulsão de membros da associação não está necessariamente ligada a uma sanção formal ou a um “**ilícito formal**” (conduta reprovada por sanção formal), assim como não estão necessariamente ligadas até mesmo às sanções informais contratuais (conduta reprovada por um contrato), mas pode incluir **hipóteses fundamentalmente comerciais**, como a inobservância dos interesses do setor.

Assim, é certo que as associações setoriais desejam punir os maus comerciantes. Quando o fazem, aplicam sanções informais, porquanto a origem da sanção não é o Estado. Estas sanções não sempre se fundamentam em uma figura formal, como um dever legal, a exemplo da proibição de venda de diamantes que misturem diamantes naturais e artificiais.

Isto porque será mais importante para a associação coibir as condutas que são reprovadas comercialmente, mas não necessariamente aquelas condutas reprovadas pelo ordenamento jurídico. Em diversas ocasiões, o ordenamento jurídico capta os valores comerciais e os cristaliza em regras que reverberam valores comerciais relevantes. No entanto, não há sempre uma relação de equivalência entre estes valores comerciais e uma norma jurídica, momento em que há espaço para sanções informais descoladas de sanções formais no âmbito das associações setoriais.

A análise de estatutos de associações do setor elétrico brasileiro, embora seja um mercado altamente regulamentado, provê substrato para este ponto. No Estatuto Social da Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa (ABRAGEL), a exclusão do associado pode se dar pelo não pagamento pontual das contribuições e pelo **agir em desconformidade com os interesses da associação**<sup>576</sup>. O Estatuto Social da Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia (ABRACEEL), prevê três hipóteses essencialmente comerciais para a expulsão de associados, relativas ao sigilo de informações e elementos relativos aos interesses da Associação, ao descumprimento do Código de Ética da Associação e a falar em nome da Associação sem a autorização do Presidente Executivo<sup>577</sup>.

Vê-se que, em ambos os casos, o desligamento do membro dar-se-ia em razão de uma conduta reprovável somente entre os agentes do setor, mas que não possui relação direta ou deriva de determinado dever legal.

---

<sup>576</sup> BRASIL. **Estatuto Social da Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa**. Brasília, 27 de julho de 2000. Disponível em: < <https://www.abragel.org.br/wp-content/uploads/2016/10/Estatuto-Social-ABRAGEL.pdf>>, acessado em 26/07/2019. Transcrição: “*Artigo 10 – Havendo justa causa, os associados poderão ser excluídos da Associação após a instauração e a tramitação de procedimento específico, que deverá assegurar o contraditório e a ampla defesa. Parágrafo Primeiro – Considera-se justa causa para fins de exclusão de associado o não pagamento pontual das contribuições e o agir em desconformidade com os interesses da associação*”.

<sup>577</sup> BRASIL. **Estatuto Social da Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia**. Brasília. Disponível em: < <http://www.abraceel.com.br/zpublisher/secoes/estatuto.asp>>, acessado em 26/08/2019. Transcrição: “*Art. 10. São deveres das associadas: a. pagar em dia a contribuição mensal comum a todos; b. manter absoluto sigilo de informações e elementos relativos aos interesses da Abraceel, das suas associadas e de suas atividades, exceto aquelas informações que se tornem públicas por determinação legal, estatutária, regulamentar, normativa ou por decisão da Associação; c. cumprir o Código de Ética da Abraceel; d. não se envolver em prática anticompetitiva, de abuso de poder de mercado, manipulação de preços ou fraude, bem como nas práticas ilícitas previstas na Lei n° 12.529/2011 (Defesa da Concorrência) e na Lei n° 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) ou naquelas que venham a substituí-las; e e. não falar em nome da Abraceel sem autorização do Presidente Executivo.*”



Esse fenômeno será replicado em uma multitude de indústrias, como, por exemplo, no setor bancário brasileiro, em que encontramos disposições semelhantes em duas grandes instituições brasileiras. O Estatuto Social da Confederação Nacional das Instituições Financeiras (CNF) prevê a exclusão de seus associados em razão da “*prática de atos contrários aos interesses das demais Associadas ou incompatível com os objetivos da CNF*”<sup>578</sup>. Conforme Estatuto Social da Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN), os seus associados devem manter estrito sigilo sobre as suas operações e serviços e “*aperfeiçoar padrões de conduta, elevar a qualidade dos produtos, aprimorar os níveis de segurança, estabelecer a transparência de seus procedimentos e a eficiência dos seus serviços para o usuário*”<sup>579</sup>. Um exemplo adicional é o Estatuto Social da Associação Brasileira de Bancos (ABB), que determina como dever dos seus associados zelar pelo sigilo dos assuntos de interesse da associação<sup>580</sup>.

Estas disposições também são encontradas no setor do algodão brasileiro, como, por exemplo, no Estatuto Social do Instituto Brasileiro do Algodão, que determina ser falta, sujeita à penalidade de expulsão, “*praticar qualquer ato contrário aos objetivos sociais do IBA*”, sendo um dever de a associada comprometer-se com a execução dos objetivos sociais da associação<sup>581</sup>. O Estatuto Social da Associação Brasileira de Produtores de Algodão

<sup>578</sup> BRASIL. **Estatuto Social da Confederação Nacional das Instituições Financeiras**. Disponível em: <<https://cnf.org.br/estatutos-sociais/>>, acessado em 29/07/2019. Transcrição: “Art. 8º A exclusão de Associada dar-se-á nos seguintes casos: [...] III – prática de atos contrários aos interesses das demais Associadas ou incompatível com os objetivos da CNF”.

<sup>579</sup> BRASIL. **Estatuto Social da Federação Brasileira de Bancos**. Disponível em: <[https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/ESTATUTO%20FEBRABAN\\_fev2011.pdf](https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/ESTATUTO%20FEBRABAN_fev2011.pdf)>, acessado em 29/07/2019. Transcrição: “Artigo 6º - São obrigações das ASSOCIADAS: [...] II - manter estrito sigilo sobre suas operações e seus serviços, nos termos e na forma que a lei disciplinar; [...] IV – aperfeiçoar padrões de conduta, elevar a qualidade dos produtos, aprimorar os níveis de segurança, estabelecer a transparência de seus procedimentos e a eficiência dos seus serviços para o usuário.”, sendo que para expulsão basta uma decisão fundamentada em justa causa: “Artigo 7º - Por decisão fundamentada do Conselho Diretor, mediante proposta da Diretoria, em havendo justa causa, poderão ser excluídas dos quadros da FEBRABAN ASSOCIADAS de qualquer nível”.

<sup>580</sup> BRASIL. **Estatuto Social da Associação Brasileira de Bancos**. Disponível em: <[http://www.abbc.org.br/images/content/ABBC\\_Estatuto\\_e\\_Atada%20AGE\\_13fev2019.pdf](http://www.abbc.org.br/images/content/ABBC_Estatuto_e_Atada%20AGE_13fev2019.pdf)>, acessado em 29/07/2019. Transcrição: “Artigo 4º - Os associados se obrigam pelos seguintes deveres: [...] c) Zelar pelo sigilo dos assuntos sob exame ou de interesse da ABBC ou de seus associados, caso estes tenham caráter de confidencialidade”.

<sup>581</sup> BRASIL. **Estatuto Social do Instituto Brasileiro do Algodão**. Disponível em: <[http://www.ibabr.com/uploads/biblioteca/101\\_pt\\_br.pdf](http://www.ibabr.com/uploads/biblioteca/101_pt_br.pdf)>, acessado em 29/07/2019. Transcrição: “Artigo 16. A Associada que cometer falta poderá ser advertida, suspensa ou eliminada do quadro social do IBA, mediante processo administrativo regular, sendo garantidos a ampla defesa e o contraditório. Parágrafo único. Serão consideradas faltas sujeitas a penalidades: I. violar o presente Estatuto Social ou praticar qualquer ato contrário aos objetivos sociais do IBA.” e “Artigo 12. São deveres das Associadas do IBA: [...] V.

(ABRAPA), determina ser dever dos associados: “*não realizar qualquer ato cuja natureza possa ser interpretada ou considerada de interesse nacional dos produtores de algodão, sem a prévia e necessária autorização [...]*”<sup>582</sup>. O Estatuto da Associação Baiana dos Produtores de Algodão (ABAPA) vai ainda mais longe e determina a possibilidade de exclusão do associado que “*deixar de plantar até a data limite do plantio da segunda safra*”, além do dever genérico de “*enfocar a consecução dos objetivos sociais [...]*”<sup>583</sup>.

Esta miscelânea de regras consolida a tendência destas instituições – associações setoriais locais ou de alcance nacional – a determinarem regras específicas que fogem dos típicos ilícitos sancionados por sanções formais. É certo que os Estatutos Sociais apresentam uma pletera de regras que são sancionadas por sanções formais, como, por exemplo, a inadimplência das contribuições associativas e a decretação de falência do associado. Por serem objeto de condenação reputacional no âmbito associativo, estas condutas são também sancionadas por sanções informais (vide a definição de sanção informal adotada no capítulo anterior). Sendo condutas sancionadas tanto por sanções formais, quanto informais, elas já seriam de interesse do presente trabalho. Não obstante, aquelas condutas em que é difícil encontrar uma correspondência com uma sanção formal são de maior interesse e, pelos exemplos acima apresentados, vê-se que proliferam no ambiente associativo dos mais variados setores comerciais.

## 7.7 OS SISTEMAS JURÍDICOS PRIVADOS DAS SANÇÕES INFORMAIS

Elemento central deste capítulo de análise do impacto das sanções informais no cumprimento dos contratos é a análise de um fenômeno que recentemente vem sendo

---

*comprometer-se com a consecução dos objetivos sociais do IBA e colaborar com as ações que visem ao seu desenvolvimento e de seus programas”.*

<sup>582</sup> BRASIL. **Estatuto Social da Associação Brasileira de Produtores de Algodão**. Disponível em: <<https://www.abrapa.com.br/Documents/ESTATUTO%20ABRAPA.PDF>>, acessado em 29/07/2019. Transcrição: “Art. 12 – São deveres das associadas: [...] II – *comprometer-se com a consecução dos objetivos sociais, obrigando-se a não realizar qualquer ato cuja natureza possa ser interpretada ou considerada de interesse nacional dos produtores de algodão, sem a prévia e necessária autorização*”.

<sup>583</sup> BRASIL. **Estatuto Social da Associação Baiana dos Produtores de Algodão**. Disponível em: <<http://abapa.com.br/wp-content/uploads/2014/03/Estatuto-Social-da-Abapa-AGE-26-de-outubro-de-2016.pdf>>, acessado em 29/07/2019. Transcrições: “Art. 14. São deveres dos associados: [...] c) *Enfocar a consecução dos objetivos sociais evitando deliberar sobre assuntos de interesse coletivo, sem antes ouvir a ABAPA;* e “Art. 17. Por decisão de maioria simples do Conselho Diretor dar-se-á a exclusão do associado que: [...] c) *abandonar a atividade da cotonicultura, ou deixar de plantar até a data limite do plantio da segunda safra*”.

desenvolvido na literatura jurídica, mas que permite uma melhor compreensão do tema, correspondente a uma consequência do recurso às sanções informais institucionalizadas, qual seja, a formação de sistemas jurídicos privados.

Para tanto, iniciaremos pela literatura de ELLICKSON, fundante de toda a construção moderna dos sistemas jurídicos privados e na crítica de Direito e Economia que a partir dele se desenvolveu e lançou luz a realidades jurídicas extralegais até então pouco consideradas na literatura jurídica. Na sequência, perpassaremos escritos que derivam do trabalho de ELLICKSON e complementam a caracterização deste fenômeno. Por fim, desenvolveremos o papel das sanções informais nestes sistemas jurídicos.

### **7.7.1 A fuga do centralismo jurídico – a subapreciação das normas sociais na literatura jurídica**

A crítica à subapreciação de elementos não patentemente jurídicos pela literatura jurídica, como as normas sociais, é marcante em diversos autores anteriores ou contemporâneos a ELLICKSON, como MILGROM e NORTH<sup>584</sup>, FULLER<sup>585</sup>, GRIFFITHS<sup>586</sup> e POSNER<sup>587</sup>. Tomados em conjunto, estes autores explicitam a corrente de fuga do centralismo jurídico como explicação global para as causas e efeitos das normas e sanções na sociedade, reconhecendo a importância do âmbito de análise extralegal.

Com efeito, o desenvolvimento de um corpo de literatura sobre sistemas jurídicos privados é recente e pode ser apontado o trabalho de ELLICKSON como predecessor, na década de 1990. O estudo de ELLICKSON sobre como os vizinhos do *Shasta County* resolviam disputas sobre gado entre fazendeiros e criadores de gado sem recurso a regras formais foi marcante não só pelo empirismo envolvido – uma pesquisa de campo extensiva conduzida -, mas justamente porque este empirismo desacreditava diretamente uma das hipóteses levantadas por COASE que eventualmente seria subsídio para o próprio Teorema de COASE.

---

<sup>584</sup> MILGROM, Paul. NORTH, Douglass, WEINGAST, Barry. The Role of Institutions in the Revival of Trade: the Law Merchant, Private Judges and the Champagne Fairs. **Economics and Politics**, vol. 2, No. 1, p. 1-23, mar/1990.

<sup>585</sup> FULLER, Lon. Human Interaction and the Law. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 14, No. 1, p. 1-36, 1969.

<sup>586</sup> GRIFFITHS, John. Is Law Important? **New York University Law Review**, v. 54, p. 339-374, 1979.

<sup>587</sup> POSNER, Richard. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

Em *The Problem of Social Cost*, COASE analisa as consequências econômicas de um cenário entre fazendeiros e criadores de gado em que não são colocadas cercas para proteção. Assumindo que o aumento no número de bois implica um aumento nos danos ao fazendeiro (de forma não-linear, próxima a uma curva exponencial) e que o criador de gado seja responsável pelos danos causados pelos bois que ultrapassam a sua propriedade, os criadores de gado não elevariam o seu rebanho se o aumento nos custos pelos danos causados fosse maior que o benefício do boi adicional. Mecanismos de prevenção de danos aos fazendeiros serão empregados somente se o seu custo for inferior ao quanto os criadores de gado pagariam em danos pelos bois adicionais. O custo de construir uma cerca só será pago se ele for inferior ao custo do pagamento de indenização ao vizinho, embora seja uma alternativa que apresente grandes ganhos marginais, pois a cerca não precisa ser refeita toda vez que um novo boi for adicionado, embora, em algum momento, será necessário reforçar a cerca. O fazendeiro não teria incentivo para aumentar a produção assim que um criador de gado se mudasse para a sua vizinhança, pois é assumida competição perfeita e qualquer expansão implicaria diminuição nos lucros do fazendeiro. O resultado seria o contrário: se um criador de gado se mudasse para a vizinhança de um fazendeiro e se a indenização superar o valor de venda da produção, seria mais interessante para as duas partes que o fazendeiro celebrasse um acordo com o criador de gado para que parte de sua fazenda restasse não cultivada, assumida a possibilidade de realização desta transação<sup>588</sup>.

COASE compara este primeiro cenário – em que o criador de gado é responsável pelos danos – com a hipótese em que não há regra de indenização pelos danos causados pelos bois. Assumindo novamente que o aumento no número de bois implica um aumento nos danos ao fazendeiro, o fazendeiro seria incentivado a realizar pagamentos para o criador de gado para que ele não criasse gado na sua vizinhança. Esse pagamento não poderia ultrapassar o custo de colocar uma cerca, pois este é o momento em que é economicamente mais interessante simplesmente construir uma cerca e prevenir os danos. Não obstante, as partes arranjariam os valores de pagamento em relação ao total de bois criados. A conclusão de

---

<sup>588</sup> COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, out. 1960. p. 3-6.

COASE é que, independentemente da posição jurídica, o resultado final seria o mesmo, dado um sistema de preços que funciona sem custo<sup>589</sup>.

Em suma, a versão mais forte do Teorema COASE afirmaria que quando os custos de transação são zeros, uma mudança na regra de responsabilidade não possuiria qualquer efeito na alocação de recursos. COASE não diminui a importância dos custos de transação relacionados a obter informação, negociar acordos e resolver disputas, apenas os retira da equação. Assim, em seu cenário hipotético, as forças de mercado internalizariam todos os custos independentemente da regra de responsabilidade<sup>590</sup>.

A escolha de ELLICKSON para testar o alcance destas proposições foi bastante precisa, pois tratava do mesmo mercado em um ambiente semelhante ao da parábola fazendeiro-criador de gado. A sua conclusão fundamental é que os vizinhos de *Shasta County* eram, de fato, fortemente inclinados a cooperar, mas eles alcançavam resultados prolíficos da cooperação não pela negociação fundada em regras jurídicas, mas ao desenvolver e executar normas informais de vizinhança que subordinavam as regras jurídicas formais. Tanto no Teorema COASE, quanto na construção de ELLICKSON, a coordenação para ganhos mútuos era alcançada sem supervisão do Estado, mas por meio de rotas diferentes (sanções formais v. sanções informais)<sup>591</sup>.

Em sua construção teórica sobre ordenamentos jurídicos privado, ELLICKSON inicia a sua análise apontando para a existência de cinco categorias de controladores (fontes das quais emanam regras de conduta e sanções). A primeira categoria se refere aos controladores de primeira ordem e corresponde ao autocontrole, quando os indivíduos fazem cumprir as regras e sanções a si mesmos (**a ética pessoal**). A segunda categoria é aquela dos contratos, em que um controlador de segunda ordem administra as recompensas e punições ao contratante (**contratos**). A terceira categoria – os controladores de terceira ordem -, se distribui em três hipóteses distintas: forças sociais (**normas**), organização (as regras empresariais; as **hierarquias não governamentais**) e governos (a lei; as **hierarquias governamentais**). As atividades humanas são consideradas como comportamento primário,

<sup>589</sup> COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, out. 1960. p. 6.

<sup>590</sup> ELLICKSON, Robert. *Order without Law – How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 2.

<sup>591</sup> ELLICKSON, Robert. *Order without Law – How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 4.

enquanto as atividades sancionatórias ou de controle social que controlam o comportamento primário correspondem a comportamento secundário. Esta taxonomia pode ser estendida infinitamente para outros níveis, desde que estes níveis sejam uma resposta ao nível imediatamente anterior, de tal forma que o comportamento terciário sanciona o comportamento secundário e assim sucessivamente<sup>592</sup>.

ELICKSON aponta que os seus teóricos predecessores, como WEBER, demonstraram compreender que a aplicação do Direito seria feita por burocratas especializados em atividades de controle social, sendo a aplicação da lei utilizada para denotar o controle social pelo Estado. O Estado seria a única instituição com legitimidade para fazer cumprir as regras da lei<sup>593</sup>.

Prosseguindo com as balizas de ELLICKSON, o autor determina que para uma regra ser comprovada, a melhor prova é a administração recorrente de sanções em relação aos indivíduos que as violassem, ao passo que a total ausência de administração de sanções para a violação de um dever é prova cabal da sua inexistência como regra, adotando uma visão claramente não-Kelseniana. Contudo, são reconhecidas áreas cinzentas, como regras que possuem uma punição tão eficiente que nunca são violadas, possivelmente não sendo sequer percebidas como regras, sendo aceitas outras provas, além da aplicação da sanção, para corroborar a existência da regra. Neste caso, padrões de comportamento primário podem permitir a inferência da regra<sup>594</sup>, embora passem a existir falso-positivos e falso-negativos na conclusão acerca da existência da regra. Por fim, regras jurídicas são naturalmente mais fáceis de observar a sua existência do que regras sociais, sobretudo pelo fato de que a execução de regras sociais é feita por um mecanismo descentralizados – os demais indivíduos<sup>595</sup>.

Assim, ELLICKSON reconhece sistemas jurídicos de uma amplitude muito superior, pois inclui novas categorias e reconhece a sua relevância na aplicação do direito. A inclusão

---

<sup>592</sup> ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 127-128.

<sup>593</sup> ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 127.

<sup>594</sup> O exemplo de ELLICKSON é auto-explicativo. Um estrangeiro que chegasse à Inglaterra rapidamente perceberia que as pessoas se cumprimentam com a mão direita, mas dirigem do lado esquerdo da via. Ou como pessoas se cumprimentam com três beijos no rosto no Luxemburgo, ao passo que somente dois na Bélgica e um no Estado de São Paulo. Estas regras sociais inferem-se facilmente pela sua prática.

<sup>595</sup> ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 128.

de novas categorias dentro da noção jurídica de controle social é um pressuposto para o desenvolvimento das ideias mais recentes de sistemas jurídicos privados, porquanto aliar a palavra “privado” a “sistema jurídico” já acarretaria uma contradição em termos Weberianos. A concessão à realidade da criação das regras, de viés não-Kelseniano, também permite muito mais flexibilidade no estudo das sanções informais no *Shasta County*.

Finalizando a taxonomia de ELLICKSON, o autor apresenta cinco tipos de regras aplicáveis à conduta humana: (i) regras substantivas; (ii) regras remediais; (iii) regras procedimentais; (iv) regras constitutivas; e (v) regras para escolha de controladores. As regras substantivas definem a conduta a ser punida, as regras remediais determinam a magnitude da sanção positiva ou negativa a ser aplicada a uma conduta; as regras procedimentais governam a coleta, peso e administração da informação obtida em formato de sanção; as regras constitutivas elucidam a estrutura interna dos controladores; as regras para escolha de controladores conjugam e determinam os soberanos para cada um dos domínios de controle social<sup>596</sup>.

Não obstante apresentar as raízes para a conceituação dos sistemas jurídicos privados, ELLICKSON denomina somente o controlador de terceira ordem governo como formador de um sistema jurídico. As forças sociais, gerando normas sociais e sendo sancionadas pelos próprios indivíduos, geram sistemas de controle informal, ao passo que as organizações geram regras organizacionais, sendo sancionadas pelas organizações e geram um sistema de controle organizacional (organização, neste contexto, pode ser substituída por instituição ou até mesmo por empresa em sentido amplo)<sup>597</sup>.

Seria a literatura que elaboraria em cima do trabalho de ELLICKSON que alcançaria a conceituação atual de sistemas jurídicos privados. Isto porque o autor estava preocupado em elaborar uma teoria sobre o controle social, mas não necessariamente uma teoria sobre a organização de sistemas jurídicos privados. A sua postura de fugir ao centralismo jurídico, no qual o jurista buscaria ativamente que a realidade se conformasse à sua previsão teórica, se deu com a observação neutra e aprofundada da realidade e a constatação de que existiam

---

<sup>596</sup> ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 132-135.

<sup>597</sup> ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 131.

camadas muito mais profundas de realidade não propriamente captada pelo Direito, mas que determinavam a convivência de toda uma parte significativa da sociedade.

Assim, antes de analisar as ramificações do seu trabalho, cumpre esclarecer um pouco as conclusões de seu estudo empírico no *Shasta County*.

O conflito fundamental se refere às regras de responsabilidade entre fazendeiros e criadores de gado em ranchos abertos ou fechados, sendo que em ranchos abertos a regra é que o fazendeiro deve cercar e impedir o gado de ingressar na sua propriedade, ao passo que em ranchos fechados o criador de gado deve impedir o seu gado de sair dos limites da propriedade. Contudo, esta regra não possuía tanto impacto nas interações entre vizinhos quanto as normas sociais que eles seguiam. Se um criador de gado soubesse que um dos seus bois violou a propriedade de um fazendeiro, é esperado que ele peça desculpas, recupere o animal e tome precauções para que isto não ocorra novamente. Se o dano for elevado, espera-se que o criador de gado indenize o fazendeiro, ainda que em espécie ou por meio da replantação da colheita prejudicada. A execução destas sanções era feita pelos próprios vizinhos, que iniciavam fofocas sobre o mau vizinho e podiam culminar com a porte ofendida transportando os bois para uma localização distante ou até mesmo machucando o animal. Jamais as partes envolvidas recorriam à Justiça Estatal<sup>598</sup>.

O argumento central é que esse sistema comunitário se desenvolveu em completa independência das regras jurídicas, não em razão do seu desconhecimento, mas pela sua irrelevância para as relações tratadas. O modo como criadores de gado resolviam as suas disputas quando os seus animais cruzavam a rua e eram atropelados também era relativamente independente das regras do Estado da Califórnia. Os criadores de gado apresentavam um nível de preocupação muito superior para acidentes com carros quando criassem os animais em rancho fechado, pois possuíam a impressão de que seriam muito mais facilmente responsabilizados pelos danos do que se o rancho fosse aberto, embora esta distinção não fosse feita pela Lei ou aplicada pelos Tribunais. Entretanto, as partes afetadas recorriam muito

---

<sup>598</sup> ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 29 e seguintes.



mais frequentemente à Justiça Estatal para resolver as suas disputas (certamente pela relativa falta de importância da sombra do futuro neste tipo de relação)<sup>599</sup>.

Uma das dificuldades de ELLICKSON consiste em explicar esta aparente diferença entre a percepção do Direito e a sua aplicação se o recurso às Cortes não for incomum. O autor constrói a explicação de que os criadores de gado atuam com uma ignorância racional – recusam esta informação (ou consideram que as Cortes estão recorrentemente erradas) porque o evento é tão incomum e o custo para adquirir informações jurídicas tão alto e também tão incomumente inútil que os indivíduos preferem permanecer na ignorância, sendo racional que o façam. O mesmo se aplica às regras para construção de cercas no Estado da Califórnia, que aparentemente possui um sistema relativamente complexo para determinar hipóteses em que o vizinho deve pagar pela construção da cerca, por exemplo. Tamanha é a complexidade que, confrontada com as normas sociais, o custo para superar a ignorância ou falsas crenças seria muito elevado e não compensaria economicamente<sup>600</sup>.

Neste ponto, é possível verificar o paralelo destas conclusões com a construção clássica da *Lex Mercatoria*, abordada na parte histórica. Conforme deixa bastante claro BENSON, a *Lex Mercatoria* foi voluntariamente produzida, voluntariamente executada e voluntariamente julgada não por acaso, mas sim porque tinha que ser assim, já que não havia recurso a um sistema jurídico equivalente. Ademais o recurso ao boicote e ostracismo comercial como penalidades se mostrou uma sanção (informal) particularmente efetiva<sup>601</sup>.

FULLER reproduz esta construção, apontando que o Direito é uma empreitada para a sujeição da conduta humana à governança das regras, sendo que a comunidade comerciante desenvolve mecanismos de três ordens: reconhecimento, adjudicação e mudança, com o objetivo de controlar os comerciantes e sujeita-los à governança destas regras<sup>602</sup>. Em HAYEK, a

---

<sup>599</sup> ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 40 e seguintes.

<sup>600</sup> ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 40 e seguintes.

<sup>601</sup> BENSON, Bruce. The Spontaneous Evolution of Commercial Law. **Southern Economic Journal**, vol. 55, No. 3, p. 644-661, 1989. p. 647, 649.

<sup>602</sup> FULLER, Lon. Human Interaction and the Law. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 14, No. 1, p. 1-36, 1969. p. 106.

transmissão destas regras é um processo orgânico, no qual elas passam por uma seleção natural, operando em termos de maior ou menor eficiência para a organização do grupo<sup>603</sup>.

Não obstante, o sistema jurídico privado não é necessariamente um conjunto de ignorâncias, mas possivelmente uma escolha sobretudo racional dos indivíduos de não seguir a complexidade do sistema jurídico formal ou Estatal e depender e aplicar as suas próprias regras desenvolvidas durante décadas. Como iriam desenvolver BAKER e CHOI, por exemplo, a opção de não recorrer ao sistema estatal (*crowding in*) é sobretudo uma escolha racional maximizadora de interesses dos agentes envolvidos, assim como sanções formais e informais são sistemas complementares, e não necessariamente excludentes<sup>604</sup>.

De forma mais clara, a evolução de sistemas jurídicos privados fundamentados em instituições comerciais provê um exemplo mais claro de um sistema de governança e sancionamento comercial racional e deliberadamente desenvolvido.

### **7.7.2 A evolução das instituições comerciais para formação dos sistemas jurídicos privados**

Embora ELLICKSON tenha realizado a sua análise referente a uma comunidade com pouca influência de associações comerciais organizadas, os autores que seguiram a sua linha de análise apresentaram considerações mais aprofundadas sobre a relevância e o impacto da existência e funcionamento de organizações e associações comerciais na segurança e sancionamento das trocas comerciais.

MILGROM, NORTH e WEINGAST desenvolveram o argumento de que as entidades associativas comerciais atuam como um fator de fomento à cooperação entre os agentes em razão da sua capacidade de aumentar a sombra do futuro. As instituições azeitam a transmissão de informação sobre o passado e as características reputacionais do comerciante, assim como aumentam a frequência que estes comerciantes se encontram e realizam negócios. Seria transaccionalmente muito custoso para que um comerciante mantivesse informações

---

<sup>603</sup> HAYEK, Friedrich. **Studies in Philosophy, Politics and Economics**. Chicago: Chicago University Press, 1973. p. 67.

<sup>604</sup> BAKER, Scott; CHOI, Albert. Crowding In: How Formal Sanctions can Facilitate Informal Sanctions. **UCLA Law and Economics Workshop Fall 2013/Spring 2014**, p. 1-39, 2014. p. 1-2.

detalhadas sobre o passado de cada outro comerciante. As instituições não somente exercem esta função, mas também fazem cumprir regras fundadas em honestidade e reputação, sendo capazes de manter por um tempo alongado estes sistemas jurídicos reputacionais<sup>605</sup>.

Afirmam os autores que o sistema que desenvolveu o próprio direito comercial era um sistema reputacional, que encorajava os comerciantes a agir honestamente, ao mesmo passo que impunha sanções aos agentes infringentes, fundadas em provas, e transmitia eficientemente informações e encorajava os comerciantes a cumprirem com as suas decisões<sup>606</sup>.

Como aponta BENSON, a visão positivista jurídica não somente argui que o Direito precisa ser assegurado por uma autoridade absoluta – que pode ser abusada sem consequência para a cadeia de validade da norma -, mas também reflete uma visão de que esta autoridade é necessária para que o Direito seja Direito, muito embora a literatura já tenha reiteradamente apontado que individuais ou instituições são capazes de ser fonte de uma certa autoridade jurídica<sup>607</sup>.

A violação destas regras, por sua vez, não corresponde ao descumprimento da vontade do Estado, mas às expectativas razoáveis que as outras partes formaram em razão da recorrência cotidiana de costumes e práticas dos demais membros da comunidade<sup>608</sup>.

Defendem os autores que as organizações e instituições comerciais medievais surgiriam em função da especialização geográfica, que demandou o estabelecimento de um sistema que reduzisse custos de transmissão de informação e possibilitassem o cumprimento de contratos em um vasto espaço e tempo. Em razão disso, diversas instituições e organizações

---

<sup>605</sup> MILGROM, Paul. NORTH, Douglass, WEINGAST, Barry. The Role of Institutions in the Revival of Trade: the Law Merchant, Private Judges and the Champagne Fairs. **Economics and Politics**, vol. 2, No. 1, p. 1-23, mar/1990. p. 1.

<sup>606</sup> MILGROM, Paul. NORTH, Douglass, WEINGAST, Barry. The Role of Institutions in the Revival of Trade: the Law Merchant, Private Judges and the Champagne Fairs. **Economics and Politics**, vol. 2, No. 1, p. 1-23, mar/1990. p. 1.

<sup>607</sup> BENSON, Bruce. The Spontaneous Evolution of Commercial Law. **Southern Economic Journal**, vol. 55, No. 3, p. 644-661, 1989. p. 645.

<sup>608</sup> BENSON, Bruce. The Spontaneous Evolution of Commercial Law. **Southern Economic Journal**, vol. 55, No. 3, p. 644-661, 1989. p. 645.

surgiram, como as guildas e associações de ofício, a especialização do direito comercial (*Law Merchant*), as feiras medievais e os juízes e árbitros privados<sup>609</sup>.

A ideia de que estas instituições se formaram em decorrência de uma necessidade comercial específica é subjacente à literatura de *L&E*. Isto não significa que estes autores vislumbrem uma relação pura de causalidade ou um causa eficiente entre uma demanda comercial e uma instituição jurídica, mas sim que as necessidades comerciais provêm incentivos das mais diversas ordens, inclusive aos agentes do mercado para se organizarem em instituições e para os setores da economia formarem eficientes sistemas jurídicos privados. Esta visão, que compartilhamos, entende a formação dos sistemas jurídicos privados em razão das instituições que se desenvolveram como resposta às necessidades comerciais experimentadas em diversas épocas.

Neste sentido, duas dificuldades ínsitas ao comércio e ao comerciante se destacam por sua recorrência: a dificuldade de **confiança** e de obtenção de **informação**<sup>610</sup>. Em ambos os casos, estamos diante de uma **dificuldade de conhecimento**. Enquanto os mercados difundem conhecimento de forma completamente dispersa, as instituições são capazes de congrega e centralizar estas informações<sup>611</sup>.

Entretanto, estas instituições erigem uma barreira natural à entrada de novos comerciantes. Ora, o corolário da relação de longa duração estável é a falta de incentivo ou relutância para as partes se traírem. Quanto mais jogam o jogo da reputação (vide análise em seção apartada), mais naturalmente imbuídas de espírito cooperativo as partes estarão. Neste ponto, o jogo da reputação é uma profecia autorrealizadora: quanto mais as partes jogam, mais elas querem jogar entre elas, já que os benefícios da cooperação plotados no futuro são mais

---

<sup>609</sup> MILGROM, Paul. NORTH, Douglass, WEINGAST, Barry. The Role of Institutions in the Revival of Trade: the Law Merchant, Private Judges and the Champagne Fairs. **Economics and Politics**, vol. 2, No. 1, p. 1-23, mar/1990. p. 3-4.

<sup>610</sup> MILGROM, Paul. NORTH, Douglass, WEINGAST, Barry. The Role of Institutions in the Revival of Trade: the Law Merchant, Private Judges and the Champagne Fairs. **Economics and Politics**, vol. 2, No. 1, p. 1-23, mar/1990. p. 5.

<sup>611</sup> BENSON, Bruce. The Spontaneous Evolution of Commercial Law. **Southern Economic Journal**, vol. 55, No. 3, p. 644-661, 1989. p. 649.

interessantes que o prêmio pela traição oportunista; quanto mais benefícios no presente, mais valorosa será a relação no futuro<sup>612</sup>.

Não obstante, é importante ressaltar que esta relação não só funciona para o lado da não cooperação – quanto menor a sombra do futuro, menor a chance de as partes cooperarem -, mas também possui a forte externalidade negativa de dificultar a entrada de novos comerciantes. RICHMAN coloca a questão em termos claros: “*Reputation-based private enforcement erects sizable entry barriers*”. Em alguns casos, como na indústria dos diamantes, estas barreiras aparentam ser atemporais, passando de geração a geração. Se de um lado a sombra do futuro é fantasticamente grande, de outro a tendência é que somente as mesmas partes experimentem esta sombra, porquanto o futuro naturalmente não envolve novos comerciantes, com conhecidos efeitos anti-competitivos, antieconômicos e fomentadores de colusão nos mercados com elevadas barreiras de entrada<sup>613</sup>.

BERNSTEIN se debruça sobre a indústria e comércio de diamantes em razão do fato de que os principais agentes econômicos desta área desenvolveram um sofisticado sistema privado de governança que efetivamente afastou o Direito criado pelos Estados<sup>614</sup>. Assim, a autora inicia a sua análise com o escrutínio do funcionamento econômico do mercado de compra e venda de diamantes.

Em linhas gerais, o mercado de diamantes pode ser segmentado entre diamantes brutos e polidos e segue uma cadeia de produção que perpassa a obtenção da pedra bruta até a estante do vendedor de joias. Trata-se de um mercado dominado por um grupo de empresas (*DeBeers*), que distribui os diamantes brutos em grandes lotes por meio de poucos e restritos *brokers* (corretores), que, por sua vez, vendem em lotes menores para outros intermediários (*sight holders*), que usualmente realizam as compras com inspeção física no local de venda.

---

<sup>612</sup> RICHMAN, Barak. Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering. **Columbia Law Review**, No. 104, p. 2328-2367, 2004. p. 2345.

<sup>613</sup> RICHMAN, Barak. Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering. **Columbia Law Review**, No. 104, p. 2328-2367, 2004. p. 2346.

<sup>614</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. **Journal of Legal Studies**, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 115.

Os *sight holders* levam os diamantes para os polidores, que realizam cortes e apurações nos diamantes, depois trazendo os produtos para a cadeia de venda de diamantes no varejo<sup>615</sup>.

A maior parte dos *sight holders* americanos são membros do DDC (“*Diamond Dealers Club*”) de Nova Iorque. Nas vistorias, eles recebem uma caixa de diamantes para inspeção e são informados do preço. Este preço é não negociável e é muito raro que a caixa seja rejeitada; caso o *sight holder* rejeite em algumas oportunidades as caixas a ele oferecidas, ele corre o risco de não ser mais convidado para os *sights*. Caso o *sight holder* adquira o produto e não deseje polir os diamantes, é usual que venda a caixa fechada para outros vendedores em base *cost-plus-profit*<sup>616</sup>.

Os *sight holders*, fabricantes, vendedores de varejo e corretores se reúnem no DDC ou em outros “clubes” para realizar as suas trocas; os clubes são particularmente úteis para assegurar aos comerciantes o acesso a um suprimento constante de diamantes, principalmente em estado bruto, para conduzirem os seus negócios. Contudo, pela particularidade de o comércio de diamantes envolver altíssimas quantias de dinheiro, os negócios não são fechados no salão principal, mas em escritórios fechados e cercados de segurança. A participação no clube – que conta com grandes listas de espera – é um sinal de que o parceiro comercial é confiável e auxilia o acompanhamento dos preços no mercado, que não tendem a ser públicos ou facilmente antecipáveis<sup>617</sup>.

Como condição para participar do clube, os membros assinam um acordo segundo o qual todas as disputas surgindo entre ele e outros membros deverão ser submetidas ao sistema de arbitragem do clube. O DDC é membro de uma organização superior, denominada WFDB, composta pelas 20 bolsas de diamantes do mundo; a aceitação em uma bolsa do sistema garante a participação em qualquer uma das demais bolsas do mundo. Como condição de filiação, as bolsas se comprometem a assegurar, conforme as suas leis locais, o

---

<sup>615</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 117-118.

<sup>616</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 118.

<sup>617</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 119-120.

cumprimento das sentenças arbitrais oriundas do sistema de arbitragem das outras bolsas em seu território<sup>618</sup>.

Elaborando acerca da formação dos contratos na indústria dos diamantes, eles são majoritariamente orais e funcionam com base em pequenos envelopes onde o vendedor escreve seu nome, oferta de preço e termos de pagamento e que vêm acompanhando o diamante. Caso o comprador aceite estes termos, uma ligação telefônica e a manutenção do produto consigo já sinalizam a celebração do contrato<sup>619</sup>.

BERNSTEIN passa a elaborar sobre o sistema de arbitragem privada do *DDC*, que recebe, em média, 150 disputas ao ano, sendo que aproximadamente 85% são resolvidas ainda na fase conciliatória pré-arbitral obrigatória. O sistema é orientado para a resolução amigável de disputas, como a restituição das custas da arbitragem em caso de autocomposição, assim como as regras são orientadas a prover autonomia de gerenciamento do processo às partes. Os julgamentos são secretos e os árbitros não são obrigados a revelar a fundamentação da sua decisão<sup>620</sup>.

São dois os órgãos envolvidos com solução de disputas: o *Floor Committee* e o *Board of Arbitrators*. O *Floor Committee* realiza uma análise prévia da viabilidade jurídica – utilizando a terminologia americana, decide se um *material issue* existe -, e o *Board of Arbitrators* decide a controvérsia num prazo de 10 dias após a realização da audiência. Há um mecanismo de revisão para um painel de cinco árbitros que não decidiram o caso anteriormente. Os árbitros do sistema são membros do Clube eleitos com mandato de dois anos. Ainda, o sistema permite apelação da sentença arbitral ao Poder Judiciário do Estado de Nova Iorque, que terá competência para determinar *error in procedendo*, jamais sendo capaz de revisar o mérito da decisão<sup>621</sup>.

Os árbitros não aplicam as leis dos Estado de Nova Iorque, mas sim as regras do Club (bastante escassas em matéria substantiva) complementadas por usos e costumes

---

<sup>618</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 121.

<sup>619</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 122.

<sup>620</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 124.

<sup>621</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 124-125.

comerciais. Em casos muito complexos, o *Board* pode recusar a análise do caso, permitindo às partes pleitear a tutela jurisdicional estatal. Contudo, em razão do fato de que os julgamentos não são públicos e o conjunto de regras não é tão claro, é comum a queixa de imprevisibilidade dos julgamentos ou de que os árbitros simplesmente estão dividindo a diferença<sup>622</sup>.

O corpo jurídico de regras aplicado pelo *Board* é composto pelos usos e costumes, sejam aqueles inscritos nas *bylaws* da Associação, seja aqueles sem previsão regulamentar, mas reconhecidos pelos agentes econômicos. As regras da Associação permitem ao *Board* não decidir casos complexos, envolvendo discussões jurídicas e direitos de difícil definição, permitindo às partes a busca de remédios legais nas cortes estatais. Não há uma regra definida de indenização, havendo ainda a figura dos *punitive damages* e a imprevisibilidade das decisões dos árbitros é apontada como um dos pontos negativos do sistema<sup>623</sup>.

As decisões arbitrais devem ser cumpridas em 10 dias úteis; se a decisão não for cumprida, ela será publicada em conjunto com uma foto do membro que não cumpriu a sentença, sendo que esta foto e sentença serão colocadas em lugar de destaque nas bolsas. O *Board* também possui a discricionariedade para suspender ou expulsar um membro da Associação por descumprir sentença arbitral ou inadimplir com as suas obrigações na compra de diamantes<sup>624</sup>.

Na sequência, BERNSTEIN estuda os instrumentos participantes do regime extracontratual aplicável para as transações de diamantes.

O primeiro ponto analisado é a necessidade de formalizar as transações em contratos. Um dos motivos para tanto seria a imensa necessidade de crédito na indústria de diamantes, até mesmo para os maiores *sight holders*. A barganha sobre o prazo do pagamento é recorrentemente um dos elementos fundamentais da negociação dos contratos neste setor. Contudo, a indústria majoritariamente se organizou em contratos informais, feitos por meio de simples apertos de mão. Estes relacionamentos extralegais são fundamentados na reputação

---

<sup>622</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 127.

<sup>623</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 127

<sup>624</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 128.



dos agentes econômicos, que responderão com a sua reputação pelos termos da transação. Como consequência desta fundamentação pela reputação, as principais sanções também serão reputacionais. À reputação são acrescidos pequenos elementos formais que informam à comunidade da existência da transação, como os *cachets*, marcas de pesagem oficial do diamante pela bolsa e *bills of sale*, que pouco acrescentam aos custos da transação<sup>625</sup>.

A utilização de contratos-padrão também não apresentaria, ao menos em tese, uma grande elevação dos custos de transação, tendo em vista a sua facilidade de elaboração e a sofisticação dos agentes do mercado. Contudo, os agentes econômicos evitam largamente a sua utilização. Um dos motivos elencados por BERNSTEIN é o alto sigilo das transações; contratos escritos não são vistos com bons olhos e afetam negativamente a reputação dos agentes econômicos. O receio de contenciosos nas cortes estatais também atrai a intenção de realizar contratos que seriam executáveis somente na própria bolsa, como é o exemplo do acordo oral acompanhado de pesagem oficial e envio de *cachet* para o potencial comprador<sup>626</sup>.

Nesse ponto, BERNSTEIN passa a desenvolver acerca da teoria do *reputational bonds* e a sua importância na indústria dos diamantes. BERNSTEIN analisa se a concentração geográfica, homogeneidade étnica e a repetição das transações são pré-condições necessárias para o surgimento de um sistema econômico-jurídico que funciona com base em *reputational* e *social bonds*. Aponta a autora que, em geral, esses elementos tendem a surgir e desenvolver sistemas contratuais extralegais quando resultam da evolução e fortalecimento de laços sociais, que passam a compor um elo que fundamenta a confiança e as relações na indústria, como foi o caso da comunidade judia e o mercado de diamantes<sup>627</sup>.

Este ponto é particularmente suportado pelos apontamentos de RICHMAN e ELLICKSON ao analisarem a literatura de sistemas jurídicos privados e verificarem uma

---

<sup>625</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 133-134.

<sup>626</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 134.

BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 140-141.

possível correlação positiva entre a homogeneidade étnica e redução dos custos de transação de intermediários em sistemas privados<sup>628</sup>.

Contudo, o mercado de diamantes está mudando e deixando de ser apenas um ofício judaico, especialmente com a proliferação de bolsas na Ásia. Além disso, o sistema passou a ser mais baseado em informação e no monitoramento por parte dos intermediários da reputação dos agentes econômicos, tendo em vista que a própria reputação destes intermediários depende dos agentes econômicos que a ele estão relacionados, como é o exemplo das bolsas e dos *dealers*. Assim, o sistema está em uma transição de um modelo social homogêneo para um modelo informacional cercado de intermediários, embora o setor ainda mantenha grande parte dos seus usos e costumes característicos<sup>629</sup>.

Por fim, BERNSTEIN traça considerações sobre as vantagens procedimentais e substantivas da opção do setor por arbitragem em relação às cortes estatais. Os árbitros possuem não só o poder de ordenar o pagamento de indenização por perdas e danos, mas também de *punitive damages*, desincentivando a quebra contratual. Os julgamentos arbitrais ocorrem com muita proximidade dos fatos, minimizando os prejuízos da parte prejudicada, como, por exemplo, com oportunidades de negócio perdidas. Os árbitros também são mais especialistas na aplicação dos costumes da indústria de diamantes, tornando a solução de disputas mais próxima e previsível. A existência do litígio é mantida secreta, exceto se uma das partes descumprir a sentença arbitral; assim, ingressar com uma nova demanda não impacta a habilidade das partes de adquirirem crédito para operar no mercado e o incentivo para pronto cumprimento da sentença arbitral é reforçado<sup>630</sup>.

Em conclusão, BERNSTEIN aponta que a indústria de diamantes representa um exemplo de criação de um sistema de solução de disputas fora da esfera estatal fundamentado em relações sociais e contratos informais, capaz de executar as próprias decisões de forma efetiva e punir os maus agentes do mercado, ainda assim mantendo o seu sigilo e discrição que azeitam os negócios de diamantes.

---

<sup>628</sup> RICHMAN, Barak. Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering. *Columbia Law Review*, No. 104, p. 2328-2367, 2004. p. 2357; ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 167.

<sup>629</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 145.

<sup>630</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. XXI, p. 115-157, jan/1992. p. 150-151.

O ponto fundamental de ligação entre a formação dos sistemas jurídicos privados e o cumprimento dos contratos reside no sistema de incentivos dos agentes de mercado. Se eles decidem cumprir as suas obrigações não pelo receio da sanção formal, mas sim pelo medo da sanção informal e desenvolver uma má reputação, estamos diante de um fenômeno que seria difícil de enquadrar numa visão centralista jurídica.

Este sistema de incentivo congrega diversos elementos até então elaborados em detalhe: a independência dos sistemas sancionatórios estatais e dos mecanismos de solução de controvérsias, a capacidade de sinalização de condutas, a sombra do futuro, a necessidade da confiança para o estabelecimento de cadeias de crédito que giram o mercado, a forma como estas informações são transmitidas em rede e a forma como são estabelecidas as instituições comerciais que vigiam e punem comerciantes.

As palavras de VAN ERP são particularmente esclarecedoras desta intersecção entre sanções informais e contratos, afirmando que o medo de perda de reputação atua como incentivo econômico tão forte que promessas são recorrentemente mantidas por conta do receio de ser punido informalmente<sup>631</sup>.

Considerações acentuadamente similares são encontradas em diversos trabalhos analisados profundamente neste trabalho. Em especial, BERNSTEIN sugere uma certa dificuldade para as instituições formais adotarem os mecanismos de incentivos das sanções informais para alcançar o mesmo nível de cooperação contratual<sup>632</sup>. Ainda, VAN ERP indica que as sanções informais podem ser tão eficientes a ponto de as sanções formais se tornarem redundantes<sup>633</sup>.

Ademais, algumas características econômicas específicas podem influenciar a adoção dos agentes de sistemas sancionatórios informais, como, por exemplo, a necessidade

---

<sup>631</sup> ERP, Judith van. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. **Erasmus Law Review**, vol. 1, No. 5, p. 145-162, 2009. p. 146. Transcrição: “*In these markets, the prospect that broken agreements will result in reputational damage is enough to ensure compliance to contractual agreements. Therefore, law is not the most important mechanism to influence and control corporate behavior. On the contrary, compliance to the obligations of parties, whether or not they are written down in contracts, is enforced through out-of-court mechanisms of social control. In other words, entrepreneurs keep their promises not because they fear being sued, but because they fear developing a bad reputation*”.

<sup>632</sup> BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 99, p. 1724-1790, 2000-2001. p. 1759.

<sup>633</sup> ERP, Judith van. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. **Erasmus Law Review**, vol. 1, No. 5, p. 145-162, 2009. p. 161.

de investimento em ativo específico. Aponta BERNSEIN que os agentes da indústria de peças do centro-oeste americano optaram por um sistema fortemente reputacional, fundamentado em fortes laços sociais, em parte decorrente da necessidade de realizar investimentos em ativo específico para cumprir com as ordens de compra. Este tipo de investimento naturalmente aumentaria a sombra do futuro e estimularia as partes a cooperarem, tornando menos desejável a quebra contratual e ainda menos desejável o acionamento das vias judiciais<sup>634</sup>.

### 7.8 COMPLEMENTARIDADE ENTRE SANÇÕES FORMAIS E INFORMAIS

Além de independentes, vasta literatura aponta também a relação de complementariedade entre sanções formais e informais<sup>635</sup>.

O argumento central é que as sanções informais não podem ser tomadas em isolamento, pois elas naturalmente coexistem com sanções formais nas relações comerciais. O exemplo mais básico desta intersecção pode ser ilustrado com o comerciante que, tentado a trair o seu parceiro comercial de longa data, receia não somente o litígio judicial, mas também as consequências reputacionais. Assim, mesmo nos contratos relacionais de longa duração, as partes mantêm contratos válidos que disciplinam o encerramento da relação comercial e recorrentemente recorrem à Justiça estatal ou privada para solucionar disputas<sup>636</sup>.

---

<sup>634</sup> BERNSTEIN, Lisa. Beyond Relational Contracts Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, No. 742, p. 1-71, 2016. p. 11.

<sup>635</sup> Apenas citando contribuições mais recentes e impactantes: IACOBUCCI, Edward, On the Interaction between Legal and Reputational Sanctions. **Journal of Legal Studies**, v. 43, p. 189-207, 2014; BAKER, Scott; CHOI, Albert. Crowding In: How Formal Sanctions can Facilitate Informal Sanctions. **UCLA Law and Economics Workshop Fall 2013/Spring 2014**, p. 1-39, 2014. p. 4; ERP, Judith van. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. **Erasmus Law Review**, vol. 1, No. 5, p. 145-162, 2009; GILSON, Ronald, SABEL, Charles, SCOTT, Robert. Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine. **Stanford Law and Economics Olin Working Paper**, No. 389, p. 1-75, jan/2010; BOZOVIC, Iva, HADFIELD, Gillian. Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations in Support of Innovation. **USC Law Legal Studies Paper**, No. 12-6, p. 1-63, jan/2012. Sem olvidarmos, por fim, do estudo fundante sobre o tema: MACAULAY, Stewart. Non-Contractual Relations in Business: a Preliminary Study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, fev/1963.

<sup>636</sup> ERP, Judith van. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. **Erasmus Law Review**, vol. 1, No. 5, p. 145-162, 2009. p. 2-3, 38. Transcrição: “As Professor Stewart Macaulay identified long ago, contracting parties don’t rely solely on formal contracts to ensure commitment. But they don’t seem to rely exclusively on reputation sanctions either. Even when they are in a long-term relationship, they write enforceable contracts and often rely on formal dispute resolution mechanisms. The contracts also often empower one or both parties to formally terminate their relationships”.

BAKER e CHOI arguem que as sanções formais e informais apresentam relações de duas dimensões – **complementariedade** e **substitutibilidade** – voltadas a alcançar um nível ótimo de detenção (*deterrence*) de condutas reprovadas. Para ilustrar estas dimensões, os autores apontam para o caso de um vendedor que realiza uma oferta robusta de qualidade, garantida por uma multa elevada. Neste caso, em razão da possibilidade de recurso à multa (uma sanção informal contratual), ou à Justiça Estatal para executar a multa (sanção formal), não haveria tamanha necessidade de recorrer a sanções informais reputacionais. Não podemos olvidar que ambos os mecanismos – sanções formais e informais – transmitem informações sobre reputação. No entanto, se este mesmo cenário há uma promessa robusta de qualidade, assegurada por uma multa reduzida, a ameaça de recurso a sanções formais não é tão forte ou eficiente, sendo necessário o recurso a sanções informais reputacionais. Assim, haveria um *tradeoff* entre os custos de procurar o recurso à justiça estatal ou privada, os custos de encerrar a relação e a multa prevista em contrato. Considerando o estilo característico e abordagem metodológica dos autores, esta relação poderia ser resumida teoricamente em uma simples equação, na qual o nível de coibição a comportamentos indesejados é a soma das sanções formais e informais aplicadas, considerados os custos de imposição da sanção, os benefícios esperados e descontando os prováveis ganhos futuros e trazendo-os para valores presentes<sup>637</sup>.

Possivelmente uma forma mais completa de analisar o tema seja em termos de teoria dos contratos incompletos e a noção de *braiding* (ou *trançamento*, em uma tradução literal), consubstanciada na contribuição de GILSON, SABEL e SCOTT para a discussão do tema<sup>638</sup>.

A premissa inicial do estudo é que as partes contratantes possuem dois caminhos para buscar a satisfação das obrigações pactuadas: o recurso ao Estado (remédios formais, como a indenização e compensação) ou a solução por meio de suas próprias ações e valores (ocasião em que a perda de reputação é o incentivo para cooperação). A literatura teórica sobre contratos incompletos teria analisado estes fenômenos de forma separada, ora focando em como seria possível para partes com informação incompleta redigir contratos que permitam à

---

<sup>637</sup> ERP, Judith van. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. **Erasmus Law Review**, vol. 1, No. 5, p. 145-162, 2009. p. 2-3.

<sup>638</sup> GILSON, Ronald, SABEL, Charles, SCOTT, Robert. Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine. **Stanford Law and Economics Olin Working Paper**, No. 389, p. 1-75, jan/2010.

Justiça Estatal ou privada executar e forçar as obrigações assumidas, ora enfatizando como as partes podem desenvolver mecanismos reputacionais para assegurar o cumprimento das obrigações quando os remédios formais são ineficientes. Por outro lado, existe substancial literatura experimental que aponta para o efeito conjunto das sanções formais e informais. Entretanto, estes corpos de literatura não dialogariam entre si necessário para incorporar suficiente e de forma abrangente as contribuições teóricas aos desenvolvimentos empíricos<sup>639</sup>.

A incorporação destes elementos poderia ser encontrada naquilo que os autores chamam de contratos de inovação interempresarial<sup>640</sup>. Estes contratos representam a resposta das empresas para as dificuldades inerentes aos processos de inovação, caracterizadas por desconhecimentos sobre o produto e o desempenho desejado. A própria **governança** criada por estes contratos, regulando a **relação** entre as partes, seria o elemento que permitiria às partes, conjuntamente, suprirem estas incompletudes ínsita a esta forma de contratação. A governança, por sua vez, seria caracterizada pela constante **transmissão de informação** de uma parte à outra que permitissem fossem conhecidas as reais capacidades de uma parte em

---

<sup>639</sup> Com relação à primeira linha, os autores citam as seguintes obras para aprofundamento: TIROLE, Jean. Incomplete Contracts: Where do we Stand? **Econometrica**, vol. 67, p. 741-781, 1999; HERMALIN, Benjamin, KATZ, Michael. Judicial Modification of Contracts between Sophisticated Parties: A More Complete View of Incomplete Contracts and Their Breach. **Journal of Law and Economic Organization**, vol. 9, No. 2, p. 230-255 out/1993; GROSSMAN, Sanford, HART, Oliver. The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration. **Journal of Political Economy**, vol. 94, p. 691-719, 1986; HART, Oliver, MOORE, John. Property Rights and the Nature of the Firm. **Journal of Political Economy**, vol. 98 p. 1119-1158, 1990; EDLIN, Aaron, REICHELSTEIN. Holdups, Standard Breach Remedies, and Optimal Investment. **American Economy Review**, vol. 86, p. 478-501, 1996. Em relação à segunda linha, os autores citam as seguintes obras: KLEIN, Benjamin. Why Hold-Ups Occur: the Self-Enforcing Range of Contractual Relationships. **Revue d'économie industrielle**, vol. 92, p. 67-80, 2000. SCOTT, Robert. Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts. **California Law Review**, vol. 75, p. 2005-2054, 1987; LANDA, Janet. A Theory of the Ethnically Homogenous Middleman Group: An Institutional Alternative to Contract Law. **Journal of Legal Studies**, vol. 10, No. 2, p. 349-362, jun/1981. Quanto à literatura empírica apontada pelos autores, citamos: FEHR, Ernst, KLEIN, Alexander, SCHMIDT, Klaus. Fairness and Contract Design. **Econometrica**, vol. 75, No. 1, p. 121-154, jan/2007; FEHR, Ernst, SCHMIDT, Klaus. Adding a Stick to the Carrot? The Interaction of Bonuses and Fines. **American Economy Review**, vol. 97, p. 177-181, mai/2007; BROWN, Ults, FALK, Armin, FEHR, Ernst. Incomplete Contracts and the Nature of Market Interactions for Empirical Research in Economics. **University of Zurich Working Paper**, No. 38, p. 1-58, fev/2002.

<sup>640</sup> Neste ponto, apresentamos novamente a ressalva aos chamados sistemas extra-legais que a literatura sobre sanções informais recorrentemente aponta. Os autores apontam expressamente que a literatura acadêmica teria reconhecido dois tipos de contratação: um formal e juridicamente executável e outro informal e sujeito somente a auto-execução (*self-enforcement*). A linha que dividiria contratos formais e informais seria a possibilidade de mecanismos formais ou informais de forçar que a parte revele informações. Conforme explicitado na seção referente a sistemas jurídicos privados, encontramos dificuldades em aplicar estas considerações em conjunto com a literatura nacional, que não faz esta mesma diferenciação, porquanto em ambas as situações estaríamos diante de contratos que permitem recurso à Justiça Estatal ou privada. A longa lista de escritos que faria esta difenciação envolveria diversos autores já citados em nosso capítulo introdutório, como MACAULAY, SCOTT, MCMILLAN e WOODRUFF e CHARNY.

cumprir com as suas obrigações, interpretar as ações substantivas umas das outras e resolver em conjunto ambiguidades. A utilização destes mecanismos seria o fundamento da confiança das partes, desenvolvida durante a execução do contrato, **trançando** as sanções formais e informais em uma relação comercial<sup>641</sup>.

Apontam os autores ao menos três razões para que estas sanções coexistam e se complementem: as sanções formais ou informais podem ser muito custosas para serem aplicadas, as sanções formais podem servir de base ou orientar a aplicação das sanções informais e é recorrentemente mais eficiente combinar as diferentes formas de sanção para alcançar um nível ótimo de coibição (*deterrence*)<sup>642</sup>.

No mais, dado o fato de que a Justiça Estatal e a privada precisam encontrar informações sobre a execução de um contrato por meio de intermediários (*proxies*) para então comparar o desempenho realizado com um padrão esperado, sendo que os elementos de comparação (a *proxy*) podem variar enormemente, haveria uma dificuldade (ou custo) inerente aos contratos para a sua **verificabilidade**. Esta dificuldade pode surgir também de outros fatores, como desconhecimento técnico, desconhecimento da língua ou linguagem utilizada, entre outros. Todas as demais condições iguais, é mais custoso para um Juiz ou árbitro verificar a execução do contrato do que as próprias partes nele envolvidas<sup>643</sup>.

---

<sup>641</sup> GILSON, Ronald, SABEL, Charles, SCOTT, Robert. Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine. **Stanford Law and Economics Olin Working Paper**, No. 389, p. 1-75, jan/2010. p. 5-7.

<sup>642</sup> BAKER, Scott; CHOI, Albert. Crowding In: How Formal Sanctions can Facilitate Informal Sanctions. **UCLA Law and Economics Workshop Fall 2013/Spring 2014**, p. 1-39, 2014. p. 38.

<sup>643</sup> GILSON, Ronald, SABEL, Charles, SCOTT, Robert. Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine. **Stanford Law and Economics Olin Working Paper**, No. 389, p. 1-75, jan/2010. p. 13. Transcrição: “*This requires that the court have the power to impose sanctions in order to extract essential information known only to the disputants themselves. Once the parties offer evidence, the court can then verify information each party may lack individually. (...) But the power to compel disclosure is limited. An unlimited power to compel disclosure of all information potentially relevant to the resolution of a contractual dispute would impose intolerably costly burdens on the very parties who would invoke the court’s jurisdiction. In practice, therefore, the expense of formal verification limits its use, and parties to formal contracts routinely aim to structure their relations to economize on the expected verification costs (to them). (...) All else equal, it is harder, and therefore more costly, to verify application of a broad standard than application of a more precise contract term or rule. This is because in verifying a standard, the court first must determine an operative “proxy” against which to measure a party’s performance: What observable (range of) outcomes should count in determining whether (a range of) unobservable behavior would be “reasonable?” The evidentiary proxies a court selects in applying a standard inevitably will be a noisier signal of a party’s performance than either the parties’ direct observation of their actual actions or a judicial determination of the conformity of an act to a rule specifying an action. In general, therefore, contractual standards are more costly to verify than precise terms or rules because proxies must be selected*

Não obstante, a execução informal do contrato também encontra um problema específico, que consiste na sua **observabilidade**. A comunicação é naturalmente cheia de distúrbios e ruídos (*noises*)<sup>644</sup> que dificultam, alteram ou impossibilitam que a mensagem enviada seja corretamente interpretada pelo destinatário pretendido. A parte contratante, deve observar corretamente o comportamento da outra parte para que possa determinar as suas ações, *e. g.*, retaliar quando for traída, colaborar quando a outra parte colaborar (na famosa lógica TIT-FOR-TAT de AXELROD). Para tanto, ela incide em custos para observar a execução do contrato e as mensagens enviadas pela outra parte<sup>645</sup>.

Neste aspecto de **observabilidade** e **verificabilidade**, o uso de sanções informais se apresentaria mais vantajoso economicamente. Isto porque as partes já devem realizar os investimentos necessários para **observar** a conduta da outra parte durante o contrato. Caso desejem que um terceiro imparcial (Juiz ou árbitro) também o façam, as partes deverão investir pecúnia para que um terceiro **também observe** a conduta das partes e a **compare** com os padrões do que razoavelmente se espera das partes contratantes, incidindo, por conseguinte, em custos com outros elementos que ultrapassam a observação da conduta dentro do âmbito da relação<sup>646</sup>.

Esta análise é complementada por BOZOVIC e HADFIELD, que escrevem sobre o tema seguindo a mesma linha teórica de MACAULAY, e dos escritos de GILSON, SABEL e SCOTT que analisamos nesta seção. Os autores apresentam uma sofisticação que permite compreender melhor a interação entre estas categorias, dividindo em **contratos formais** e **informais** e **execução** dos contratos formais (recurso às Cortes) e dos contratos informais (sanções reputacionais). Esta distinção é relevante porque mesmo as partes que desejam se fundamentar na reputação e sanções informais para fazer executar os contratos normalmente recorrem a contratos formais, sobretudo em operações econômicas mais complexas. Esta consideração já

---

*and because whichever proxies are selected will differ from the unobservable conduct for which the proxies substitute”.*

<sup>644</sup> O nosso tratamento sobre distúrbios na comunicação pode ser encontrado na seção referente à construção do modelo dinâmico de transmissão de informação (Capítulo 6).

<sup>645</sup> GILSON, Ronald, SABEL, Charles, SCOTT, Robert. Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine. **Stanford Law and Economics Olin Working Paper**, No. 389, p. 1-75, jan/2010. p. 15-16.

<sup>646</sup> GILSON, Ronald, SABEL, Charles, SCOTT, Robert. Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine. **Stanford Law and Economics Olin Working Paper**, No. 389, p. 1-75, jan/2010. p. 20-21.



é percebida em MACAULAY, pois, embora os agentes relegassem o contrato a um segundo plano e nele não se baseavam para resolver as disputas, estes mesmo agentes continuavam realizando contratos. Isto porque a figura do contrato irá providenciar o suporte (*scaffolding*, pela definição dos autores) para a aplicação das sanções informais, porquanto permite às partes fundamentar as suas crenças e valores em disposições contratuais e aumentar o apelo das suas demandas à contraparte contratante<sup>647</sup>.

Este é um argumento que aproxima os autores a MNOOKIN e KORNHAUSER, reconhecendo a influência do Direito na condução de relações e negociação para solução de disputa mesmo em temas informais, tais como a discussão entre um casal em processo de separação, vide os exemplos apresentados pelos autores em seu artigo seminal<sup>648</sup>.

Retornando ao *scaffolding* de BOZOVIC e HADFIELD, os autores separaram a sua análise empírica em duas categorias de empresas: inovadoras e não inovadoras. Nas entrevistas semiestruturadas conduzidas com as empresas não inovadoras, os autores encontraram um cenário próximo a MACAULAY: pouco recurso ao instrumento do contrato, negociações e soluções de disputas simplificadas, dinâmicas e orais e sem o acionamento dos mecanismos formais. Entretanto, para as empresas inovadoras a situação encontrada foi bastante diversa: recorrente celebração de instrumentos formais, investimento significativo de tempo e recursos em advogados para formulação dos acordos, referência a estes documentos durante a execução do contrato, contudo, sem recurso recorrente aos mecanismos formais de solução de disputas (sanções formais), aplicando mormente sanções informais e infringindo prejuízo reputacional à parte recalcitrante<sup>649</sup>. Destarte, mesmo quando as partes possuem acesso às sanções formais, as partes recorrem a sanções informais buscando um nível semelhante de satisfação da obrigação com menor dispêndio de recursos.

---

<sup>647</sup> BOZOVIC, Iva, HADFIELD, Gillian. Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations in Support of Innovation. **USC Law Legal Studies Paper**, No. 12-6, p. 1-63, jan/2012. p. 7-8.

<sup>648</sup> MNOOKIN, Robert, KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the Shadow of Law: the Case of Divorce. **The Yale Journal**, vol. 88, No. 5, p. 950-977, abr/1979.

<sup>649</sup> BOZOVIC, Iva, HADFIELD, Gillian. Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations in Support of Innovation. **USC Law Legal Studies Paper**, No. 12-6, p. 1-63, jan/2012. p. 12-19, Transcrição com as razões apontadas para o não recurso às sanções formais: “*They viewed litigation as simply not presenting a credible option for enforcement. Litigation, they told us, is prohibitively costly and associated with reputational harm that is not compensated by potential court-awarded remedies. The legal process takes too long, particularly relative to the speed with which their business moves. Court-awarded damages, they said, are unlikely to adequately capture the value of joint technology and projected profits. Even if awarded, damages, they told us, are next to impossible to collect and very likely to be surpassed by legal costs.*”.

Há um argumento recorrente de que os sistemas de solução de controvérsias dos comerciantes e, conseqüentemente, as sanções informais que deles decorrem, são dependentes das sanções formais. Este argumento pode ser ilustrado pela ideia de que a arbitragem somente é um mecanismo eficiente para a solução de disputas empresariais porque é apoiado pelo Estado e a partir do momento moderno (Nova Iorque, anos 1920) em que passou a contar com o apoio do Estado<sup>650</sup>.

De um lado, as sanções informais reputacionais institucionalizadas apresentam uma certa dificuldade em se manterem sem o apoio, ou ao menos a indiferença, das sanções formais. Se por absurdo os mecanismos reputacionais institucionalizados fossem completamente proibidos em determinado território, estas instituições certamente enfrentariam dificuldades na aplicação de suas decisões. Entretanto, esta lógica não se aplica às sanções informais reputacionais em rede, como o boicote, já que elas apresentam um grau muito mais elevado de independência em relação ao Estado. Se a sombra do Direito guia os comerciantes em suas decisões de sancionamento informal – vide a seção referente a um mínimo de juridicidade nestas penalidades -, ela não é sempre determinante, deixando espaço suficiente para a proliferação de sanções informais independentes do Estado.

Embora esta distinção decorra do quanto discutido neste trabalho, ela raramente transparece na literatura que analisa a intersecção entre sanções formais e informais. À guisa de ilustração, BENSON refuta o argumento de que a arbitragem em Nova Iorque somente é eficiente porque é apoiada pelo Estado com o argumento de que existem mecanismos informais, tais como o boicote, que podem ser produzidos autonomamente pela comunidade comerciante e que são uma medida eficiente para a execução das sanções informais advindas de arbitragem. Assim, o autor refutaria o argumento de que sanções informais reputacionais institucionalizadas são dependentes de sanções formais afirmando que as sanções informais reputacionais são relativamente autônomas e eficientes<sup>651</sup>. Ora, a arbitragem, enquanto mecanismo de solução de controvérsias aplicados de sanções informais reputacionais institucionalizadas, precisa ser reconhecida ou tolerada pelo Estado, enquanto as sanções informais reputacionais em rede não poderiam ser mais autônomas em relação a qualquer

---

<sup>650</sup> BENSON, Bruce. The Spontaneous Evolution of Commercial Law. **Southern Economic Journal**, vol. 55, No. 3, p. 644-661, 1989. p. 656.

<sup>651</sup> BENSON, Bruce. The Spontaneous Evolution of Commercial Law. **Southern Economic Journal**, vol. 55, No. 3, p. 644-661, 1989. p. 657.

forma de poder central. Assim, resta claro que as categorias não somente são diferentes, mas devem também ser tratadas de forma diversa.

Conforme aponta VAN ERP, as sanções reputacionais falham em ser um mecanismo sancionatório eficiente em situações peculiares, nas quais a perda de oportunidades comerciais é menos relevante. Exemplos abordados incluem empresas com parceiros comerciais facilmente ou recorrentemente substituíveis, falência iminente, comportamento monopolista e outros *end-game factors* na vida da empresa<sup>652</sup>.

Incumbe ressaltar um forte argumento para utilização de sanções formais mesmo em uma situação de existência de poderosas sanções informais. É preciso reconhecer a existência de agentes de mercado relativamente “**imunes**” aos efeitos do sancionamento informal, como, por exemplo, o agente que não teme vergonha, exposição pública, ostracismo, perda de reputação, ou qualquer outro processo ou consequência de punições informais. Nestas situações, defendem RASMUSEM e POSNER, deve a sanção formal suprir esta lacuna para alcançar o nível desejado de restrição do comportamento<sup>653</sup>.

Em sentido semelhante, IACOBUCCI relata diversos estudos empíricos sobre reparação de danos apontam que as perdas informais somente seriam consideráveis em situações em que o ofensor possuísse um relacionamento anterior com a vítima, não sendo consideráveis no confronto entre duas partes que não se conhecessem. Ainda, a probabilidade de descoberta do ilícito deve ser levada em consideração na análise da eficiência da punição. O mesmo autor ainda aponta para estudos empíricos que concluíram que as perdas informais são mais acentuadas quando a vítima possuía um relacionamento prévio com o ofensor<sup>654</sup>.

Com efeito, o agente não será imune à **aplicação** das sanções informais institucionalizadas ou em rede, porquanto elas são exteriores e independente ao agente sancionado, embora ele possa ser imune aos seus **efeitos**. A ineficiência decorrerá, justamente, da incapacidade de os efeitos negativos da sanção informal atingirem o agente.

---

<sup>652</sup> ERP, Judith van. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. **Erasmus Law Review**, vol. 1, No. 5, p. 145-162, 2009. p. 155.

<sup>653</sup> RASMUSEN, Erik, POSNER, Richard. Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions. **International Review of Law and Economics**, v. 19, p. 369-382, 1999. p. 380.

<sup>654</sup> IACOBUCCI, Edward, On the Interaction between Legal and Reputational Sanctions. **Journal of Legal Studies**, v. 43, p. 189-207, 2014. p. 191.

Estas foram as nossas considerações sobre a complementariedade das diversas formas de sancionamento. Conforme visto, não é de se esperar que elas sejam encontradas isoladamente na prática comercial, embora a inter-relação entre elas não seja sempre previsível, apresentando setores, categorias e situações em que o recurso a uma ou outra é mais frequente.

## 7.9 O SURGIMENTO DA COOPERAÇÃO POR MEIO DA RECORRÊNCIA DAS INTERAÇÕES

O sancionamento informal reputacional, seja ele oriundo de um único individual ou advindo do comportamento de um grupo, pode ser analisado em termos de cooperação e traição, jogos evolucionários e o instrumental básico da Teoria dos Jogos. Assim, com o propósito apenas de refletir esta nova dimensão, que não equivocadamente faz parte de grande parte da literatura essencial ao tema das sanções informais, apresentamos breves notas sobre a tradução da realidade em termos de Teoria dos Jogos.

### 7.9.1 Instrumental teórico

A Teoria dos Jogos apresenta um instrumental capaz de modular a realidade em termos mais precisos, ou até mesmo matemáticos, com a possibilidade de reduzir a complexidade de interações sociais a ponto de possibilitar a sua análise de forma mais aprofundada. Um dos estudos que inspiraram a execução do presente trabalho é justamente uma análise sociológica de um experimento essencialmente matemático realizado pelo cientista político AXELROD<sup>655</sup>, que traria os fundamentos de uma nova teoria da cooperação.

O ponto central de AXELROD consiste em analisar em quais condições a cooperação pode surgir, especialmente entre atores egoísticos não coordenados por uma autoridade central<sup>656</sup>. O propósito é desenvolver **uma teoria da cooperação** que possa ser

---

<sup>655</sup> Robert Axelrod é professor de ciências políticas da Universidade de Michigan, possuindo formação em matemática pela Universidade de Chicago. A sua linha de pesquisa inicial se voltou aos temas da Teoria dos Jogos e Teoria da Decisão, utilizando dos chamados agent-based models para simular as interações entre os jogadores do jogo.

<sup>656</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 3.

aplicada para revelar em que condições é possível surgir cooperação e identificar as ações apropriadas para o seu desenvolvimento em ambientes específicos<sup>657</sup>.

O problema básico de criação de condições para cooperação se refere a situações em que a atuação egoística dos indivíduos leva a um resultado geral inferior àquele que seria alcançável se os indivíduos cooperassem. Para tratar deste problema, AXELROD utiliza o modelo matemático do Dilema do Prisioneiro, objeto de estudo da Teoria dos Jogos<sup>658</sup>.

A Teoria dos Jogos trata das ações que os agentes conscientemente tomam e como estas ações afetam os demais agentes. Trata-se de uma ferramenta para modelar matematicamente situações da realidade com base em seu instrumental próprio<sup>659</sup>.

Essa ferramenta possui como instrumental básico os elementos essenciais de um “jogo”, quais sejam: **jogadores, ações, resultados e informação**. Em conjunto, formam as “regras do jogo” que são utilizadas para modelar a realidade em termos matemáticos. Para maximizar os seus resultados, os jogadores desenvolvem estratégias baseadas em ações que irão tomar durante o jogo, conforme a “ordem de jogo” previamente determinada. A combinação de estratégias comporá o equilíbrio do jogo e, dado um equilíbrio, o modelador poderá inferir os resultados do jogo<sup>660</sup>.

O resultado (*payoff*) recebido pelo jogador é uma função de utilidade definida de duas formas distintas: seja pela utilidade efetivamente recebida pelo jogador após todos os demais jogadores terem escolhidos as suas ações, seja pela utilidade esperada pelo jogador como função das estratégias escolhidas por ele e pelos demais jogadores<sup>661</sup>.

O elemento informação consiste no conhecimento que o jogador possui, em determinado momento, acerca das variáveis do jogo. Este conjunto não somente inclui os resultados das ações, mas também o conhecimento das ações anteriormente tomadas pelos demais jogadores e por si mesmo<sup>662</sup>.

---

<sup>657</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 6.

<sup>658</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 7.

<sup>659</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 10.

<sup>660</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 11.

<sup>661</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 12.

<sup>662</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 13.

Dado o conhecimento das variáveis do jogo, pode ser feita uma árvore de decisão com as possíveis escolhas e resultados do jogo. Analisando esta árvore de decisão, é possível revelar as ações que geram o maior *payoff* esperado dentro das regras do jogo<sup>663</sup>.

A estratégia consiste na regra que decide quais ações o jogador irá tomar em cada situação possível de ser encontrada no jogo, dado um conjunto de informações que o jogador possui. O conjunto de estratégias possíveis determina o espaço amostral de estratégias disponíveis ao jogador (*strategy set*). A estratégia precisa ser completa, *i. e.*, englobar todas as situações possíveis. Em um exemplo bastante esclarecedor deste predicado da estratégia, RASMUSEN aponta que, mesmo se a estratégia determinar ao jogador que ele se suicide em 1989, ainda assim será necessário especificar quais ações ele deve tomar se ainda estiver vivo em 1990<sup>664</sup>.

O equilíbrio, assim, será o conjunto de estratégias (*strategy set*) que contém a estratégia para cada um dos jogadores naquele jogo. As melhores estratégias, que definirão a modalidade de equilíbrio, consistem nas estratégias que se espera que os jogadores escolham para maximizar os seus resultados individuais. O equilíbrio, por sua vez, pode ser de duas modalidades: **estratégia dominante** ou **equilíbrio de Nash**<sup>665</sup>.

O conceito de estratégia dominante se baseia no próprio conceito de dominância para a Teoria dos Jogos. Uma estratégia é considerada “dominada” se ela é estritamente inferior às outras estratégias, individualmente consideradas. Uma estratégia é “dominante” se ela é a melhor resposta de um jogador a quaisquer estratégias que os outros jogadores possam escolher, individualmente considerados. Um equilíbrio de estratégia dominante consiste, por definição, no perfil de estratégia (*strategy profile*) consistente da estratégia dominante de cada um dos jogadores. Em termos claros, a estratégia dominante não é contingente em relação à estratégia dos demais jogadores<sup>666</sup>.

O Equilíbrio de Nash, por sua vez, pode ocorrer de duas formas: equilíbrio forte ou fraco. O equilíbrio fraco existe quando nenhum jogador possui incentivo para alterar a sua estratégia, contando que os outros jogadores também não mudem a sua estratégia. O equilíbrio

---

<sup>663</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 15.

<sup>664</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 16-17.

<sup>665</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 17-18.

<sup>666</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 20.

forte parte do pressuposto que há um equilíbrio fraco e adiciona a impossibilidade, mesmo que os jogadores se comuniquem e façam coalisões, dos jogadores cooperativamente alterarem o equilíbrio do jogo. Por definição, o Equilíbrio forte de Nash será Pareto-eficiente. Uma estratégia dominante está em Equilíbrio de Nash, porquanto nenhum jogador é incentivado a alterar a sua ação; contudo, nem todo Equilíbrio de Nash representa uma estratégia dominante<sup>667</sup>.

De forma intermediária, existe ainda o conceito de domínio fraco que pode ser alcançado nos jogos. Uma estratégia é dominante fraca se existe ao menos outra estratégia em que o jogador pode conseguir resultados iguais, mas podendo também conseguir resultados inferiores. Ou seja, a estratégia dominada oferece ao menos um *payoff* idêntico à estratégia dominante fraca, mas os demais *payoffs* da estratégia dominada são necessariamente inferiores aos da estratégia dominante<sup>668</sup>.

Dentro do espectro dos equilíbrios de Nash, coexiste os chamados pontos focais, desenvolvidos por SCHELLING em *The Strategy of Conflict*<sup>669</sup>. RASMUSEN define os pontos focais como aqueles equilíbrios de Nash que são psicologicamente atrativos, especialmente quando os jogadores não são capazes de se comunicar. Dado um conjunto de opções, os jogadores, na ausência de comunicação, tendem a adotar determinadas ações baseadas em comportamentos passados, senso comum, entre outros fatores que tornam esta decisão mais atraente que as demais. Por exemplo, num cenário de possível beligerância, se um jogador coloca as suas tropas na fronteira, será possível que o outro jogador decida não atacar; contudo, se o primeiro jogador ultrapassar a fronteira, o segundo jogador provavelmente irá reagir com a decisão de atacar. Neste cenário, a fronteira atua como ponto focal entre os jogadores<sup>670</sup>.

Ainda, os conceitos de jogo cooperativo e não-cooperativo se referem à capacidade, ou não, dos jogadores realizarem compromissos vinculantes (*binding commitments*). Em um jogo cooperativo, os jogadores podem fazer promessas vinculantes, determinando prévia e conjuntamente as ações dos jogadores em cada rodada; ao revés, no

---

<sup>667</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 27.

<sup>668</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 23.

<sup>669</sup> SCHELLING, Thomas. **The Strategy of Conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1960.

<sup>670</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 34.

jogo não-cooperativo os jogadores não podem realizar compromissos vinculantes. Esta distinção não é só contra-intuitiva como possui a força de modelar soluções no que podemos chamar de “duas Teorias dos Jogos distintas”. De um lado, as soluções de Teoria dos Jogos para jogos cooperativos costumam possuir um caráter mais axiomático e definitivo, muitas vezes fundado em eficiência de PARETO, justiça e equidade, ao passo que as soluções de jogos não-cooperativos costumam ser mais econômicas, com maximização do auto-interesse e funções de utilidade sujeitas a restrições impostas pelo jogo. Ainda, em razão do caráter mais axiomático dos jogos cooperativos, o seu estudo está sobretudo focado nos próprios resultados, ao invés das possíveis estratégias a serem empregadas<sup>671</sup>.

Por fim, no jogo de soma zero (*zero-sum*), a soma de todos os *payoffs* recebidos será zero, independente da estratégia utilizada, ao passo que no jogo de soma variável (*variable sum*) esta soma difere de zero<sup>672</sup>.

### 7.9.2 Fatores de cooperação e a sombra do futuro

As interações de AXELROD correspondem a *agent-based models*, que são modelos computacionais que simulam as ações e interações entre agentes em um ambiente controlado, visando observar o resultado emergente e extrair conclusões e *insights* sobre o comportamento dos agentes, desenvolvimento das interações, o equilíbrio do jogo, entre outros. Embora este conceito date ainda do início da própria computação, somente com SCHELLING, em 1971, ele seria aplicado e estudado nos moldes que seriam seguidos por AXELROD. Em seu artigo, SCHELLING propôs um estudo teórico sobre as causas e comportamentos que levam à agregação e desagregação populacional. De importância para o nosso trabalho é a metodologia e forma de análise, com profundas análises matemáticas e gráficas de fenômenos sociológicos<sup>673</sup>.

Esta linha de análise seria replicada por AXELROD para responder às suas duas questões fundamentais de pesquisa em “*The Evolution of Cooperation*”: em que condições os

---

<sup>671</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 21.

<sup>672</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 26.

<sup>673</sup> SCHELLING, Thomas. Dynamic Models of Segregation. **Journal of Mathematical Sociology**, v. 1, p. 143-186, 1971.



agentes devem cooperar e em que condições devem ser egoístas? Como pode surgir cooperação entre jogadores egoísticos sem uma autoridade central?<sup>674</sup> Para responder a esses questionamentos, AXELROD utilizou o modelo teórico do Dilema do Prisioneiro repetido.

O Dilema do Prisioneiro<sup>675</sup> consiste em um modelo de Teoria dos Jogos que apresenta o contraste entre racionalidade auto-interessada e resultado geral; trata-se de um dilema em razão do fato de que a busca da maximização individual de utilidade gera a um resultado inferior a todos os participantes do jogo. Ainda, o jogo traz o conflito entre ganhos de curto prazo com a traição (*short-terms gains*) e a recompensa de longo prazo com a cooperação (*long-term gains*)<sup>676</sup>.

A sua construção anedótica pode ser feita da seguinte forma: dois indivíduos são apreendidos pela autoridade policial suspeitos de cometerem crimes graves. Contudo, a autoridade policial possui provas suficientes apenas para condená-los em relação a crimes menos graves. O policial os coloca em salas separadas, sem prover a possibilidade de eles conversarem, oferecendo uma espécie de delação premiada separadamente para cada um. Caso um prisioneiro confesse e ofereça provas suficientes para o outro ser condenado, esse prisioneiro será libertado, ao passo que o outro cumprirá uma pena mais longa. Contudo, essa oferta não é válida se o outro prisioneiro também confessar. Nesse caso, nenhuma das confissões será de muito valor e ambos permanecerão por algum tempo na prisão. Caso nenhum dos dois confessem, ambos ficarão presos, mas este tempo será reduzido em razão do fato que a autoridade policial não possuirá provas suficientes para propor a condenação pelos crimes mais graves. Ambos receberão a mesma oferta e não poderão se comunicar; as decisões deverão ser informadas separada e simultaneamente<sup>677</sup>.

Utilizando os tempos de prisão para estabelecer a matriz teórica original de *payoffs* do jogo, descrevemos os tempos de prisão em termos de *payoffs* negativos da seguinte forma:

---

<sup>674</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. vii.

<sup>675</sup> A criação do Dilema do Prisioneiro é atribuída a Merrill Flood e Melvin Dresher como parte dos estudos da empresa Rand em relação a Teoria dos Jogos aplicada a estratégias nucleares globais. A formalização do dilema é atribuída a Albert Tucker, em escrito do ano de 1951. Cf. AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 216.

<sup>676</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 7.

<sup>677</sup> MÉRŐ, László, The Prisoner's Dilemma. In: MÉRŐ, László (org.). **Moral Calculations**. Springer: Nova Iorque, 1998. p. 28-29.

		O SEGUNDO PRISIONEIRO	
		Confessa	Não confessa
O PRIMEIRO PRISIONEIRO	Confessa	5 anos preso; 5 anos preso  -5 , -5	Solto imediatamente; 10 anos preso  0, -10
	Não confessa	10 anos preso; solto imediatamente  -10, 0	1 ano preso; 1 ano preso  -1 , -1

Tabela 1 - Matriz teórica do Dilema do Prisioneiro No. 1<sup>678</sup>

Sem alteração de qualquer lógica matemática ínsita ao jogo<sup>679</sup>, podemos representar a mesma situação com a matriz de *payoffs* de AXELROD, que utiliza valores positivos em sua construção, facilitando a análise dos resultados<sup>680</sup>:

		O SEGUNDO PRISIONEIRO	
		Confessa	Não confessa
O PRIMEIRO PRISIONEIRO	Confessa	Recompensa pela cooperação mútua  3 , 3	Recompensa pela cooperação unilateral; recompensa pela traição unilateral  0 , 5

<sup>678</sup> Tabela obtida em: MÉRŐ, László, The Prisoner's Dilemma. In: MÉRŐ, László (org.). **Moral Calculations**. Springer: Nova Iorque, 1998. p. 28-29.

<sup>679</sup> Isto porque a formulação matemática do Dilema do Prisioneiro exige somente uma ordem de recompensas em relação às quatro possibilidades e uma proporção matemática específica. Esta ordem de recompensas deve ser, necessariamente, a seguinte (do melhor resultado para o pior): recompensa pela traição unilateral, recompensa pela mútua cooperação, recompensa pela traição mútua, recompensa pela cooperação unilateral. Usando os termos originais: *Temptation to defect (T) > Reward for Mutual Cooperation > Punishment for Mutual Defection (P) > Sucker's Payoff (S)*. A proporção matemática específica se refere aos valores de recompensa mútua, de traição unilateral e de cooperação unilateral, para evitar que os jogadores possam solucionar o jogando simplesmente alterando jogadas de exploração um do outro. Assim, a recompensa pela cooperação mútua deve ser superior à média entre a recompensa pela traição unilateral e a cooperação unilateral. AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 9.

<sup>680</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 10.

	<b>Não confessa</b>	Recompensa pela traição unilateral; recompensa pela cooperação unilateral  5, 0	Recompensa pela traição mútua  1, 1
--	---------------------	--	--

**Tabela 2 - Matriz teórica do Dilema do Prisioneiro No. 2**<sup>681</sup>

Se jogado em rodada única, o Dilema do Prisioneiro sequer alcança um elevado grau de complexidade. Nesta situação, o equilíbrio de Nash já há muito teoricamente estabelecido será sempre [*Confessa, Confessa*]<sup>682</sup>.

A intuição matemática deste resultado não é muito complexa, pois independente do que o outro jogador escolher, será melhor trair. Se o outro jogador cooperar, será melhor trair; se o outro jogador trair, será igualmente melhor trair. A cooperação neste jogo é irracional do ponto de vista maximizador de auto-interesse. Este equilíbrio dominante se repete se o número de jogadas do jogo, ainda que múltiplo, for conhecido pelos jogadores. A prova matemática é dada por indução retroativa, mas o seu significado também é de fácil intuição. Suponhamos um Dilema do Prisioneiro de 20 rodadas. Na 20ª rodada, ambos os jogadores irão trair [*Confessa, Confessa*], já que não haverá continuidade do jogo, equivalendo ao jogo de rodada única. Como irão se trair na 20ª rodada, não há incentivo para cooperar na rodada anterior, já que se um jogador espera que o outro coopere a melhor jogada será trair. Assim o jogo segue sucessivamente na 18ª, 17ª, 16ª rodadas e seguintes, de forma que a melhor estratégia será sempre trair<sup>683</sup>.

Contudo, esta situação passa a se alterar no caso do Dilema do Prisioneiro repetido, em que os jogadores não sabem o exato momento em que o jogo será encerrado. Nesta situação, o fato de que os jogadores provavelmente jogarão mais uma rodada – nos termos de AXELROD, a sombra do futuro – é capaz de criar condições para o fomento da cooperação<sup>684</sup>.

Para investigar esse fenômeno, AXELROD organizou dois torneios de computador na década de 1980, colocando em prática o *agent-based model* supracitado. O ponto

<sup>681</sup> Tabela obtida em AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 9.

<sup>682</sup> Ibidem, p. 8. Demonstrado matematicamente em RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 110.

<sup>683</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 110-111.

<sup>684</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 12.

fundamental da elaboração de um “torneio de computador” consiste no fato de que AXELROD identificou, na literatura, que embora o Dilema do Prisioneiro de rodada única fosse altamente estudado, o Dilema do Prisioneiro de rodadas múltiplas sem o conhecimento dos jogadores do final do jogo era um tema de pouca literatura. Com efeito, os estudos do Dilema do Prisioneiro sempre partiam do pressuposto de que os jogadores estavam se deparando com o jogo pela primeira vez. O que faltava, justamente, era uma análise mais aprofundada do jogo sendo jogado por jogadores que experientes e conscientes dos efeitos de suas jogadas<sup>685</sup>.

Assim, em 1980, o primeiro torneio contou com 14 de acadêmicos de diversas áreas, incluindo matemática, psicologia e economia, além de um programa com jogadas aleatórias (RANDOM). Durante o torneio, todos os programas enfrentaram os demais e a matriz de resultados utilizada foi a mesma apontada acima. Em princípio, seriam jogadas 200 rodadas em cada pareamento e foi realizado um torneio preliminar para os participantes compreenderem as dimensões do projeto e elaborarem os programas que seriam enviados<sup>686</sup>.

Cada participante enviou um programa variando entre 4 comandos até 63; curiosamente, o programa vencedor, chamado de TIT FOR TAT, era justamente o menor programa enviado<sup>687</sup>.

O programa TIT FOR TAT consistia em uma programação bastante simples. Cooperar na primeira rodada e, a partir de então, repetir o mesmo movimento que o outro participante realizou na rodada anterior. Com efeito, era uma estratégia de reciprocidade absoluta: se o outro lado fosse cooperativo, TIT FOR TAT sempre cooperaria; se o outro lado se recusasse a cooperar, nada faria que TIT FOR TAT cooperasse sozinha<sup>688</sup>.

Colocando em perspectiva, as pontuações variavam normalmente entre 200 e 600 em cada rodada, considerando os *payoffs* acima definidos (5, 3, 0, 1). Se ambos cooperassem indefinidamente, o resultado final seria de 600 pontos para cada. Se ambos se traíssem durante todo o jogo, marcariam invariavelmente 200 pontos. Teoricamente, os jogos podiam variar entre 0 e 1000 pontos (*payoffs* que ocorreriam caso um lado fosse explorado em todas as

---

<sup>685</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 12.

<sup>686</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 193.

<sup>687</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 193.

<sup>688</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984 p. 32.

rodadas). TIT FOR TAT alcançaria a média de 504 pontos por jogo, ficando bastante próximo do patamar totalmente cooperativo (600 pontos)<sup>689</sup>.

As programações mais cooperativas naturalmente cooperavam entre si, alcançando resultados próximos a 600 pontos. Existiam em número suficiente programas cooperativos para que a média dos programas cooperativos fosse significativamente alta só levando em consideração estas rodadas de cooperação mútua. Entretanto, os programas cooperativos não conseguiam se diferenciar pelos resultados que obtiveram entre si, mas somente em razão de suas interações com os programas mais não-cooperativos. Nos dizeres de AXELROD, os programas não-cooperativos foram o fiel da balança do resultado dos programas cooperativos no torneio<sup>690</sup>.

O ponto fundamental na interação entre programas cooperativos e não-cooperativos se refere à capacidade de ser retomada a cooperação após a ocorrência de uma traição. Esta capacidade é denominada *forgiveness*, na análise de AXELROD, sendo um traço fundamental que distinguiu o desempenho das diversas estratégias. Isto porque as estratégias que não possuíam a capacidade de perdoar traições frequentemente se viam envolvidas em uma espiral de traição que reduzia consideravelmente os resultados obtidos naquela rodada<sup>691</sup>.

TIT FOR TAT não é uma estratégia especialmente capaz de perdoar traições, porquanto ela sempre vai reciprocamente uma traição sofrida, mas ao menos ela manterá a cooperação durante uma jogada em que sofreu traição, aumentando as chances do outro jogador, na próxima rodada, tentar cooperar novamente. Apesar disso, a sua capacidade de perdoar era superior a muitas das demais estratégias, que dificilmente cooperavam após sofrerem alguma traição<sup>692</sup>.

Outro ponto em que as demais estratégias falharam em relação à TIT FOR TAT se refere ao quesito competitividade. Embora pareça um contrassenso, as outras estratégias eram demasiadamente competitivas para o ambiente de jogo em que estavam inseridas. Isto porque era comum fossem apresentadas estratégias que traíam sem qualquer provocação, usualmente determinadas de forma probabilística, com o simples intuito de maximizar o *payoff* naquele

---

<sup>689</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 33.

<sup>690</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 34.

<sup>691</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 36.

<sup>692</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 36-37.

turno do jogo (5, ao invés de 3). Ocorre que não raro estas jogadas levavam à mesma “espiral de traição”, com efeitos de eco (*echo effects*) durante todo o jogo e conseqüente diminuição da pontuação geral<sup>693</sup>.

Entretanto, AXELROD considerou que os resultados do primeiro torneio ainda eram insuficientes para extrapolar conclusões mais generalizadas sobre a robustez das estratégias apresentadas. Por conseguinte, ele organizou um segundo torneio, publicando a íntegra dos resultados do primeiro torneio, de forma a propiciar um ambiente de maior conhecimento e experiência prévia dos jogadores e verificar se o conhecimento dos resultados da primeira jogada alteraria a dinâmica e os resultados das rodadas<sup>694</sup>.

O número de participantes aumentou significativamente, passando de 14 para 62 estratégias, mantendo o formato de todos contra todos. Ao invés de 200 rodadas pré-definidas, o jogo passou a contar com uma probabilidade do jogo se encerrar em um número próximo a 200 rodadas, sem, contudo, os participantes saberem o exato momento de seu encerramento. Não havia qualquer restrição para envio de programas. Novamente, TIT FOR TAT foi enviada somente uma vez e pelos mesmos autores originais e, uma vez mais, se sagrou vencedora<sup>695</sup>.

Os fundamentos da estratégia TIT FOR TAT repetir a sua vitória são semelhantes à análise inicial de AXELROD para o primeiro torneio. Era uma estratégia essencialmente cooperativa, mas também equipada para lidar punir imediatamente traições; pontuava bastante em jogos com outros programas cooperativas; não era excessivamente despontuada em jogos com programas não-cooperativos<sup>696</sup>.

O fato de que a estratégia TIT FOR TAT alcançou resultados tão expressivos em dois ambientes diferentes (primeiro e segundo torneio) passa a permitir que sejam traçadas conclusões sobre a estabilidade evolucionária desta estratégia<sup>697</sup>.

O conceito de estratégia evolucionariamente estável (*evolutionarily stable strategy*) advém da aplicação de Teoria dos Jogos ao ramo da Biologia e estudo dos ecossistemas. Nestes sistemas, Equilíbrio de Nash, racionalidade sequencial e outras peças-

---

<sup>693</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 40.

<sup>694</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 38-39.

<sup>695</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 43.

<sup>696</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 43, 202-203.

<sup>697</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 49.

chave da Teoria dos Jogos encontram pouca aplicação. O interesse fundamental nestes ecossistemas é verificar como um comportamento evolui e persiste com o passar do tempo, mesmo diante de choques exógenos e mutações. Questão fundamental sobre a estabilidade do comportamento consiste em verificar se o ecossistema pode ser “invadido” por uma estratégia diferente ou por um grupo (*cluster*) de jogadores utilizando esta estratégia diferenciada<sup>698</sup>.

O exemplo clássico que representa o equilíbrio evolucionário é o jogo *Hawk v Dove*. O jogo se passa numa população de pássaros que podem agir agressivamente (*Hawk*) ou passivamente (*Dove*) quando disputando um recurso. O recurso vale duas unidades de sobrevivência (*fitness*). Se ambos lutam, os dois pagam um custo de quatro unidades de sobrevivência, resultando em um *payoff* negativo de -1 para cada. Quando nenhum dos dois luta, ambos dividem as quatro unidades de recurso, incorrendo em uma unidade de custo, resultado em um *payoff* positivo de +1 para cada. Quando um jogador agressivo encontra um jogador passivo, o jogador agressivo recebe um *payoff* positivo de +2 e o jogador passivo foge com um *payoff* de 0. Representamos graficamente esta interação da seguinte forma<sup>699</sup>:

		O SEGUNDO PÁSSARO	
		Age agressivamente ( <i>Hawk</i> )	Age passivamente ( <i>Dove</i> )
O PRIMEIRO PÁSSARO	Age agressivamente ( <i>Hawk</i> )	-1 , -1	2 , 0
	Age passivamente ( <i>Dove</i> )	0, 2	1 , 1

Tabela 3 - Jogo evolucionário Hawk versus Dove<sup>700</sup>

Aparentemente, os *Hawks* possuem uma vantagem inicial, já que recebem um *payoff* mais elevado quando encontram *Doves*. Apesar de receberem um *payoff* negativo quando encontram outros *Hawks*, o *payoff* negativo é de somente -1, ao passo que o *Hawk* recebe +2 quando interage com um *Dove*. Entretanto, dada uma população de 50% de *Hawks* e

<sup>698</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 125.

<sup>699</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 126-127.

<sup>700</sup> Tabela obtida em: RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 127.

*Doves*, será indiferente atuar como *Hawk* ou *Dove*, o que pode ser demonstrado matematicamente em termos bastante simples<sup>701</sup>:

População de 50% *Hawks* e 50% *Doves*

Probabilidade de interação: 0,5 *Hawk* e 0,5 *Dove*

*Payoffs* das interações: vide matriz acima

Fórmula para *payoff* esperado: (probabilidade de interação 1) \* (*payoff* da interação 1) + (probabilidade de interação 2) \* (*payoff* da interação 2) + [...] + (probabilidade de interação n) \* (*payoff* da interação n)

*Payoff* esperado ao atuar como *Hawk*:  $((0,5 * (2)) + ((0,5 * (-1))) = \mathbf{0,5}$

*Payoff* esperado ao atuar como *Dove*:  $(0,5 * 1) + (0,5 * 0) = \mathbf{0,5}$

Entretanto, esta situação muda quando os *Hawks* ou *Doves* passam a dominar a população. Vejamos o que ocorre quando 60% da população é *Hawk*:

População de 60% *Hawks* e 40% *Doves*

Probabilidade de interação: 0,6 *Hawk* e 0,4 *Dove*

*Payoffs* das interações: vide matriz acima

Fórmula para *payoff* esperado: (probabilidade de interação 1) \* (*payoff* da interação 1) + (probabilidade de interação 2) \* (*payoff* da interação 2) + [...] + (probabilidade de interação n) \* (*payoff* da interação n)

*Payoff* esperado ao atuar como *Hawk*:  $((0,4 * (2)) + ((0,6 * (-1))) = 0,8 - 0,6 = \mathbf{0,2}$

*Payoff* esperado ao atuar como *Dove*:  $(0,4 * 1) + (0,6 * 0) = 0,4 + 0 = \mathbf{0,4}$

Assim, se a população passa a ser dominada por *Hawks*, a melhor estratégia passa a ser atuar como *Dove*. A mesma representação vale para uma população de 60% *Doves*:

População de 40% *Hawks* e 60% *Doves*

Probabilidade de interação: 0,4 *Hawk* e 0,6 *Dove*

---

<sup>701</sup> Ibidem, p. 127. Os cálculos e formulas abaixo apresentadas são derivados da análise deste mesmo autor.



*Payoffs* das interações: vide matriz acima

Fórmula para *payoff* esperado: (probabilidade de interação 1) \* (*payoff* da interação 1) + (probabilidade de interação 2) \* (*payoff* da interação 2) + [...] + (probabilidade de interação n) \* (*payoff* da interação n)

*Payoff* esperado ao atuar como *Hawk*:  $((0,6 * (2)) + ((0,4 * (-1))) = 1,2 - 0,4 = \mathbf{0,8}$

*Payoff* esperado ao atuar como *Dove*:  $(0,6 * 1) + (0,4 * 0) = 0,6 + 0 = \mathbf{0,6}$

Percebe-se, portanto, que em jogos como *Hawk v Dove* a melhor estratégia é contextual e dependente da formação do restante da população. Estes jogos, assim chamados de evolucionários, possuem dois pilares de análise em acréscimo aos demais: a verificação da população inicial e das probabilidades de interação e a dinâmica pela qual os jogadores crescem ou decrescem em porcentagem na população analisada. Nos jogos ditos econômicos, os jogadores passam direto ao equilíbrio; não existem e não são necessárias equações para cálculo da evolução em relação ao tempo. Determinados fatores exógenos ao jogo podem ser computados na análise, como, por exemplo, o metabolismo dos pássaros e a duração de cada geração<sup>702</sup>.

Oriundo da biologia, o conceito de mutação também é relevante na análise do equilíbrio evolucionário. Utilizando o exemplo acima, podemos imaginar uma população composta de 100% *Doves*. Em determinado momento, ocorre uma mutação que transforma um jogador em *Hawk*, sendo capaz de transmitir essa característica para os seus herdeiros genéticos. Paulatinamente, o *Hawk* e seus descendentes irão se propagar pela população, em razão do alto *payoff* de suas interações com *Doves*, até o momento em que a população passará a ser equilibrada novamente (50%-50%), momento a partir do qual será indiferente ser *Hawk* ou *Dove*, já que o *payoff* esperado é idêntico. Vejamos<sup>703</sup>:

População de 0% *Hawks* e 100% *Doves*, com uma única mutação *Hawk*

Probabilidade de interação: 0 *Hawk* e 1,0 *Dove*

*Payoffs* das interações: vide matriz acima

<sup>702</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 128.

<sup>703</sup> RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006. p. 129.

*Payoff* esperado para a mutação *Hawk*:  $1 * 2 = 2$

*Payoff* esperado para os *Doves*:  $1 * 0 = 0$

Feitas estas considerações sobre o jogo *Hawk v. Dove*, passamos a identificar como AXELROD investigou o equilíbrio evolutivo da estratégia TIT FOR TAT em diversos ambientes.

AXELROD utilizou os resultados do segundo torneio e realizou simulações evolucionárias com os perfis de estratégia que tinham participado. As estratégias com melhores resultados resultariam proporcionalmente em mais cópias, ao passo que as estratégias malsucedidas se reproduziriam em menor quantidade. Em termos mais simples, se uma estratégia alcança o dobro de sucesso do que uma outra estratégia, a primeira possuirá o dobro de representantes na próxima geração. Este processo representa o *survival of the fittest* Darwiniano, com a reprodução dos agentes mais adaptados ao ambiente (*i. e.*, estratégias mais bem-sucedidas no jogo). Contudo, esta avaliação difere um pouco da perspectiva evolucionária clássica, tendo em vista que não são possíveis mutações no ecossistema analisado<sup>704</sup>.

Assim, logo na segunda geração da simulação evolucionária as oito estratégias mais bem ranqueadas do torneio começaram a se reproduzir em maior velocidade em comparação às estratégias com piores resultados. A distribuição de estratégias passa a ser desigual e medida em termos de porcentagem da população total. Sendo a TIT FOR TAT a mais bem ranqueada no torneio, ela estará presente em maior quantidade nas gerações posteriores do jogo<sup>705</sup>.

No entanto, ao passo que as estratégias mais bem-sucedidas vão se reproduzindo mais rapidamente, elas passam a interagir mais frequentemente. Ao aumentar o número de interações com estratégias específicas, os resultados médios esperados também se alteram. Por exemplo, a estratégia TIT FOR TAT enfrentará mais frequentemente a estratégia ALL D (*all defection* – somente trai). Estaremos diante de situação próxima ao jogo *Hawk v. Dove*, em que o equilíbrio do jogo passa a depender da porcentagem da população formada por determinado agente. Sendo um jogo repetido em diversas gerações, espera-se que as

<sup>704</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 49.

<sup>705</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 50.

estratégias que irão popular em maior número o jogo serão aquelas que se enquadram no equilíbrio evolutivamente estável daquele jogo<sup>706</sup>.

O ponto mais surpreendente das análises de AXELROD é que TIT FOR TAT foi, novamente, a estratégia com maior sucesso em repetidas gerações do jogo. Em um ambiente dominado por TIT FOR TAT, a pontuação de estratégias fundamentadas em reciprocidade e capazes de fomentar a cooperação recíproca cresce exponencialmente. Como TIT FOR TAT é amplamente capaz de lidar tanto com estratégias fundamentadas em traição e exploração, assim como com as demais estratégias mistas, o seu desempenho é constante e elevado. Assim, essa estratégia mostra-se extremamente robusta no contexto evolucionário das estratégias mais bem ranqueadas. Aliada à sua robustez, AXELROD aponta outras quatro características atribuídas ao seu sucesso: capacidade de retaliação (*retaliatory*), essência cooperativa (*nice*), capacidade de superar traições (*forgiving*) e facilidade de reconhecimento (*clear*)<sup>707</sup>.

No entanto, AXELROD reconhece que o sucesso de TIT FOR TAT em diversos ambientes é apenas prova de sua robustez, mas não significa que esta é a estratégia definitiva em relação ao Dilema do Prisioneiro repetido ou em um ambiente evolucionário. Isto porque o sucesso da estratégia é sempre contingente ao ambiente e a população de outros jogadores e estratégias. Num ambiente povoado exclusivamente por TIT FOR TAT e ALL D, por exemplo, seria de se esperar o aumento da população de ALL D e redução da TIT FOR TAT, tendo em vista que a estratégia ALL D sempre alcança um resultado superior no encontro individual com a TIT FOR TAT<sup>708</sup>.

Entretanto, esta dinâmica de ampliação e redução da população não é determinada exclusivamente pela interação individual entre as estratégias analisadas. A alteração porcentual de uma população é analisada em termos de capacidade de invasão e estabilidade coletiva. Dada uma população homogênea, invasor é o jogador/agente que se utiliza de outra

---

<sup>706</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 50-51.

<sup>707</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 51-52.

<sup>708</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 53.

estratégia e consegue se reproduzir neste novo ambiente. A estabilidade coletiva, por sua vez, é a característica da estratégia dominante que é capaz de resistir a invasões<sup>709</sup>.

Em suas análises, Axelrod verificou que a estratégia TIT FOR TAT é coletivamente estável em uma gama de situações, assim como pode ser invadida em outras. Em sua essência, uma população de TIT FOR TATs é coletivamente estável em razão do fato de que todos os jogadores estão cooperando entre si. Contudo, essa condição somente se confirma se a sombra do futuro (a possibilidade de as estratégias continuarem jogando o mesmo jogo) for larga o suficiente. A sombra do futuro atua como um parâmetro de desconto dos *payoffs* obtidos pelos jogadores nas próximas rodadas. Num primeiro momento, seria possível apontar que o futuro é sempre menos importante que o presente, já que os *payoffs* futuros sofrem desconto em relação ao presente. De fato, é possível que o jogo sequer continue, que os pares desistam ou parem de jogar, que as próximas interações sejam diferentes, entre outros. Partindo para exemplos numéricos, a próxima rodada entre os jogadores pode possuir 2/3, 1/2 ou outros valores fracionários da importância da rodada atual. Conforme aponta AXELROD, se a próxima rodada possuir 2/3 da importância atual, não há estratégia melhor do que cooperar com TIT FOR TAT; contudo, se a próxima rodada possui 1/2 ou menos da importância da rodada atual, a melhor saída sempre será trair<sup>710</sup>.

A conclusão fundamental de AXELROD nesse sentido é que a estabilidade de longo prazo do relacionamento e das interações é o fator fundamental que permite a manutenção de um sistema fundado na cooperação<sup>711</sup>.

Esta conclusão pode ser generalizada para todas as estratégias que iniciam com a jogada **cooperar**. Qualquer estratégia que é a primeira a cooperar **só é coletivamente estável se a sombra do futuro for suficientemente grande**<sup>712</sup>.

Tratando da perspectiva do invasor, a dificuldade de invasão por um jogador mutante se concentra no fato de que ele realizará um número muito mais elevado de interações com os jogadores originais do que com outros jogadores mutantes. Assim, supondo que um único jogador/organismo sofra uma mutação, ele interagiria em 100% das oportunidades com

---

<sup>709</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 56-57.

<sup>710</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 59.

<sup>711</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 60.

<sup>712</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. 61.

os organismos iniciais do ambiente. Salvo, contudo, se a invasão ocorrer em grupos fechados de mutantes (*clusters*), em que a possibilidade de interação recíproca entre mutantes será mais elevada<sup>713</sup>.

No cenário do “mutante individual”, estratégias recíprocas como TIT FOR TAT - que pontuam mal contra estratégias fundamentadas em traição e que prosperam quando conseguem fomentar a cooperação – dificilmente seriam capazes de invadir com sucesso uma população fundamentada em traição, visto que pontuam mal contra estratégias não cooperativas<sup>714</sup>.

Com efeito, a estratégia ALL D é coletivamente estável em relação a mutantes individuais, pois estes não poderão invadir cooperando, sob pena de obterem resultados inferiores ao restante da população<sup>715</sup>.

O inverso ocorre se a estratégia TIT FOR TAT invadir como um *cluster* uma população de traidores ALL D. Isto porque as estratégias TIT FOR TAT pontuariam em um patamar muito elevado quando interagissem entre si (por exemplo, recebendo 500 pontos cada uma, enquanto receberiam algo próximo a 200 quando interagissem com ALL D, ao passo que ALL D receberiam também 200 pontos a cada vez que interagissem entre si). Neste cenário, TIT FOR TAT seria capaz de reproduzir e eventualmente dominar esta população, invadindo-a com sucesso<sup>716</sup>.

No restante de sua obra, AXELROD traça considerações sobre como é possível alterar a dinâmica do jogo, os seus *payoffs* e interações para promover a cooperação. Dentro destas considerações, a de mais relevância é a possibilidade de promoção da cooperação por meio do alargamento da sombra do futuro. Quanto mais relevantes e prováveis as interações futuras, maior a chance de as partes reciprocarem cooperação<sup>717</sup>.

Caso a sombra do futuro seja muito reduzida, mesmo se o outro jogador cooperar não será interessante a sua cooperação. Se um jogador para de ter incentivos para cooperar,

---

<sup>713</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 57.

<sup>714</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 58.

<sup>715</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 62.

<sup>716</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 59.

<sup>717</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 126. Transcrição: “*Mutual cooperation can be stable if the future is sufficiently important relative to the present*”.

por consequência lógica, o outro também não será incentivado a tanto. Por conta disso, AXELROD fixou que qualquer estratégia que seja a primeira a cooperar só será estável se a sombra do futuro for larga o suficiente. Caso contrário, nenhuma forma de cooperação é estável se o futuro for desimportante em relação ao presente<sup>718</sup>.

Aponta, por fim, ao menos duas formas de alargar a sombra do futuro: tornar as interações mais duráveis ou mais frequentes. Por durabilidade entende-se a continuidade do jogo com os mesmos jogadores, ao passo que a frequência se refere à possibilidade de os jogadores continuarem jogando o jogo<sup>719</sup>.

Em conclusão, resta claro que os fundamentos do agir cooperativo repousam na recorrência das interações, consubstanciada na sombra do futuro.

Ao aumentar a sombra do futuro por meio de diversos mecanismos, as instituições comerciais conseguem manter incentivos cooperativos e um mercado relativamente estável.

Em nosso quadro teórico, reafirmamos que o fator mais decisivo para influenciar a cooperação é a **sombra do futuro**, ou seja, a possibilidade dos agentes voltarem a se relacionar (ou a se relacionar com agentes que se relacionam com estes mesmos agentes) no futuro, dada uma preferência – o **fator de desconto** – do presente em relação ao futuro<sup>720</sup>, vide os desenvolvimentos apresentados no início deste capítulo.

Durante o decorrer do presente trabalho, enfrentamos diversos elementos distintos que influenciavam a possibilidade de recorrência das transações comerciais. Em uma lista ilustrativa, estes incentivos positivos para cooperação, assim entendidos como aqueles que aumentam a relevância da sombra do futuro (ou diminuem o fator de desconto do futuro), incluem, ao menos 16 itens que podemos enumerar, em nenhuma ordem particular: (i) a repetibilidade das interações comerciais no futuro; a existência de mecanismos setoriais e organizados de governança; (ii) o afastamento do Direito estatal com a utilização de mecanismos privados, ou a existência de um sistema jurídico privado, para solução de controvérsias; (iii) o monopólio da produção por um grupo de empresas (como no caso da indústria de diamantes), desincentivando comportamentos que contrariem o monopolista; (iv)

---

<sup>718</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 128-129.

<sup>719</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 129.

<sup>720</sup> AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 12.

as regras internas da associação setorial (como no caso da WFDB e do DDC); (v) a própria participação nas organizações e nas associações comerciais, sinalizando, de forma eficiente, a confiabilidade do parceiro comercial; (vi) as elevadas necessidades de crédito para operar na indústria, elevando sobremaneira a sombra do futuro; (vii) os mecanismos vexatórios de punição, incluindo a exposição do nome e foto nas demais bolsas do mundo (*shaming*); (viii) a proximidade na condução das transações (oralidade, realização por meio de conversas telefônicas); (ix) a existência e o uso de mecanismos alternativos à Justiça Estatal; (x) a importância da utilização e recorrência de usos e costumes comerciais tradicionais enraizados na comunidade; (xi) demais elementos que representam a formalidade da transação, como a pesagem oficial da bolsa, *cachets*, *bills of sale*, documentos contábeis; (xii) a utilização de contratos-padrão para a realização das transações (como, por exemplo, os contratos GAFTA); (xiii) a concentração geográfica do mercado; (xiv) o fortalecimento dos laços sociais e a estruturação familiar de comunidades comerciais; (xv) homogeneidade etnográfica; (xvi) homogeneidade religiosa; entre outros.

Estas situações e características foram objeto de análise própria nas seções correspondentes, a partir dos estudos que orientaram a condução do presente trabalho. Ao menos em uma análise *prima facie* e não exaustiva, podemos indicar que estes elementos estão relacionados com o fomento da cooperação entre os comerciantes. Contudo, a análise do jogo não se restringe a atribuir valores ou fatores ao aumento ou diminuição da sombra do futuro. Isto porque, como alerta POSNER, ao menos duas medidas de influência no jogo devem ser consideradas: uma medida de **desconto** em relação à importância do futuro e uma medida de **conformidade** do agente com as normas sociais<sup>721</sup>.

Incumbe evidenciar que os modelos teóricos proporcionam análises sobre as **condições para o surgimento de cooperação**, embora não determinem cabalmente a sua existência. A incapacidade dos modelos teóricos de incorporar propriamente ruídos de comunicação, as presunções sobre informação perfeita, impossibilidade de comunicação, diferenças de valoração sobre a importância de futuras interações e até sobre a racionalidade do indivíduo dificultam que seja ultrapassada essa barreira no presente trabalho<sup>722</sup>.

---

<sup>721</sup> POSNER, Eric. Law and Social Norms. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 36.

<sup>722</sup> POSNER, Eric. Law and Social Norms. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 17.

Neste ponto, adotamos a divisão de RICHMAN em três hipóteses de recurso dos comerciantes para a estabilização das relações e execução dos contratos comerciais: (i) o **recurso às cortes estatais**, em que os agentes são autônomos e são seguidas regras comuns de direito contratual; (ii) o **recurso à ordem privada**, em que os agentes são autônomos e empregam mecanismos extrajudiciais para execução dos contratos; (iii) a **integração vertical da empresa**, em que as transações ocorrem em uma única entidade jurídica e são estabilizadas por mecanismos de controle administrativo, sem referência às regras contratuais<sup>723</sup>. Embora estas opções não sejam necessariamente aplicáveis a todos os mercados, analisaremos-nas como modelos-ideias para que seja possível aprofundar a discussão no tema.

Note-se que este modelo é mais amplo que outros modelos de sistemas jurídicos privados, em especial aquele tratado por BERNSTEIN<sup>724</sup> em sua recente literatura, que utiliza somente as duas primeiras categorias (recurso às cortes estatais ou aos sistemas jurídicos privados para a solução de disputas) para analisar a questão em termos da capacidade dos agentes de mercado de reduzir custos de transação. O modelo de RICHMAN analisa o tema em termos de aumento das garantias transacionais e de execução dos contratos<sup>725</sup>.

Sendo a estabilização das relações contratuais um dos temas subjacentes a toda nossa análise, não seria correto desconsiderar este elemento como um dos fatores que leva aos mercadores optarem pelos sistemas jurídicos privados para a solução das suas disputas. Não obstante, não cumpre a nós, neste momento, determinarmos se a causa eficiente da não utilização dos mecanismos estatais é a redução dos custos de transação ou a necessidade de estabilização dos contratos. Em primeiro lugar, estes fatores não são mutuamente excludentes. Em segundo lugar, como início de nossa análise, é mister prover uma visão mais abrangente, em que ambos os fatores – redução dos custos de transação e estabilização das relações comerciais – possam ser considerados como fundamentais para a compreensão das sanções informais.

---

<sup>723</sup> RICHMAN, Barak. Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering. *Columbia Law Review*, No. 104, p. 2328-2367, 2004. p. 2329-2330.

<sup>724</sup> Em especial: RICHMAN, Barak. Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering. *Columbia Law Review*, No. 104, p. 2328-2367, 2004. p. 1724-1725.

<sup>725</sup> RICHMAN, Barak. Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering. *Columbia Law Review*, No. 104, p. 2328-2367, 2004. p. 2332.



POSNER apresenta uma explicação para a **cooperação extrajurídica** com base na observação de que os indivíduos que traem sofrem perdas reputacionais, sendo que a reputação condiciona a possibilidade de ocorrência de futuras interações<sup>726</sup>.

A transposição simples deste exemplo ocorre na primeira troca entre dois comerciantes filiados a uma associação de classe. Cada comerciante razoavelmente espera negociar um novo contrato com outro comerciante da mesma associação. A associação, por sua vez, intermedia a relação por meio do fornecimento de informações sobre o histórico dos comerciantes, a ambas as partes, assegurando de que a reputação do comerciante é respeitável. Esta lógica se aplica mesmo se os comerciantes não tiverem acesso ao histórico do outro, tendo em vista que o mero pertencimento à associação é o sinal único mais forte de confiabilidade. Sendo enorme a sombra do futuro, o incentivo à traição é mínimo<sup>727</sup>.

Em um contrato, sem a influência de elementos externos, as partes estariam livres para continuar ou renunciar àquela transação, sendo ela economicamente proveitosa ou não, assumindo que elas tenham esta opção (de forma contrária, nem seria possível entender esta ação como uma jogada, pois é impossível). Se há evidência empírica que as partes não decidem contratar e “descontratar” a qualquer momento mesmo quando possuem esta liberdade, é porque fatores externos estão em jogo.

Esta dinâmica pode ser ampliada para os demais comerciantes de uma associação comercial, tomados um a um, dado níveis de reputação suficientemente altos para que a sombra do futuro também seja suficientemente elevada. Entretanto, o mesmo argumento não encontra correspondência em uma sociedade completamente aleatorizada, em que os indivíduos não possuem quaisquer referências acerca do histórico dos demais jogadores.

Assim, embora não elaborem um modelo matemático para ilustrar este fenômeno, podemos, ao menos abstratamente, imaginar uma forma de jogo em que os participantes teriam a possibilidade de continuar contratando ou trair (a depender do modelo, incorporar a atividade na sua estrutura vertical). As vantagens de trair seriam naturalmente

---

<sup>726</sup> RICHMAN, Barak. Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering. *Columbia Law Review*, No. 104, p. 2328-2367, 2004. p. 15.

<sup>727</sup> Exemplo transposto e ampliado de POSNER, Eric. *Law and Social Norms*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 16.

reduzidas pela existência das sanções, sendo neste caso sanções formais ou informais, reduzindo o incentivo não cooperativo ao aumentar o custo da traição.

Ademais, podemos teorizar que mesmo se jogado em forma de rodada única entre participantes A e B, por exemplo, o fato de que as sanções reputacionais perpassam a rede de comerciantes implica que A, se trair, sofrerá sanções de C, D e E. Então embora o *payoff* individual possa ser mais elevado no momento inicial, o custo da traição (medido em perdas de oportunidades comerciais futuras), se descontado ao momento presente, possivelmente levará ao equilíbrio cooperativo mesmo em um jogo de rodada única. Esta não é senão uma decorrência de um jogo como o Dilema do Prisioneiro em que a sombra do futuro exerce tanta influência na relação e no jogo atual que é capaz de alterar o equilíbrio dominante que se espera do jogo.

Colocar a questão em números, ainda que em uma tentativa teórica de indicar caminhos possíveis, não representaria um exercício frutífero neste momento. Não seria adequado, sem ao menos base empírica extensa, indicar estes fatores de cooperação por meio de uma cifra.

Assim, encerramos a nossa breve análise apontando somente que os elementos abordados nesta dissertação que constituem as sanções reputacionais podem, em um ponto de vista de Teoria dos Jogos ser identificados como fatores de cooperação, aumento da sombra do futuro e elevação dos custos do oportunismo (traição), em razão do fato que a comunidade comercial não somente se encarrega de transmitir a informação sobre a traição, como também constitui o corpo que o comerciante se envolverá em futuras negociações, representando perdas comerciais que extrapolam o mero âmbito da relação e possuem implicações à própria empresa ou ao comerciante.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho propôs apresentar uma perspectiva dual da atuação do comerciante, consistente na sua preocupação perene com as regras de Direito e as regras sociais (ortogonalidade), inserido em um ambiente em que Lei, Contrato e socialização se combinam e se reforçam para estabilizar as relações comerciais.

A metodologia da análise econômica do Direito, aliada a considerações de sociologia e ciências sociais, permitiu que este fenômeno, intrinsecamente multifacetado e multicausal, fosse colocado sob uma perspectiva tripla de Direito-economia-sociedade. Entendemos que apenas por meio de uma abordagem ecleticamente metodológica, que partisse de uma visão econômica, mas englobasse discussões jurídicas e sociológicas, um fenômeno multifacetado desta monta poderia ser propriamente analisado (Capítulo 2).

Para estudá-lo apropriadamente, foi necessário elaborarmos as distinções e conceitos básicos, perpassando a diferenciação entre sanções positivas e negativas; sanções formais e informais; sanções informais contratuais e reputacionais; e sanções informais reputacionais em rede e institucionalizadas. Ao final e ao cabo, decidimos por aprofundar a discussão com base nestas quatro definições de trabalho que não encontram referência direta na literatura, quais seja, as categorias das sanções formais, informais contratuais, informais reputacionais em rede e informais reputacionais institucionalizadas (Capítulo 3).

A história do direito comercial também é a história das **associações** e agremiações comerciais que representaram coletivamente os interesses dos comerciantes, assim como a história do comércio é igualmente a história da formação de complexas **redes comerciais reputacionais** que influenciam decisivamente o sucesso econômico dos comerciantes. Com efeito, os principais desenvolvimentos comerciais da história são um testemunho da força das redes de transmissão de informação. Desconsiderar que as relações comerciais se dão em rede significaria ignorar parte substancial da realidade jurídica, econômica e social dos comerciantes. Conforme elaboramos na seção histórica, as redes comerciais se consolidaram como um instrumento de segurança das transações de longa distância na Europa Medieval e eventualmente se justificaria, por meio de novas formas e modalidades, como um instrumento de mitigação de riscos diversos na Idade Moderna até os tempos atuais. Em essência, as redes

atuarão de forma similar, como um instrumento de aumento da sombra do futuro, da repetitividade das transações, de reforço da confiança e de incentivo para cooperação e cumprimento dos contratos (Capítulo 4).

Estas sanções reputacionais, caracteristicamente não-estatais, visam atingir bem jurídico diverso daquele usualmente contemplado pelas sanções formais (reputação *versus* liberdade e patrimônio), sendo impostas por outros agentes (comerciantes ou instituições comerciais), com interesses particulares e egoísticos, com meios restritos de proteção ao agente sancionado e recorrentemente não limitadas a um território específico (Capítulo 5).

A força das sanções informais reputacionais está diretamente ligada à rede a elas subjacente, porquanto esta rede se encarregará de distribuir a informação necessária aos agentes para que eles possam se comportar em relação ao agente sancionado, seja de forma negativa, *e.g.*, com a cessação das suas relações comerciais atuais e redução da probabilidade de transações futuras, ou de forma positiva, *e. g.*, com a aprovação da conduta do agente. Isto porque, conforme desenvolvemos nos capítulos iniciais, assim como a reputação pode ser boa ou ruim, as sanções podem ser relacionadas à aprovação ou reprovação do agente. A infraestrutura de transmissão – a rede de comerciantes – é idêntica e neutra para a qualidade da informação transmitida. Em todo o caso, os pacotes de informação passarão por uma rede **dinâmica**, em que coexistem **ruídos**, **custos** e **benefícios** para a transmissão da informação, cujo caminho e **topologia** determinam os **fatores de desconto** aplicáveis, incluindo considerações sobre o grau de **confiança** do agente e repetibilidade (**sombra do futuro**) das transações, determinando a **quantidade e qualidade** da informação que alcança o destinatário final. Estes fatores, congregados, formaram o modelo dinâmico de transmissão de informação sobre a reputação desenvolvido neste trabalho (Capítulo 6).

Neste modelo dinâmico de rede, as sanções reputacionais são um fenômeno complexo que simboliza diversas características sobre a própria comunidade de comerciantes que a elas recorre. Elas representam uma **fuga** ao sistema estatal de solução de controvérsias, porquanto **independentes**, apesar de **complementares**, das sanções formais, formando sistemas jurídicos privados. Tomadas por si, elas **signalizam** características positivas e negativas do comerciante com o qual se negocia ou se pretende negociar, atuando também como mecanismo de **governança contratual** e sendo decisivas para determinar a continuidade

ou quebra da relação, atuando como fator de fomento ou restrição da **cooperação**, inibição do **oportunismo** e aumento dos **custos de traição**, e da importância da **sombra do futuro** na relação (Capítulo 7).

Congregando estas considerações, o presente trabalho discutiu as principais temáticas relacionadas às sanções informais reputacionais e a execução dos contratos e buscou uma **abertura hermenêutica** para o desenvolvimento de novas categorias e considerações com fundamento em um modelo dinâmico de transmissão de informação sobre reputação. Entendemos que esta abertura hermenêutica é possível tanto a partir da nova forma de classificação do fenômeno, quanto de cada um dos pontos listados nos capítulos centrais ou mesmo da própria forma de abordagem da temática das normas sociais, socialização e relação em termos de análise econômica do Direito.

Ainda, a contribuição do presente trabalho para o desenvolvimento do estado da arte deste tópico pode ser vislumbrada na mera **abstração e instrumentalização** dos temas relacionados às sanções reputacionais. Isto porque os principais estudos de referência sobre este fenômeno são específicos aos mercados e setores da economia a que eles se referem. Embora não possuímos ambição de formular uma teoria geral, as categorias abstratas, aplicadas concretamente, podem servir de panorama teórico de fundo para o desenvolvimento de estudos mais robustos sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

AHOLA, Tuomas; RUUSKA, Inkeri; ARTTO, Karlos; KUJALA, Jaako. What is project governance and what are its origins? **International Journal of Project Management**, 32, p. 1321-1332, 2014.

AKERLOF, George. The Economics of Caste and of the Rat Race and Other Woeful Tales. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 90, n. 4, p. 599-617, Nov. 1976.

ANDERSON, Linda; CHIRICOS, Theodoro; WALDO, Gordon. Formal and Informal Sanctions: A Comparison of Deterrent Effects. **Social Problems**, v. 25, n. 1, p. 103-114, Oct. 1977.

APPELBAUM, Richard; FELSTINER, William; GESSNER, Volkmar (ed.). **Rules and Networks – The Legal Culture of Global Business Transactions**. Portland: Hart Publishing, 2001.

AQUINO, Thomás de. Summa Theologica. Parte 2, Livro 77, Questão 78.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

AVIRAM, Amitai. The Paradox of the Spontaneous Formation of Private Legal Systems. **John M. Olin Law Law & Economics Working Paper**, n. 192, p. 1-71, 2003.

AXELROD, Robert. An Evolutionary Approach to Norms. **The American Political Science Review**, v. 80, No. 4, p. 1095-1111, Dec. 1986.

AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984.

BAKER, Scott; CHOI, Albert. Crowding In: How Formal Sanctions can Facilitate Informal Sanctions. **UCLA Law and Economics Workshop Fall 2013/Spring 2014**, p. 1-39, 2014.

BARABÁSI, Albert-László, **Linked: the New Science of Networks**. Cambridge: Perseus Publishing, 2002.

BARABÁSI, Albert-László. Network Science. **Philosophical Transactions of the Royal Society**, vol. 371, p. 1-3, 2012.

BARABÁSI, Albert-László. Scale-free Networks: a Decade and beyond. **Science**, vol. 325, p. 412-413, 2009.

BARABÁSI, Albert-László; ALBERT, Réka. Emergence of Scaling in Random Networks. **Science**, vol. 286, p. 509-512, out/1999.

BEAWE, Wyndam. **The Romance of the Law Merchant**. Londres: Sweet & Maxwell, 1923.

BECCARIA, Cesare. **On Crimes and Punishment**. Nova Jérsei: Prentice Hall, 1963 (original de 1764).

BECKER, Gary. Crime and Punishment: an Economic Approach. **Journal of Political Economy**, v. 76, No. 2, p. 169-217, Mar.1968.

BECKER, Gary. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

BECKER, Gary. The Economic Way of Looking at Behavior. **The Journal of Political Economy**, v. 101, No. 3, p. 385-409, Jun. 1993.

BECKER, Howard. **Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance**. Nova Iorque: The Free Press of Glencoe, 1963.

BENEVIDES FILHO, Maurício. O que é Sanção? **Revista da Faculdade de Direito**, v. 34, n. 1, p. 355-373, Jan. 2013.

BENSON, Bruce. The Spontaneous Evolution of Commercial Law. **Southern Economic Journal**, vol. 55, No. 3, p. 644-661, 1989.

BENTHAM, Jeremy. **A Fragment on Government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012 (original publicado em 1776).

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Londres: T. Payne and Son, 1780 (original publicado em 1789).

BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner. **The Modern Corporation and Private Property**. Nova Iorque: Commerce Clearing House, 1932.

BERMAN, Harold. **Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

BERNHEIM, Douglas. A Theory of Conformity. **Journal of Political Economy**, 1994, v. 102, No. 5, p. 841-877, 1994.

BERNSTEIN, Lisa. Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 144, p. 1765-1821, 1996.

BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. **Journal of Legal Studies**, v. XXI, p. 115-157, Jan. 1992.

BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 99, pp. 1724-1790, 2000-2001.

BERNSTEIN, Lisa. Beyond Relational Contracts Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, No. 742, p. 1-71, 2016.

BESANKO, David. **A economia da estratégia**. 5. ed., São Paulo: Bookman, 2012.

BICKLEY, Francis (ed.). **The Little Red Book of Bristol**. Londres: Henry Southeran & Co, 1900. v. 2.

BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

BLUTEAU, Raphael. **Vocabulario Portuguez e Latino**. Coimbra: Collegio das Artes da Companhia de Jesús, 1713.

BOBBIO, Norberto. A função promocional do Direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996

BOBBIO, Norberto. As sanções positivas. In: BOBBIO, Norberto (org.). **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito, In: BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BOTSMAN, Rachel. **Who can you Trust? How Technology Brought us Together and Why it Might Drive us Apart**. Nova Iorque: Penguin Books, 2017.

BOTTCHER, Carlos Alexandre. O Legado Ético e Universalista do Direito Romano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 108, p. 155-167, Jan. 2013.

BOURQUELOT, Félix. **Études sur les Foires du Champagne, sur la Nature, l'Étendue et les Règles du Commerce qui s'y Faisait aux XIIe, XIIIe et XIVe siècles**. Paris: Mémoires présentés par divers savants étrangers à l'Académie, 1865.

BOZOVIC, Iva ; HADFIELD, Gillian. Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations in Support of Innovation. **USC Law Legal Studies Paper**, n. 12-6, p. 1-63, Jan. 2012.

BROECK, Stjin von den; KEMP, Ron; VERSCHOOR, Willem; de VRIES, Anne-Claire. Reputational Penalties to Firms in Antitrust Investigations. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 8, No. 2, p. 231-258, Apr. 2012.



BROWN, Ults; FALK, Armin; FEHR, Ernst. Incomplete Contracts and the Nature of Market Interactions for Empirical Research in Economics. **University of Zurich Working Paper**, No. 38, p. 1-58, Feb. 2002.

BRUNDAGE, James. **The Medieval Origins of the Legal Profession**. v. 1, Chicago: University of Chicago Press, 2010.

CALABRESI, Guido. **The Costs of Accidents: a Legal and Economic Analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970.

CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection**. New Haven: Yale University Press, 2016.

CAVALCANTE, Carolina Miranda. A Economia Institucional e as Três Dimensões das Instituições. **Revista de Economia Contemporânea**, v 18, No. 3, p. 373-392, 2014.

CHARNY, David. Non-Legal Sanctions in Commercial Relationships. **Harvard Law Review**, vol. 104, No. 2, p. 373-467, Dec. 1990.

CHUNG, Wai-Keung; HAMILTON, Gary. Social Logic as Business Logic: Guanxi, Trustworthiness, and the Embeddedness of Chinese Business Practices. *In*: APPELBAUM, Richard; FELSTINER, William; GESSNER, Volkmar (ed.). **Rules and Networks: The Legal Culture of Global Business Transactions**. Portland: Hart Publishing, 2001.

CLARK, Peter. **European Cities and Towns: 400-2000**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

CLAY, Karen. Trade without Law: Private-Order Institutions in Mexican California. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, vol. 13, No. 1, p. 202-231, 1997.

COLEMAN, James. **Foundation of Social Theory**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

COLLINGWOOD, Robin. **The Idea of History**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

COASE, Ronald. The Nature of the Firm. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov. 1937.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960.

COMMONS, John. Institutional Economics. **American Economic Review**, v. 21, p. 648-657, 1931.

CONSTABLE, Marianne. **The Law of the Other: the Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law and Knowledge**. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

CORDES, Albrecht. Lex Maritima in Middle Ages. In BLOCKMANS, Wim; KROM, Mikhail; WUBS-MROZEWICZ, Justyna. **The Routledge Handbook of Maritime Trade**

**around Europe 1300-1600: Commercial Networks and Urban Autonomy.** Oxfordshire: Taylor and Francis, 2017

COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova lex mercatoria e a estabilização das relações comerciais internacionais. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, No. 6, p. 4783-4810, 2013.

DAVIES, John. **The Question concerning Impositions, Tonnage, Poundage, Prizage, Customs &c., Fully Stated and Argued, from Reason, Law and Policy.** Londres: S. G. Henry Twyford, 1656.

DAWSON, John. **A History of Lay Judges.** Nova Jérsei: The Lawbook Exchange, 1999.

DE JONGH, Mathijs. Shareholder Activism at the Dutch East India Company 1622-1625. In KOPPELL, Jonathan (ed.). **The Origins of Shareholder Advocacy.** Nova Iorque: Palgrave Macmillian, 2011.

DIETS, Thomas. **Global Order beyond Law: How Information and Communication Technologies facilitate Relational Contracting in International Trade.** Londres: Bloomsbury, 2014.

DURKHEIN, Émile. **Les Règles de la méthode sociologique.** Paris: Champs Classiques, 2010. Original de 1895.

DURKHEIN, Émile. **The Division of Labor in Society.** Nova Iorque: The Free Press of Glencoe, 1964 (original publicado em 1893).

DURKHEIN, Émile. **The Suicide: a Study in Sociology.** Nova Iorque: The Fress Press, 1951 (original publicado em 1897).

ECKEL, Catherine; WILSON, Rick. Is Trust a Risky Decision? **Journal of Economic Behavior & Organization**, vol. 55, p. 447-465, 2004.

EDLIN, Aaron; REICHELSTEIN. Holdups, Standard Breach Remedies, and Optimal Investment. **American Economy Review**, vol. 86, p. 478-501, 1996.

EDWARDS, Jeremy; OGILVIE, Sheilagh. What Lessons for Economic Development Can We Draw from the Champagne Fairs? **CESifo Working Paper Series**, No. 3438, p. 1-51, 2011.

EERSELS, Ben. **The Craft Guilds are the City – Political Participation in Late Medieval Towns.** Tese (Doutorado em Direito) - Katholieke Universiteit Leuven, Leuven, 2018.

ELLICKSON, Robert. **Order without Law – How Neighbors Settle Disputes.** Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ERDŐS, Paul; RÉNYI, Alfréd. On Random Graphs. **Publicationes Mathematicae**, vol. 6, p. 290-297, 1959.

- ERP, Judith van. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. **Erasmus Law Review**, vol. 1, No. 5, p. 145-162, 2009.
- FAFCHAMPS, Marcel. The Enforcement of Commercial Contracts in Ghana. **World Development**, Vol. 24, No. 3, p. 427-448, Mar. 1996.
- FALK, Armin, FEHR, Ernst, FISCHBACHER, Urs. Driving Forces behind Informal Sanctions. **Econometrica**, v. 73, No. 6, p. 2017-2030, Nov. 2005.
- FALLIS, Alexandre. Evolution of British Forms: A Historical Perspective. **ICAEW Market Foundations**, p. 1-25, 2017.
- FEHR, Ernst; KLEIN, Alexander; SCHMIDT, Klaus. Fairness and Contract Design. **Econometrica**, vol. 75, No. 1, p. 121-154, jan/2007.
- FEHR, Ernst; SCHMIDT, Klaus. Adding a Stick to the Carrot? The Interaction of Bonuses and Fines. **American Economy Review**, vol. 97, p. 177-181, May 2007.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.
- FICHTE, Johann. **Lineamentos de Direito Natural**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000 (original publicado em 1796).
- FONTOURA COSTA, Luciano; OLIVEIRA JÚNIOR, Osvaldo; TRAVIESCO, Gonzalo. Analyzing and modeling real-world phenomena with complex networks: a survey of applications. **Advance in Physics**, vol. 60, No. 3, p. 329-341, Maio 2011.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir – História da violência nas prisões**. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FRANK, Robert. **Passion within Reason: the Strategic Role of the Emotions**. Nova Iorque: W. W. Noton & Company, 1988.
- FRANKOT, Edda. **Of Laws of Ships and Shipmen: Medieval Maritime Law and its Practice in Urban Northern Europe**. Edinburgh University Press, 2012.
- FRANKOT, Edda. The Practice of Maritime Law in the Town Courts of Fifteenth-Century Northern Europe. In LEOS, Muller. **The Dynamics of Economic Culture in the North Sea- and Baltic Region in the Late Middle Ages and Early Modern Period**. Hilversum: Verloren, 2007.

FRIEL, Daniel. Understanding Institutions: Different Paradigms, Different Conclusions. **Revista de Administração**, n. 52, p. 212-214, 2017.

FULLER, Lon. Human Interaction and the Law. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 14, No. 1, p. 1-36, 1969.

FULLER, Lon. **The Morality of Law**. New Haven: Yale University Press, 1964.

GAAB, Jeffrey. **Munich: Hofbräuhaus & History: Beer, Culture, & Politics**. Berna: Peter Lang Inc, 2006.

GADAMER, Hans. **Verdad y Metodo**. v. 2, Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998.

GADE, John. **The Hanseatic Control of Norwegian Commerce during the Late Middle Ages**. Leiden: E. J. Brill, 1951.

GAILLARD, Emmanuel. Aspects Philosophiques du Droit de l'Arbitragem International. **Récueil des cours**, No. 329, p. 49-216, 2007

GAILLARD, Emmanuel. Transational Law: a Legal System or a Method of Decision Making? **Arbitration International**, v. 17, No. 1, p. 59-71, 2001.

GAILLARD, Emmanuel. L'Ordre Juridique Arbitral: Réalité, Utilité et Specificité. **McGill Law Journal**, vol. 55, p. 891-907, 2000.

GARCIA, Marco Aurélio Fernandes. **Mecanismos de Governança Contratual dos Contratos de Aliança e Possibilidade de utilização no modelo EPC brasileiro aplicável ao do Setor de Infraestrutura**. Trabalho de conclusão de Curso (Especialização em Direito Empresarial), Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Orientador Professor Thiago do Amaral Santos, 2017.

GEERTZ, Clifford. **Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture**. Nova Iorque: Basic Books, 1973.

GIBBONS, Don. **The Criminological Enterprise: Theories and Perspectives**. Ann Arbor: Prentice-Hall, 1979.

GILMORE, Grant. **The Death of Contract**. 2a ed., Columbus: Ohio State University, 1995.

GILSON, Ronald; SABEL, Charles; SCOTT, Robert. Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine. **Stanford Law and Economics Olin Working Paper**, No. 389, p. 1-75, Jan. 2010.

GINSBURG, Tom; GAROUPA, Nuno. Reputation, Information and the Organization of the Judiciary. **Journal of Comparative Law**, Vol. 228, p. 228-256, 2009.

GOFF, Jacques Le. **Must We Divide History Into Periods?** Nova Iorque: Columbia University Press, 2017.

- GOFFMAN, Erving. **The Presentation of Self in Everyday Life**. Nova Iorque: Anchor Books, 1956.
- GOLDMAN, Berthold. Frontières du Droit et Lex Mercatoria. **Archives de Philosophie du Droit**, v. IX, p. 177-192, 1964.
- GRAFE, Regina; GELDERBLUM, Oscar. The Rise and Fall of the Merchant Guilds: Re-Thinking the Comparative Study of Commercial Institutions in Premodern Europe. **The Journal of Interdisciplinary History**, vol. 40, No. 4, p. 477-511, 2010.
- GRANOVETTER, Mark. The Strength of Weak Ties. **The American Journal of Sociology**, v. 78, No. 6, p. 1360-1380, May 1973.
- GREEN, Donald; SHAPIRO, Ian. **Pathologies of Rational Choice Theory: a Critique of Applications in Political Science**. New Haven: Yale University Press, 1994.
- GREIF, Avner. Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade: The Maghribi Traders' Coalition. **American Economic Review**, vol. 83, No. 3, p. 525-548, Jun. 1993.
- GREIF, Avner. Reputation and Coalitions in Medieval Trade: Evidence of the Maghribi Traders. **The Journal of Economic History**, Vol. 49, No. 4, p. 857-882, Dec. 1989.
- GRIFFITHS, John. Is Law Important? **New York University Law Review**, v. 54, p. 339-374, 1979.
- GROSSMAN, Sanford; HART, Oliver. The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration. **Journal of Political Economy**, vol. 94, p. 691-719, 1986.
- HABERMAS, Junger. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. vol. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008.
- HAIGHT, Frank. **Handbook of the Poisson distribution**. Nova Iorque: John Willey and Sons, 1967.
- HALL, W. **The Rules of the Sociological Method**, Nova Iorque: The Free Press, 1982.
- HART, Oliver; MOORE, John. Property Rights and the Nature of the Firm. **Journal of Political Economy**, vol. 98 p. 1119-1158, 1990.
- HAYEK, Friedrich. **Studies in Philosophy, Politics and Economics**. Chicago: Chicago University Press, 1973.
- HAZARD, Harry. The Crusader States. In: SETTON, Kenneth, WOLFF, Robert (ed.). **The Later Crusades: 1189-1311**. Madison: University of Wisconsin Press, 1961.
- HERMALIN, Benjamin; KATZ, Michael. Judicial Modification of Contracts between Sophisticated Parties: A More Complete View of Incomplete Contracts and Their Breach. **Journal of Law and Economic Organization**, vol. 9, No. 2, p. 230-255, Oct. 1993.

HILTON, Choi. **Emergent Globalization: a New Triad of Business Systems**. Nova Iorque: Springer, 2004.

HOMANS, George. **The Human Group**. Nova Iorque: Brace and World, 1950.

OAKESHOTT, Michael. **The Leviathan**. Oxford: Blackwell, 1955.

HOLLINGSHEAD, Andrea. The concept of Social Control. **American Sociological Review**, vol. 6, No. 2, p. 217-224, Apr. 1941.

HYLTON, Keith. Law and Economics versus Economic Analysis of Law. **Boston University School of Law Law and Economics Research Paper**, No. 17-40, 2018.

IACOBUCCI, Edward, On the Interaction between Legal and Reputational Sanctions. **Journal of Legal Studies**, v. 43, p. 189-207, 2014.

JOHNSON, Samuel. **A Dictionary of the English Language**. Londres: J. P. Knapton, 1755.

JUURIKALA, Oskari. Law and Social Norms in Contractual Relationships. **Helsinki Law Review**, vol. 1, p. 49-67, 2009.

KADENS, Emily. Order within Law, Variety within Custom: the Character of the Medieval Merchant Law. **Chicago Journal of International Law**, v. 5, No. 1, p. 39-65, 2004.

KADENS, Emily. Pre-Modern Credit Networks and the Limits of Reputation. **Iowa Law Review**, Vol. 100, p. 2429-2455, 2015.

KADENS, Emily. The Medieval Law Merchant: the Tyranny of a Construct. **Journal of Legal Analysis**, v. 7, No. 2, p. 251-289, 2015.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. **John M. Olin Center for Law Economics and Business Discussion Paper**, No. 251, 1999.

KERR, Charles. The Origin and Development of the Law Merchant. **Virginia Law Review**, v. 15, p. 350-367, 1929.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. Observações sobre a sanção (Sanctio) das Leis em Direito Romano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 91, p. 37-43, 1996.

KLEIN, Benjamin. Why Hold-Ups Occur: the Self-Enforcing Range of Contractual Relationships. **Revue d'économie industrielle**, vol. 92, p. 67-80, 2000.

KLEIN, Benjamin; LEFFLER, Keith. The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance. **Journal of Political Economy**, v. 89, No. 4, p. 615-641, Aug. 1981.

KRONMAN, Anthony. **Hart, Austin and the Concept of Legal Sanctions**. Yale Law Journal, No. 84, p. 585-607, 1974.

- LANDA, Janet. A Theory of the Ethnically Homogenous Middleman Group: An Institutional Alternative to Contract Law. **Journal of Legal Studies**, vol. 10, No. 2, p. 349-362, jun/1981.
- LANGE, Paul van; OUWERKERK, Jaap; TAZELAAR, Mirjam. How to Overcome Detrimental Effects of Noise in Social Interactions: the Benefit of Generosity. **Social Psychology**, vol. 82, p. 768, 2002.
- LEE, Yiukan; CAVUSGIL, Tamer. Enhancing alliance performance: The Effects of contractual-based versus relational-based governance. **Journal of Business Research**, vol. 59, p. 896-905, 2006.
- LEITER, Brian. Legal Realisms, Old and New. **Valparaiso Law Review**, No. 47, p. 949-963, 2013.
- LEMERT, Edwin. **Social Pathology**. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1951.
- LINGELBACH, Wiliam. **The Merchant Adventurers of England: their Laws and Ordinances, with Other Documents**. Nova Jérsei: The Lawbook Exchange Ltd., 2010.
- LINK, Bruce. A Modified Labeling Theory Approach to Mental Disorders: An Empirical Assessment. **American Sociological Review**, v. 54, No. 3, p. 400-423, Jun. 1989.
- LUMINEAU, Fabrice; HENDERSON, James. The Influence of Relational Experience and Contractual Governance on the Negotiation Strategy in Buyer-Supplier Disputes. **Journal of Operation Managements**, vol. 30, p. 382-395, 2012.
- MACAULAY, Stewart. Non-Contractual Relations in Business: a Preliminary Study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, Feb. 1963.
- MACKIE, Gerry; MONETI, Francesca; SHAKYA, Holly; DENNY, Elaine. **What are Social Norms? How are they measured?** São Diego: University of California Center on Global Justice, 2015.
- MACNEIL, Ian. Relational Contract Theory: Challenges and Queries. **Northwestern University Law Review**, vol. 94, p. 877-907, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil – Do inadimplemento das obrigações**. v. V, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MATSUEDA, Ross. Reflected Appraisals, Parental Labeling, and Delinquency: Specifying a Symbolic Interactionist Theory. **American Journal of Sociology**, v. 97, No. 6, p. 1577-1611, May 1992.
- McMILLAN, John; WOODRUFF, Christopher. Dispute Prevention without Courts in Vietnam. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, Vol. 15, p. 637-663, 1999.
- McMILLAN, John; WOODRUFF, Christopher. Private Order under Dysfunctional Public Order, **Michigan Law Review**, vol.98, No. 8, p. 2421-2458, 2000.

MEAD, George. **Mind, Self and Society: from the Standpoint of a Social Behaviorist**. Chicago: University of Chicago Press, 1934.

MÉRŐ, László. The Prisoner's Dilemma. In: MÉRŐ, László (org.). **Moral Calculations**. Springer: Nova Iorque, 1998.

MICHAELS, Ralf. The True Lex Mercatoria: Law beyond the State. **Indian Journal of Global Legal Studies**, v. 14, No. 12, p. 447-468, 2007.

MILGRAM, Stanley. The Small-World Problem. **Psychology Today**, vol. 1, No. 1, p. 61-67, May 1967.

MILGROM, Paul; NORTH, Douglass; WEINGAST, Barry. The Role of Institutions in the Revival of Trade: the Law Merchant, Private Judges and the Champagne Fairs. **Economics and Politics**, vol. 2, No. 1, p. 1-23, Mar. 1990.

MITCHELL, Catherine. **Interpretation of Contracts – Current Controversies in Law**. Londres: Routledge, 2007.

MITCHELL, Wesley. The rationality of economic activity. *The Journal of Political Economy*, v. 18, n. 2, p. 97-113, Mar. 1910.

MNOOKIN, Robert; KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the Shadow of Law: the Case of Divorce. **The Yale Journal**, vol. 88, No. 5, p. 950-977, Apr. 1979.

MUNGAN, Murat. A Generalized Model for Reputational Sanctions and the (Ir)relevance of the Interactions Between Legal and Reputational Sanctions. **International Review of Law and Economics**, No. 46, p. 86-101, 2016.

MUSTILL, Michael. The New Lex Mercatoria: the First Twenty-five Years. **Arbitration International**, v. 4, p. 86-109, 1988.

NELSON, Max. **The Barbarian's Beverage: a History of Beer in Ancient Europe**. Routledge: Londres, 2005.

NICOLLE, David. **Forces of the Hanseatic League – 13th-15th centuries**. Oxford: Osprey Publishing, 2014.

NORTH, Douglass. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, pp. 97-112, 1991

PACCES, Alessio; VISSCHER, Louis. Methodology of Law and Economics, In: KLINK, Bart van, TAEKEMA, Sanne (ed.). **Law and Method: Interdisciplinary Research into Law**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

PARSONS, Talcott; SHILS, Edward. The Social System. In: PARSONS, Talcott; SHILS, Edward (ed.), **Toward a General Theory of Action**. Harvard University Press, 1962.



PESENDORFER, Wolfgang. Design Innovation and Fashion Cycles. **American Economic Review**, v. 85, No. 4, p. 771-792, 1995.

PINTO MONTEIRO, Antônio. Responsabilidade Contratual: Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor. **Revista do EMERJ**, v. 7, No. 26, p. 165-178, 2004.

POELMANS, Eline; SWINNEN, Johan. A Brief Economic History of Beer. In SWINNEN, Johan (ed.). **The Economics of Beer**, Oxford: Oxford University Press, 2011.

POSNER, Eric. **Law and Social Norms**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

POSNER, Eric. The Regulation of Groups: the Influence of Legal and Nonlegal Sanctions on Collective Action. **The University of Chicago Law Review**, v. 63, p. 133-197, 1996.

POSNER, Richard. Bentham's Influence on the Law and Economics Movement. **Current Legal Problems**, v. 51, n. 1, p. 425-439, Jan. 1998.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little Brown, 1972.

POSNER, Richard. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

POSNER, Richard. Values and Consequences: an Introduction to Economic Analysis of Law. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, No. 53, 1998.

POSTAN, Michael. Credit in Medieval Trade. **The Economic History Review**, vol. 1, No. 2, p. 234-261, Jan. 1928.

PUTMAN, Robert. **Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community**. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2000.

RASMUSEN, Eric. **Games and Information**. 4. ed., Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 2006.

RASMUSEN, Erik; POSNER, Richard. Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions. **International Review of Law and Economics**, v. 19, p. 369-382, 1999.

REYNOLDS, Susan. **The Middle Ages without Feudalism: Essays in Criticism and Comparison on the Medieval West**. Nova Iorque: Routledge, 2012.

RICHMAN, Barak. Firms, Courts and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering. **Columbia Law Review**, No. 104, p. 2328-2367, 2004.

RILEY, Henry (ed.) **Gildhallae Londoniensis: Liber Custumarum**. Londres: Rolls Series, n. 12, v. 2, p. 205-211, 1860.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no Direito Romano. In: MIRANDA, Jorge (coord.). **O sistema contratual romano: de Roma ao Direito actual**, 2010.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Natureza, função e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito Civil) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

ROSS, Edward. **Social control – a Survey on the Foundations of Order**. Londres: Macmillan & Co, 1901.

SANDARS, Thomas. **The Institutes of Justinian**. Londres: The Lawbook Exchange, 2007.

SALGADO, Gisele. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

SCHELLING, Thomas. Dynamic Models of Segregation. **Journal of Mathematical Sociology**, v. 1, p. 143-186, 1971.

SCHELLING, Thomas. **The Strategy of Conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1960.

SCHILKE, Oliver; COOK, Karen. Source of Alliance Partner Trustworthiness: Integrating Calculative and Relational Perspectives. **Strategic Management Journal**, Vol. 36, p. 276-297, 2015.

SCHMITTHOFF, Clive (ed.). **The Sources of the Law of International Trade, with Special Reference to East-West Trade**. Londres: Stevens and Son, 1964.

SCOTT, Robert. Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts. **California Law Review**, vol. 75, p. 2005-2054, 1987.

SCOTT, Robert. The Case for Formalism in Relational Contract. **Northwestern University Law Review**, Vol. 94, No. 3, p. 847-875, 2000.

SHAVELL, Steven. **Foundation of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SHEPPARD, Steve (ed.). **The Selected Writing and Speeches of Sir Edward Coke**. Vol. 1, Indianápolis: Liberty Fund, 2003.

SKINNER, Burrhus. **Ciência e comportamento humano**. São Paulo: Martins Fontes, 2003 (original publicado em 1951).

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. São Paulo: Saraiva, 2012 (original publicado em 1776).

SPENCE, Michael. Market Signaling: Informational Transfer in Hiring and Related Screening Processes. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 87, No. 3, pp. 355-374, 1973.

TANNENBAUM, Frank. **Crime and the Community**. Boston: Ginn and Co., 1938.

TARDE, Gabriel. **Les lois de l'imitation**. Paris: Editions Kimê, 1890.

TAYLOR, Jeremy. **Ductor Dubitantium: or, the Rule of Conscience in all her General Measures**. 2. ed. Cambridge: Norton for R. Royston, 1671.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1882.

TIROLE, Jean. Incomplete Contracts: Where do we Stand? **Econometrica**, vol. 67, p. 741-781, 1999.

THATCHER, Oliver. **A Source book for Medieval History**. Nova Iorque: Ams Press Inc., 1971.

THOMAS, Charles; BISHOP, Donna. The Effect of Formal and Informal Sanctions on Delinquency: a Longitudinal Comparison of Labeling and Deterrence Theories. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 75, No. 4, p. 1222-1245, 1984.

THOMAS, Diana; LEESON, Peter. The Brewer, the Baker and the Monopoly Maker. **Journal of Entrepreneurship and Public Policy**, vol. 10, No. 1, p. 84-95, 2010.

TRUBEK, David. Max Weber on the Law and the Rise of Capitalism. **Wisconsin Law Review**, n. 720, p. 720-753, 1972.

VEBLLEN, Thorstein. **The Theory of the Leisure Class**. Londres: MacMillian, 1899.

VEBLLEN, Thorstein. Why is Economics not an Evolutionary Science? **The Quarterly Journal of Economics**, v. 12, No. 4, p. 373-397, Jul. 1898.

VITKUS, Simas. Penalty Clauses within Different Legal Systems. **Social Transformations in Contemporary Society**, v. 1, p. 153-162, 2013.

VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje. Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria really Medieval? **Southern Economic Journal**, v. 65, No. 3, p. 427-450, 1999.

WALSH, Peter. **The History & Vindication of the Loyal Formulary or Irish Remonstrance of 1661 against all Calumnies and Censures in several treatises**, Londres: RareBooksClub, 2012 (original publicado em 1723).

WATTS, Duncan; STROGATZ, Steven. Collective Dynamics of “Small-World” Networks. **Science**, vol. 393, p. 440-442, Jun. 1998.

WEBER, Linda, CARTER, Allison. **The Social Construct of Trust**. Nova Iorque: Springer, 2003.

WEBER, Max. **Economy and Society**. Berkeley: University of California Press, 1978.

WEBSTER, Noah. **An American Dictionary of the English Language**. Hartford: Springfield: G & C Merriam, 1828.

WEBSTER, Noah. **Compendious Dictionary of the English Language**. Hartford: Hudson & Goodwin, 1806.

WILLIAMSON, Oliver. Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications: a Study in the Economics of Internal Organization, **Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship**, 1975.

WILLIAMSON, Oliver. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking ahead. **Journal of Economic Literature**, v. 38, pp. 595-613, Sep. 2000.

YIN, Chuan-Yang; WANG, Bing-Hong; WANG, Wen-Xu; ZHOU, Tao; YANG, Hui-Jie. Efficient Routing on Scale-Free Networks based on Local Information. **Physics Letters**, No. 351, p. 220-224, 2006.