

Uma Teoria do Direito e da Informação: Direitos Autorais, Baços, Chantagem e Venda de Informações Privilegiadas*

A Theory of Law and Information: Copyright, Spleens, Blackmail, and Insider Trading

*James Boyle***

Abstract

[Purpose] In this article, Professor Boyle analyzes how the law treats information in four seemingly disparate areas: copyright, genetic information, blackmail, and insider trading. He argues that issues of information regulation, commodification, and access are shaped by two neglected processes of interpretative construction.

[Methodology/approach/design] First, such issues are often decided by categorizing them into implicitly contradictory stereotypes of “public” or “private” information. These conflicting stereotypes are rooted in basic assumptions about politics, markets, and privacy in a Liberal State. Second, Professor Boyle argues that the tension between these stereotypes is often apparently resolved using a seductive image: the romantic author whose original and transformative genius justifies private ownership and fuels public debate.

[Findings] Thus, conventional wisdom, courts, and even economic analysts are more likely to favor granting property rights over information when the controller of that information can convincingly be attributed to the qualities of originality, creativity, and individuality—defining attributes of romantic authorship. This is possible in the domain of copyright and for manipulators, if not sources, of genetic information. Blackmailers and whistleblowers, on the other hand, do not easily fit the mold of the romantic author and are instead classified as transgressors against the “private” and “public” stereotypes of information, respectively.

*Tradutores e editores: Luís Eduardo Barreto Fonseca Tostes Ribeiro; Luiz Eduardo Seixas Martins Filho; William Vezú Doreste; Ana Maria Alexandrino Salmito Nolêto; Ellen Castro Moura Vilas Boas; Lucas Moreira Ribeiro; Matheus da Cunha Maciel. Tradução e publicação autorizada pelo autor do original publicado na *California Law Review*, Vol. 80, Nº 6, 1992.

**James Boyle is William Neal Reynolds Professor of Law at Duke Law School and founder of the Center for the Study of the Public Domain. He has also taught at American University, Yale, Harvard, Boston University, and the University of Pennsylvania Law School. He was one of the original Board Members, and eventually the Chairman of the Board, of Creative Commons. He is the editor of *Critical Legal Studies*, *Collected Papers on the Public Domain and Cultural Environmentalism @ 10* (with Larry Lessig). E-mail: Boyle@law.duke.edu.

[Practical implications] The article concludes by assessing the impact of implicit stereotypes on the politics of the “information age.”

[Originality/value] Professor Boyle argues that the emphasis on the ideology of authorship may be as important to an information society as notions of contractual freedom and wage labor were to a previous industrialized society. This ideology of authorship, he asserts, with its tendency to devalue the claims of sources and the public, has the potential to seriously harm the political and economic structure of the “information age.”

Keywords: Theory of Law and Information. Copyright Law. Insider Information. Information Regulation. Information Age.

Resumo

[Propósito] Neste artigo, o Professor Boyle realiza uma análise do tratamento da lei em relação à informação em quatro áreas aparentemente díspares: direitos autorais, informação genética, chantagem e venda de informação privilegiada. Ele argumenta que questões de regulação da informação, mercantilização e acesso são moldadas por dois processos negligenciados de construção interpretativa.

[Metodologia/abordagem/design] Primeiro, tais questões frequentemente são decididas ao serem categorizadas em estereótipos implicitamente contraditórios de informação “pública” ou “privada”. Esses estereótipos conflitantes têm suas raízes em pressupostos básicos sobre política, mercado e privacidade em um Estado Liberal. Segundo, o Professor Boyle argumenta que a tensão entre esses estereótipos frequentemente é aparentemente resolvida pelo uso de uma imagem sedutora: o autor romântico cujo gênio original e transformador justifica a propriedade privada e alimenta o debate público.

[Resultados] A sabedoria convencional, os tribunais e até mesmo os analistas econômicos são mais propensos a favorecer a concessão de direitos de propriedade sobre a informação quando ao controlador dessa informação podem ser atribuídas de forma convincente as qualidades de: originalidade, criatividade e individualidade, atributos definidores da autoria romântica. Isso é possível no domínio dos direitos autorais e para manipuladores, senão fontes, de informação genética. Chantagistas e informantes não são facilmente encaixados no molde do autor romântico e são classificados, em vez disso, como transgressores contra, respectivamente, os estereótipos “privados” e “públicos” da informação.

[Implicações práticas] O artigo conclui avaliando o impacto dos estereótipos implícitos na política da “era da informação”.

[Originalidade/relevância do texto] O Professor Boyle argumenta que a ênfase na ideologia da autoria pode ser tão importante para uma sociedade da informação quanto às noções de liberdade contratual e trabalho assalariado foram para uma sociedade industrializada anterior. Esta ideologia de autoria, Professor Boyle afirma, com sua tendência a desvalorizar as reivindicações das fontes e do público, tem o potencial de ter fortes efeitos prejudiciais sobre a estrutura política e econômica da “era da informação”.

Palavras-chave: Teoria do Direito e da Informação. Direito Autoral. Informação Privilegiada. Regulação da Informação. Era da Informação.

INTRODUÇÃO

É difícil, hoje, encontrar uma peça futurística que não afirme que estamos entrando na era da informação. No entanto, há poucos estudos críticos sistemáticos que analisam as estruturas retóricas, ideológicas, políticas e, em última instância, legais através das quais lidamos com a informação.¹ Ao mesmo

¹ Entre os estudiosos do Direito, apenas os analistas econômicos do direito parecem interessados em lidar holisticamente com a informação, em vez das categorias doutrinárias nas quais o direito tradicionalmente a dividiu. Os dois exemplos mais marcantes dessa abordagem holística são Frank H. Easterbrook, em "Insider Trading, Secret Agents, Evidentiary Privileges, and the Production of Information" (1981 SUP. Cr. REV. 309), e Edmund W. Kitch, em "The Law and Economics of Rights in Valuable Information" (9 J. LEGAL STUD. 683, 1980). De maneira remanescente à escola realista do direito, esses estudos sugerem que as divisões doutrinárias podem obscurecer a necessidade de formulação de políticas esclarecidas. Easterbrook, por exemplo, está preocupado que, "[s]e o tribunal categorizar casos de informação em nichos de direito de valores mobiliários ou direito probatório, pode deixar de considerar a maneira como o incentivo para produzir informações e as demandas de uso atual entram em conflito." Easterbrook, no texto supracitado, p. 314. Embora eu concorde com a vontade de tratar a informação holisticamente, meus objetivos são bastante diferentes. Mais adiante neste artigo, argumento que, apesar de seu tratamento holístico da informação, a literatura de direito e economia está assolada por uma série de erros conceituais "de base" e Hohfeldianos, e que ela apresenta uma ideologia de incentivo "autoral" como se não fosse uma ideologia, mas um fato empírico. Veja infra Parte IV. Não juristas têm se aproximado das minhas preocupações aqui. O livro de Kim L. Scheppelle, "Legal Secrets", oferece uma análise contratual cuidadosa dos segredos em casos relacionados principalmente a fraude, privacidade e requisitos profissionais de confidencialidade. No processo, ela oferece uma crítica à abordagem de direito e economia no estilo de Chicago e uma defesa interessante da ética informacional igualitária. KIM L. SCHEPPELLE, LEGAL SECRETS: EQUALITY AND EFFICIENCY IN THE COMMON LAW (1988). Críticos literários também contribuíram para a questão. Em um livro recente, Susan Stewart oferece uma análise fascinante da interseção entre o direito e uma série de "crimes da escrita" - falsificação, impostura literária, pornografia e grafite - e a relevância dessa interseção para noções de subjetividade e autenticidade. SUSAN STEWART, CRÍMES OF WRmNG: PROBLEMS IN THE CONTAINMENT OF REPRESENTATION (1991). "Le Droit Saisit par la Photographie" de Bernard Edelman (publicado em inglês como "OWNERSHIP OF THE IMAGE", 1979) vai na direção oposta, oferecendo uma análise althusseriana do direito por meio do exame do direito de propriedade intelectual relacionado a fotografias. No processo, ele destaca alguns dos problemas de objetificação, originalidade e mercantilização que trato aqui. Finalmente, em uma obra futura, Mark Rose oferece uma excelente análise das conexões históricas entre "autoria" e direitos autorais na Inglaterra. MARK ROSE, AUTHORS AND OWNERS: THE INVENTION OF COPYRIGHT (a ser lançado em 1993). O trabalho de Rose tem paralelos e diferenças em relação ao artigo pioneiro de Woodmansee sobre as mesmas questões na Alemanha, veja Martha Woodmansee, "The Genius and the Copyright: Economic and Legal

tempo, a área da doutrina jurídica que reconhece que sua principal preocupação é a informação - propriedade intelectual, convencionalmente definida - é marcada por desacordos severos sobre as proposições mais fundamentais. Por exemplo, dentro do direito autoral, existem disputas contínuas sobre uma ampla gama de questões básicas - a classificação de algo como ideia ou expressão, a definição de "obras factuais" e o dilema de como tratar programas de computador sendo algumas das mais óbvias². Áreas fora da propriedade intelectual, embora superficialmente baseadas no senso comum, também são assoladas por quebra-cabeças conceituais básicos. Chantagem e venda de informações privilegiadas representam formas proibidas de negociação de informações que, quando definidas em termos abstratos, parecem conformar-se exatamente às normas morais e legais aceitas em outras partes da sociedade. No primeiro caso, por que deveríamos proibir que indivíduos privados façam acordos privados em relação à disseminação de informações mantidas privadamente? A venda de informações privilegiadas é ainda mais intrigante. Os mercados são construídos sobre desigualdades estruturadas. Por que não permitir que as pessoas negociem a partir de uma posição de vantagem em informações, assim como permitimos que negociem a partir de uma posição de vantagem em riqueza? Finalmente, se observarmos o tratamento jurídico das informações genéticas - que, juntamente com as informações eletrônicas, podem definir a economia internacional do futuro imediato³ - encontramos um pântano de formalismo, argumentos circulares e teorias incoerentes de propriedade.

Conditions of the Emergence of the 'Author'" (17 EIGHTEENTH-CENTURY STUD. 425, 1984), e minha discussão das valências de uma ideologia de autoria para interpretação e direitos, veja James D.A. Boyle, "The Search for an Author: Shakespeare and the Framers" (37 AM. U. L. REV. 625, 1988). Para uma comparação crítica de nossas abordagens, veja David Saunders & Ian Hunter, "Lessons from the 'Literary': How to Historicise Authorship" (17 CRMAL INQUIRY 479, 491-500, 1991).

² Ver Peter Jaszi, Rumo a uma teoria do direito autoral: as metamorfoses da "autoria", 1991, DUKE LJ 455, 464 ("Atualmente, o padrão superficial da lei de direitos autorais americana está em aparente desordem. Juízes e escritores não conseguem concordar nas proposições mais básicas."); Jessica Litman, The Domínio Público, 39 EMORY L.J. 965, 998 (1990) ("[T]aqui há um amplo precedente decidindo quase todos questões de direitos autorais em quase todas as direções concebíveis.").

³ Aqueles que gostam de distopias ambíguas podem dar uma olhada no Neuromancer, que oferece uma visão ficcional de um mundo organizado em torno do comércio, controle e roubo de dados genéticos e eletrônicos Informação. WILLIAM GIBSON, NEUROMANCER (1984).

Usando esses quebra-cabeças como matéria-prima, este artigo tenta desenvolver uma teoria do direito e da informação. Seu objetivo não é produzir uma fórmula para resolver todos os problemas, mas sim mostrar os temas repetidos e as possibilidades suprimidas pelo nosso tratamento atual das questões de informação. Em particular, o artigo argumenta que as questões de regulação da informação, mercantilização e acesso são moldadas pela interseção de dois processos negligenciados de construção interpretativa. Primeiro, tais questões frequentemente são decididas por um processo não crítico de enquadramento em estereótipos de informação "pública" ou "privada".

Esses estereótipos têm suas raízes em pressupostos relativamente básicos sobre propriedade, sociedade e privacidade em um Estado Liberal. Em segundo lugar, as tensões entre esses estereótipos são frequentemente amenizadas por meio de um apelo a uma imagem específica (e particularmente romântica) da produção de informação - o autor que produz originalidade a partir "do nada" e, portanto, deve ser recompensado com honra e direitos de propriedade. O artigo argumenta que as contradições, pressupostos e lacunas desses dois processos são uma parte importante de qualquer estudo sobre o direito da informação atualmente ou sobre os arranjos sociais futuros da sociedade da informação.

Uma nota sobre o método pode ser pertinente. A primeira metade deste artigo - com sua concentração nos padrões doutrinários e argumentativos gerados pela aparente contradição da "propriedade da informação" - tem certa semelhança com as teorias jurídicas estruturalistas do início dos anos 1980. Assim como os autores desses artigos, eu afirmo que entender um conjunto particular de tensões nos permite ver padrões em desenvolvimentos doutrinários diversificados; relacionar questões legais a conflitos básicos de visão política; antecipar a estrutura da retórica de ambos os lados de qualquer questão e ver as inconsistências morais e políticas na maneira como lidamos com a informação. Isso pode soar suspeitosamente como reivindicações exageradas de ter descoberto a "contradição fundamental" ou até mesmo a roda motriz da história. Meu objetivo é bastante diferente.

Contas estruturalistas e deterministas das forças sociais geralmente argumentam que uma área da vida social - os meios e relações de produção, a mediação da tensão fundamental entre o eu e os outros, ou os padrões de criação de filhos - é o verdadeiro determinante da história. Todo o resto é quimera e superestrutura. As afirmações que faço aqui são muito mais modestas. No máximo, estou tentando delinear a topografia normativa, a geografia de

pressupostos dentro dos quais as questões são formuladas, possibilidades são descartadas, e assim por diante. Essa geografia importa porque exclui algumas opções de consideração (talvez até as exclua de serem vistas) ou provoca um salto apressado para o julgamento, ou porque é uma das muitas forças que moldam o terreno da luta política. Mas as ideias e ideologias que estou descrevendo não estão tão enraizadas na cultura que nunca podem ser criticadas, nem tão determinadas que ditam apenas uma solução: o processo não é nem uma conspiração gigante nem uma estrutura profunda de pensamento determinista e inevitável.

O segundo tema deste artigo é sua crítica à autoria romântica. Eu afirmo que uma série de conceitos associados à noção romântica de "autor" é oferecida como um dispositivo para mediar, adiar ou aparentemente resolver as tensões internas de regular a informação. Na maioria das vezes, os tribunais aceitam a estratégia do autor, mesmo que o "autor" esteja claramente recombinação elementos retirados gratuitamente da esfera pública (ou até mesmo do corpo privado). Meus exemplos desse padrão vêm da doutrina de direitos autorais e do direito de propriedade nas informações genéticas. Ocasionalmente, no entanto, por razões aparentemente relacionadas ao padrão de tensões entre esferas pública e privada, a estratégia do autor é rejeitada, e os supostos "autores" são informados de que não podem lucrar com o uso de suas informações. Chantagem e venda de informações privilegiadas são os dois exemplos dados aqui: ambos pareceriam transações de mercado clássicas, não fosse pelo fato de que envolvem informações e, portanto, evocam todas as contradições e tensões que assolam o tratamento da informação na teoria social liberal. A doutrina da chantagem defende a imagem da esfera privada ao proteger as informações "privadas" definidas subjetivamente por um indivíduo da mercantilização no mercado. A proibição da venda de informações privilegiadas protege a imagem da esfera pública ao impor as ideias de igualdade formal às transações de mercado precisamente porque envolvem informações, em vez de alguma outra forma de poder ou riqueza. Minha tese é fortalecida pelo fato de que a venda de informações privilegiadas parece, pela reação acadêmica, estar particularmente próxima da linha. De fato, o reconhecido crítico pioneiro da lei de uso de informações privilegiadas baseou-se fortemente na retórica do gênio autoral e empreendedor para apoiar a descriminalização.⁴ Talvez os informantes possam ser autores afinal.

⁴ Ver infra texto que acompanha as notas 224-40.

Este aspecto do artigo, especialmente sua discussão sobre a construção social da autoria, lembra a crítica pós-estruturalista. Minha conclusão, com sua dependência tanto da análise econômica quanto da crítica literária, e com sua tentativa de imaginar os efeitos de uma transposição das tradições do liberalismo do século XIX para as relações sociais de uma sociedade da informação, poderia ser estilizada de maneira moderna. Assim, para aqueles interessados, este artigo apresenta uma espécie de bolo de camadas dos métodos intelectuais dos últimos quinze anos. Havia uma razão por trás desse ecletismo metodológico. Minha esperança é que este artigo seja visto como um exemplo de engajamento construtivo entre as principais escolas de estudos jurídicos, levando analistas econômicos a considerar a construção interpretativa que fundamenta suas teorias, incentivando os adeptos da lei e literatura a olhar além do texto para a estrutura de incentivos por meio da qual o texto foi criado, e instigando estudiosos críticos de direito a levar a sério seu compromisso declarado de decodificar a construção social da realidade de uma maneira que produza sugestões práticas para a mudança. No entanto, eu tentei, na medida do possível, garantir que a familiaridade com esses movimentos acadêmicos não seja necessária para entender os argumentos centrais apresentados aqui.

A estrutura do artigo replica a desta introdução. Na Parte I, eu estabeleço os quatro temas mencionados no título do artigo. Meu objetivo é tratá-los como enigmas acadêmicos dignos de solução por si próprios e como estudos de caso que nos ajudam a lançar as bases para uma teoria do direito e da informação. Nas Partes II e III, argumento que as disputas doutrinárias e confusões em todas essas áreas podem ser compreendidas de maneira útil como reflexos de um conjunto de tensões básicas, em particular as tensões entre público e privado, discurso e propriedade, igualdade formal e *restitutio in integrum*. Essas tensões são especialmente delicadas porque o discurso, o debate e a troca de informações são tão importantes para a visão liberal de política e economia, e para a construção dos domínios público e privado.

Na Parte IV, volto-me para a área da economia da informação. As incertezas e tensões no discurso jurídico e político convencional sobre informação, combinadas com a óbvia importância analítica de conceitos como incentivos à produção e barreiras à troca, tornam as questões de informação particularmente suscetíveis à análise econômica. Acadêmicos jurídicos agora recorrem rotineiramente a conceitos microeconômicos, seja dos "problemas de bens públicos da propriedade intelectual" ou dos atributos de um "mercado de capitais eficiente", para resolver problemas na produção, geração,

mercantilização ou uso de informações. Essa confiança na análise econômica é justificada? Com base na literatura teórica recente e na estrutura de tensões descrita neste artigo, argumento que a economia da informação é paradoxal, ou pelo menos aporética.⁵ Consequentemente, ela não oferece alívio real das dificuldades da teoria do estado liberal ou da topografia indeterminada do "público" e "privado".

Às vezes, os economistas tratam a informação como apenas mais um produto, algo que deve ser mercantilizado se os produtores devem ser incentivados a produzi-lo. Em outros momentos, tratam-na como parte da estrutura de mercado: infinita, perfeita e circulando sem impedimentos. Argumento que a microeconomia contemporânea oferece apenas a base mais intuitiva para avaliar qual "aspecto" da informação é fundamental para a análise. No entanto, ela também não oferece uma maneira convincente de reconciliar os "aspectos" concorrentes em uma ordenação única correta de preferências ou estrutura de compensações. Qualquer tentativa de reconciliação termina em paradoxo, um fato observado por pelo menos um par proeminente de economistas.⁶ Na verdade, a informação apresenta quase o mesmo tipo de dificuldades para a economia neoclássica que o aluguel apresentava para a economia clássica: é o caso problemático em que as premissas básicas da disciplina entram em conflito entre si.

⁵ Aporia - e sua forma adjetiva, aporética - significa literalmente "em um estado de dúvida". Filósofos e teóricos políticos têm divergido sobre a adequação do uso do termo "paradoxo" ou "contradição" para descrever algumas das situações que eu apresento neste artigo. Minha afirmação é que a informação pode (e deve) ser definida tanto como uma mercadoria, cuja produção e distribuição podem ser analisadas dentro do modelo, quanto como uma parte constituinte do próprio modelo. Aporia pareceu a palavra mais apropriada para usar, porque, quer alguém escolha ver isso como uma linha teórica fundamental, ou uma mera objeção que pode ser resolvida alterando o nível e o foco da análise, a natureza da informação está "em um estado de dúvida" e o resultado de qualquer análise econômica específica será profundamente diferente dependendo de qual aspecto for escolhido. Como "aporia" pode ser uma palavra não familiar para aqueles que não amam nem a retórica clássica nem a filosofia idealista alemã, uso a palavra "paradoxo" de forma intercambiável. A menos que especificado de outra forma, é a essa qualidade dupla e, portanto, duvidosa, da informação à qual estou me referindo. Outros paradoxos bem conhecidos têm estrutura semelhante, por exemplo, o barbeiro de Sevilha, que é "um homem" e "o barbeiro", então se o barbeiro faz a barba de todos os homens que não fazem a barba eles próprios... ? Para uma explicação do paradoxo criado pela ideia de um mercado eficiente em termos de informação, consulte o texto abaixo acompanhando as notas 69-77.

⁶ Ver infra texto anexo à nota 83.

Embora algumas análises econômicas reconheçam as indeterminações envolvidas na escolha de qual aspecto da informação destacar, a maioria permanece silenciosa sobre o problema. Na verdade, tais análises frequentemente são "fundamentadas" em um apelo subtextual, e provavelmente inconsciente, a uma visão específica da produção de informação - o estereótipo do autor romântico ao qual me referi anteriormente. Consequentemente, argumento que, embora a economia estruture algumas das questões de regulação da informação de maneira eficaz, a percepção de que ela é capaz de resolver rotineiramente essas questões é falsa, uma falsidade com grandes consequências.

Na Parte V, argumento que, dentro do sistema jurídico, o conceito de propriedade tradicionalmente suporta a resolução das tensões entre público e privado, mas o faz de maneiras que simplesmente reafirmam essas tensões. Assim, quando nos voltamos para um campo que pode ser melhor descrito como propriedade na informação, temos um conjunto de contradições que é literalmente redobrado.

Na Parte VI, testo a hipótese acima ao me voltar para o primeiro dos meus quebra-cabeças ou estudos de caso, a estrutura da doutrina de direitos autorais. Eu traço a evolução paralela da ideia romântica de autoria - uma noção que teria sido alienígena para Shakespeare - e o desenvolvimento do conceito de propriedade intelectual. Minha argumentação é que o direito autoral oferece uma estratégia mediadora vital, uma constelação de ideias retóricas, conceituais e temáticas que parecem resolver as tensões que descrevi até agora. Essa constelação é formada pela figura do autor romântico, pelo tema da "criação original" e pela distinção entre "ideia" e "expressão". Ela aparentemente fornece uma base para direitos de propriedade parciais e limitados sem levantar o espectro da propriedade como simplesmente uma concessão estatal utilitária e revogável; ela justifica a concessão de direitos de acordo com uma teoria do trabalho de propriedade sem espalhar esses direitos muito amplamente; e ela resolve a tensão entre público e privado ao dar a ideia ao mundo público e o direito de propriedade na expressão ao escritor.⁷ Ao apelar para uma noção

⁷ Essa constelação de ideias parece resolver muitos dos paradoxos na regulamentação da informação que se encontram em outras áreas de regulamentação da informação, mesmo aquelas muito distantes da criação literária. Uma manifestação particularmente fascinante dessa tendência está no fato de que muitos economistas e analistas econômicos do direito parecem tão fascinados pela visão romântica da autoria quanto seus precursores econofóbicos. Uma razão para esse estado improvável de coisas pode ser que

específica de progresso e criação, a ideia de "originalidade" minimiza as dívidas com a linguagem, cultura e gênero, justificando assim a concessão de monopólios limitados, e até de monopólios centrados em torno de informações.

As próximas duas partes exploram a forma como a mercantilização da informação levanta diferentes problemas, dependendo se a situação é classificada como "privada" ou "pública". No caso da chantagem, discutida na Parte VII, a capacidade de controlar a informação - sozinha, em relação a todos os outros recursos sociais - parece ser central para nossa concepção de personalidade. No caso do uso de informações privilegiadas, discutido na Parte VIII, vemos as vantagens da informação, ao contrário de outras vantagens de riqueza ou poder, como sujeitas à norma da igualdade. Em ambos os casos, argumento que se olharmos para a informação de forma holística, em vez de dentro de suas caixas doutrinárias mais estreitas, esses dois tópicos de disputa acadêmica de longa data podem ser explicados, se não resolvidos efetivamente. Em ambos, uma recusa em mercantilizar a informação é justificada em parte por um ato intuitivo de "classificação" em domínios de publicidade ou privacidade, cada um com suas próprias ideias sobre justiça e suas próprias teorias de direitos.

O papel mediador do autor também é relevante para pelo menos um desses dois assuntos. A chantagem não nos oferece uma figura convincente de autor à qual atribuir um direito de propriedade. Mas no uso de informações privilegiadas, uma área em que a descriminalização foi seriamente sugerida e defendida, as coisas são bastante diferentes. No final da Parte VIII, mostro que o argumento germinal para a descriminalização do uso de informações privilegiadas realmente se baseia em uma invocação estranhamente perfeita da retórica do autor romântico ou, neste caso, do empreendedor romântico. Este argumento define o empreendedor em termos de originalidade, em termos da destruição criativa de arranjos estabelecidos. Por esta visão, o uso de informações privilegiadas é um monopólio limitado em informação que recompensa o empreendedor por seus esforços e, assim, garante atos empreendedores adicionais. Assim como no direito autoral, a sociedade é supostamente compensada pelos avanços e contribuições que o grande gênio produz. Diante de uma contribuição tão essencial para o progresso humano, o que é um pequeno monopólio aqui e ali?

uma dependência inconsciente da ideia de autoria romântica esconde as aporias da economia da informação, até mesmo dos próprios analistas.

De maneira mais geral, afirmo que o exame da literatura e jurisprudência sobre o uso de informações privilegiadas fornece evidências de ambos os processos que este artigo descreve: a classificação de questões de informação em "públicas" e "privadas" e a atratividade do conceito de autor como um dispositivo para reconciliar, ou pelo menos obscurecer, nossas noções conflitantes sobre informação.

O último quebra-cabeça, discutido na Parte IX, provém do caso *Moore v. Regents da Universidade da Califórnia*,⁸ um caso que trata da propriedade e controle de informações genéticas. O caso Moore apresenta, em miniatura, cada um dos conflitos mencionados neste artigo: o choque entre uma visão de direitos de propriedade como absolutos ou relativos, entre a caracterização pública e privada da informação, entre o mercado e a "privacidade" e entre direitos naturais e os direitos do trabalho criativo. Minha análise tenta mostrar as consequências, para "fontes" como o Sr. Moore, de um regime de direitos construído em torno da noção de autoria romântica.

Na Conclusão, apresento três argumentos. Primeiro, o artigo demonstra um método específico de "resolver" questões de regulação da informação ao classificar o problema em uma de uma série de visões contraditórias da informação. Segundo, apesar de Michel Foucault, do pós-modernismo e da morte do romance, a visão romântica da autoria é mais importante hoje do que foi para Fichte e Krause, Pope e Macaulay. A facilidade com que a visão romântica parece resolver as tensões que descrevo neste artigo é uma das chaves para o seu sucesso ou fracasso. Às vezes, a visão romântica pode estar "certa". No entanto, suas reivindicações a-históricas de universalidade e suas reivindicações exageradas sobre os incentivos necessários à produção, para não mencionar seu romantismo excessivo, a tornam um modelo perigoso para a regulação da informação. Usando uma série de exemplos, desde o desenvolvimento de software até a fabricação de produtos farmacêuticos, argumento que a visão romântica nos cega para as reivindicações pragmáticas, morais e distributivas tanto das "fontes" quanto da audiência.

A última seção da conclusão é mais especulativa. Além da minha tentativa de reorientar debates acadêmicos em andamento sobre direitos autorais, chantagem, uso de informações privilegiadas e informações genéticas, este artigo tem um objetivo mais amplo. Parece razoável presumir que estamos entrando em um mundo que será cada vez mais estruturado em torno da coleta,

⁸ 793 P.2d 479 (Cal. 1990), cert. negado, 111 S. Ct. 1388 (1991).

manipulação e uso de informações. Pelo menos no início, esse mundo será discutido, debatido e regulamentado usando ideias sobre informação que vêm de uma sociedade em que a informação tinha um conjunto bastante diferente de relações com o poder econômico e a retórica de direitos. Portanto, a última seção da conclusão reflete sobre como o "mundo da informação" poderia e deveria ser.

Um de nossos maiores legados culturais é uma coleção de ferramentas intelectuais que nos ajudam a entender tanto o apelo quanto às limitações da retórica de direitos produzida por uma sociedade como a nossa. Assim, temos uma rica tradição de comentários intelectuais sobre a produção e distribuição de objetos tangíveis e sobre as consequências da divisão entre capital e trabalho, entre propriedade e controle, entre público e privado. Esse comentário produziu ferramentas conceituais como a teoria do valor-trabalho, a análise *pigouviana* de externalidades e a crítica da divisão público/privado. Tais ferramentas têm limitações profundas e deficiências analíticas, mas nos ajudam a descobrir aquilo que é suprimido ou tornado invisível pela esmagadora familiaridade de nossos arranjos sociais. A última seção do artigo tenta imaginar algumas ferramentas equivalentes para a sociedade da informação.

Uma última observação sobre o método pode ser relevante. Meu objeto neste artigo é a "informação". Em outros lugares, expliquei minha rejeição da visão essencialista da linguagem⁹ e das ideias disciplinares associadas a ela.¹⁰ Vejo este artigo como uma continuação desse trabalho, em vez de uma renúncia a ele. Se não estou afirmando que há algum componente pré-existente e essencial que une cada questão de "informação" "adequadamente chamado"¹¹, o que mantém unidos os exemplos usados neste estudo? Minha atitude em relação à definição neste artigo foi pragmática, no sentido mais amplo desse termo. Com Felix Cohen, acredito que uma "definição ... é útil ou

⁹ James Boyle, *The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*, 133 U.P.A. L. REV. 685 (1985).

¹⁰ James Boyle, *Ideals and Things: International Legal Scholarship and the Prison-House of Language*, 26 HARV. INT'L L.J. 327 (1985) [doravante Boyle, *Ideals and Things*]; James Boyle, *Thomas Hobbes e the Invented Tradition of Positivism: Reflections on Language, Power, and Essentialism*, 135 U. PA. L. REV. 383 (1987), 135 U. PA. L. REV. 383 (1987) [doravante Boyle, *Thomas Hobbes*].

¹¹ Veja 1 JOHN AUSTIN, *PALESTRAS SOBRE JURISPRUDÊNCIA* 167 (Robert Campbell ed., 5ª ed., Londres, John Murray 1885).

inútil... [é] útil se protege contra riscos de confusão mais sérios do que qualquer que a definição em si contenha".¹²

Neste artigo, concentrei-me na comunicação, manipulação e comércio do conhecimento, seja encontrado em RNA, tipo de letra, código de programador ou fotografias de chantagistas, e nas partes que são consideradas os proprietários legítimos, controladores ou públicos desse conhecimento. Isso me levou a questões afins apresentadas pelo direito autoral, mesmo que "Pierre Menard: Verdadeiro Autor de Dom Quixote" e "O Nome da Rosa" normalmente não sejam vistos como "informação".¹³ Trazer essas áreas díspares juntas tem suas vantagens. Cada uma dessas áreas envolve situações em que o controle tangível de uma única coisa não é suficiente. A mesma fotografia comprometedora nas mãos de um chantagista, um pedaço de software, um romance de sucesso ou um programa genético conectado a um tanque de E. coli com genes modificados pode ser usado para produzir um número infinito de cópias. Em cada uma delas, é a mensagem, e não o meio, que é central para a análise. Em cada uma, é necessário enfrentar a divisão e a desagregação do conceito de propriedade, e assim por diante.

Para alguns, essa abordagem pode parecer duvidosa. Economistas profissionais concentraram-se na "inovação" em vez da "informação" - especialmente na cobertura de propriedade intelectual, mas ocasionalmente até na cobertura de questões como venda de informações privilegiadas. Escolhi deliberadamente me afastar dessa literatura e usar uma definição ampla e aberta de informação como meu conceito organizador. Em parte, essa escolha decorre da crença de que há coisas interessantes a serem ditas sobre ambos os níveis de generalidade, e que a informação era a caixa conceitual na qual meus interesses teóricos particulares se encaixavam mais adequadamente. Minha escolha

¹² Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. EU. Rev. 809, 835-36 (1935).

¹³ A lei de patentes oferece um campo tão rico para análise. Eu a excluí em parte devido ao cansaço e falta de espaço, mas também por um julgamento tentativo de que ela depende de uma estrutura conceitual semelhante à da lei de direitos autorais. Ambas as áreas aplicam uma noção de "originalidade" que suprime a importância da cultura, linguagem e comunidade científica. Ambas exibem o mesmo padrão estrutural de divisão binária interna, embora o conteúdo das divisões não seja idêntico. (Considere a proteção de direitos autorais da expressão, não da ideia, e a patenteabilidade da função, não da forma.) Em cada caso, é a manifestação do tipo apropriado de genialidade que recebe proteção, enquanto o restante é dado ao domínio público. Minha própria formação me leva a usar a ideia de autoria romântica como o conceito organizador. Deixo em aberto a questão de saber se uma análise semelhante poderia ser realizada usando a ideia de "inventor".

também decorre do fato de que os estudos que se concentram na "inovação" estão destinados a repetir o paradigma do gênio transformador original, em vez de submetê-lo a uma avaliação crítica em cada um dos novos contextos em que é implantado.¹⁴ Por si só, é claro, essas observações explicativas não poderiam

¹⁴ Alguns escritores parecem assumir que a produção, seja industrial ou literária, é marcada por duas formas distintas - uma representando ciência imitativa, orgânica, normal, a outra inovadora, original e transformadora. Isso é verdade tanto para Schumpeter quanto para Wordsworth. Veja JOSEPH A. SCHUMPETER, *THE THEORY OF ECONOMIC DEVELOPMENT* (trad. Redvers Opie, Oxford University Press 1961) (1934). Fico satisfeito em descobrir que um dos estudos econômicos mais detalhados empiricamente e historicamente sensíveis sobre tecnologia e inovação ecoa minha insatisfação com essa conclusão. Paul David explica que achou muito mais útil conceber a inovação em termos de modificação de processos específicos existentes do que em termos de transformação abrangente em toda a indústria.

"[A] conceituação convencional do economista de inovação tecnológica como uma mudança em uma função de produção neoclássica - uma alteração nas relações entre insumos e saídas em toda a gama de técnicas conhecidas - tem se mostrado menos útil do que se poderia desejar. Em mais de uma ocasião, infelizmente, ela levou as discussões históricas sobre invenção e difusão a paradoxos e confusões."

PAUL A. DAVID, *TECHNICAL CHOICE, INNOVATION AND ECONOMIC GROWTH: Essays* ON

AMERICAN AND BRITISH EXPERIENCE IN THE NINETEENTH CENTURY

2. A conclusão de David é que

"uma compreensão mais profunda das condições que afetam a velocidade e a extensão final da difusão de uma inovação só pode ser obtida analisando explicitamente o problema específico de escolha de técnica [sic] que sua chegada apresentaria a membros objetivamente dissimilares da população relevante (histórica) de adotantes potenciais.

... Fazê-lo, no entanto, questiona vigorosamente a propensão dos historiadores da tecnologia de separar sua tarefa em dois empreendimentos distintos: escrever a 'história das práticas comuns' e a 'história das invenções', e supor que será útil continuar a buscar cada empreendimento de maneira bastante independente do outro."

Id. em 5. Neste artigo, eu destaco que a fixação em autores, inventores e empreendedores tende a obscurecer a importância da continuidade, endividamento e evolução, além de enfatizar demais a transformação, originalidade e revolução. Ao afirmar que essa visão de criação subestima gênero, tradição e fonte, destaco que ela também ignora os papéis contraditórios que se espera que a informação desempenhe - mesmo dentro do mundo da microeconomia. Consequentemente, argumento que não se pode tirar conclusões gerais como as que a maioria dos economistas e historiadores tiraram sobre a relação de qualquer tipo específico de informação ou inovação com alguma forma legal abstrata. Por razões óbvias, meu uso da categoria conceitual mais ampla de informação facilita consideravelmente esse argumento. A narrativa de David, com seu destaque nas circunstâncias diferentes, evidências empíricas particulares e a relação íntima entre a "inovação" e as práticas que ela modifica, parece apoiar pelo menos parte desse esforço.

justificar minhas escolhas. No final, será o trabalho criado a partir dos materiais assim reunidos que justificará ou desacreditará os critérios de inclusão. Por razões epistemológicas, se não por outras, a prova do pudim está em comê-lo.

I

QUATRO ENIGMAS

A. Direitos Autorais

Nada é mais familiar ao estudante de propriedade intelectual do que a alegação de que se trata de uma área de dificuldades conceituais incomuns. Temos até mesmo autoridade judicial para a proposição de que os direitos autorais se aproximam "mais do que qualquer outra classe de casos pertencentes a discussões forenses, do que pode ser chamado de metafísica do direito, onde as distinções são, ou pelo menos podem ser, muito sutis e refinadas, e, às vezes, quase fugazes."¹⁵ À primeira vista, o estado atual da doutrina de direitos autorais pareceria justificar essa conclusão. O recém-chegado ao campo é rapidamente deslumbrado pelas questões aparentemente básicas que surgem mesmo em casos relativamente mundanos. Qual é a distinção entre idéia e expressão?¹⁶ Os números de página nos relatórios da *West Law* ou as compilações alfabéticas de

¹⁵ *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 344 (C.C.D. Mass. 1841) (No. 4,901)

¹⁶ "Ninguém jamais foi capaz de fixar esse limite, e ninguém jamais conseguirá." *Nicolas v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930) (Hand, J.); veja também *Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp.*, 274 F.2d 487, 489 (2d Cir. 1960) (Hand, J.) ("Obviamente, nenhum princípio pode ser declarado quando um imitador foi além da cópia da "idéia" e tomou emprestada sua expressão."). A questão mais fundamental, entretanto, não é como fazer a distinção entre ideia e expressão, mas por que desenhá-la. Por que é que os direitos de autor não protegem as ideias? Alguns escritores repetiram a justificativa por não proteger os factos ao sugerir que as ideias têm a sua origem no domínio público. Outros sugeriram que "meras ideias" podem não ser dignas do estatuto de propriedade privada. Alguns autores sugeriram que as ideias não são protegidas devido às restrições impostas sobre direitos autorais pela primeira emenda. A tarefa de distinguir ideias de expressão em para explicar por que a propriedade privada é inadequada para um, mas desejável para o outro, no entanto, permanece indefinido. Litman, nota supracitada 2, em 999 (notas de rodapé omitidas). Num ponto posterior, argumentarei que o contraditório estrutura ideológica descrita nestas páginas é a explicação mais plausível para a propriedade dos direitos autorais. confiança na dicotomia ideia-expressão. Ver *infra* Parte VI.

nomes em um diretório telefônico são realmente passíveis de direitos autorais?¹⁷ Quais são os critérios para decidir tais casos: A originalidade da obra? A quantidade de trabalho investido nela?¹⁸ A perda potencial para o compilador original, ou o lucro potencial para a parte que copia, ou para a sociedade?¹⁹ Alguém pode ser dono de "fatos"?²⁰ Um programa de computador como o "Windows" viola os direitos autorais do sistema operacional da Apple se tiver uma "aparência" ou "sensação" semelhante, independentemente de essa aparência ou sensação ser produzida por linhas de código de computador que de forma alguma se assemelham à obra original?²¹ Qual é a extensão da exceção de "uso justo" aos direitos autorais?²² Até onde se estende o "domínio público"

¹⁷ Veja L. Ray Patterson & Craig Joyce, *Monopolizing the Law: The Scope of Copyright*

Protection for Law Reports and Statutory Compilations, para Relatórios Legais e Compilações Estatutárias. 36 UCLA L. REV. 719, 720-28 (1989) (relatando a disposição de um tribunal distrital de conceder, e a disposição de um tribunal distrital de afirmar, um liminar contra o uso de números de página West pela LEXIS da Mead Data Central serviço). Mas veja *Feist Publications v. Rural Tel. Servo Co.*, III S. Ct. 1282, 1297 (1991) (mantendo que as páginas brancas telefônicas não têm direito à proteção de direitos autorais e que seu uso não constitui infração).

¹⁸ Veja Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO. LJ 287 (1988) (investigando as duas "grandes" teorias da propriedade intelectual – trabalho e personalidade); Alfredo C. Iene, *Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession*. 51 OHIO ST. LJ 517 (1990) (defendendo a restauração do patrimônio de direito natural da lei de direitos autorais, em parte por meio de uma investigação dos direitos que um autor deve receber pelo seu trabalho).

¹⁹ Wendy J. Gordon, *Towards a Jurisprudence of Benefits: The Norms of Copyright and the Problem of Private Censorship*, 57 U. CHI. L. REV. 1009, 1037-49 (1990) (resenha do livro).

²⁰ "As características mais notáveis da atual doutrina de direitos autorais relativa a 'obras factuais' são a sua incoerência e instabilidade." Peter Jaszi, *Fact Works and All That-A* (Ligeiramente) Estruturalista Visão geral, em *FUNDAMENTALS OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW PRACTICE BEFORE AGENCIES, COURTS AND IN CORPORATIONS* 348, 348 (1987).

²¹ Um juiz distrital federal concedeu uma decisão prejudicial a favor da Apple. *Apple Suit Advances*, LA TIMES, 7 de março de 1991, em D2.

²² Por exemplo, a Suprema Corte se recusou a permitir que *The Nation* copiasse trechos da autobiografia do Presidente Ford, apesar de o relato de notícias ser mencionado como um dos exemplos estatutários da exceção de uso justo. "A promessa do direito autoral seria vazia se pudesse ser evitada apenas rotulando a infração como um uso justo de 'relato de notícias' do livro." *Harper and Row, Publishers v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 557 (1985). Se a divulgação de trechos das memórias de um ex-presidente por uma revista de notícias é vista meramente como uma alegação de "relato de notícias", então o que conta como relato de notícias real, suficiente para atender ao teste de uso justo? Para um estudo magistral sobre a lei de uso justo, que realmente discute tanto os

e como devemos concebê-lo?²³ A lista de perguntas poderia ser estendida quase infinitamente. De fato, em um comentário sobre o estado da doutrina de "obras de fato" que poderia ser aplicado a todo o campo de direitos autorais, um estudioso colocou o ponto sucintamente: "[H]á ampla jurisprudência decidindo quase todas as questões de direitos autorais em quase todas as direções concebíveis."²⁴ Existe algo particular sobre propriedade intelectual que explique esse aparente caos doutrinário?

B. Chantagem

Por que a chantagem é ilegal? O crime é definido como uma "[e]xigência ilegal de dinheiro ou propriedade sob ameaça de causar danos corporais, danificar propriedade, acusar de crime ou expor defeitos

objetivos utilitaristas quanto os utópicos que a lei de direitos autorais deveria promover, veja William W. Fisher III, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1659, 1661-95 (1988). Fisher é mais otimista sobre o caso *Nation*. Mais adiante neste artigo, argumento que até mesmo os defensores de uma doutrina de uso justo expansiva não deram atenção suficiente ao papel dessa doutrina na construção do domínio público, ou seja, em fornecer ou disseminar a matéria-prima da qual futuras criações intelectuais podem ser construídas. Veja, por exemplo, Litman, nota supracitada 2. Landes e Posner, por outro lado, são muito cuidadosos ao mencionar esse aspecto da doutrina de direitos autorais e parecem concordar que sua importância é subestimada - um fenômeno para o qual eles não oferecem uma explicação específica. William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEGAL STUD. 325, 357-61 (1989).

²³ Ver Litman, nota supracitada 2, em 968, 999 (argumentando que "as justificativas para o domínio público tornam-se menos satisfatórias no nível mais fundamental" e propondo que o domínio público deveria ser entendido "não como o domínio do material que não é digno de proteção, mas como um dispositivo que permite que o resto do sistema funcione, deixando a matéria-prima da autoria disponível para uso dos autores"). Ocasionalmente, os juízes parecem dispostos a reconhecer este lado do domínio público, embora geralmente "equilibrem" os seus comentários com uma ponta do chapéu à ideia de genialidade original.

Na verdade, na literatura, na ciência e na arte, há, e pode haver, poucas coisas, se houver, que, num sentido abstrato, são totalmente novas e originais. Todo livro de literatura, ciência e arte toma emprestado, e deve necessariamente tomar emprestado, e usa] muito do que era bem conhecido e usado antes... Nenhum homem escreve exclusivamente a partir de seus próprios pensamentos, sem a ajuda e sem a instrução dos pensamentos dos outros. Os pensamentos de cada homem são, mais ou menos, uma combinação do que outros homens pensaram e expressaram, embora possam ser

modificado, exaltado ou melhorado por seu próprio gênio ou reflexão.

Emerson v. 615, 619 (CCD Mass. 1845) (No. 4.436).

²⁴ Litman, nota supracitada 2, em 998.

vergonhosos." ²⁵ É fácil entender que a exigência de dinheiro seja ilegal quando as ameaças que a acompanham são de danos corporais ou danos à propriedade. Afinal, essas ameaças em si são ilegais por outros motivos. Também é possível explicar por que você não pode exigir dinheiro como preço por abster-se de acusar alguém de um crime. Mas e quanto ao caso em que um indivíduo privado pede a outro indivíduo privado dinheiro como preço por não revelar informações legalmente obtidas sobre atividades perfeitamente legais em si mesmas: "Se você não me pagar \$100, vou revelar ao seu namorado o fato de que vi você saindo da casa de outro homem às duas da manhã." Afinal, neste caso seria perfeitamente legal seguir adiante com a ameaça. Claramente, a pessoa chantageada não deseja pagar, mas então muitos de nós não desejamos pagar quando outros nos pedem dinheiro, dizendo-nos que se não atendermos às suas exigências, eles seguirão algum curso legal e desagradável de ação. Como a chantagem difere de um time de beisebol "exigindo" concessões de uma cidade e dos residentes locais (na forma de reduções de impostos e vagas de estacionamento, por exemplo) sob a ameaça de transferir o time para outra cidade? É uma questão que supõe a resposta dizer que o time de beisebol tem o direito de fazer isso, enquanto o chantagista não tem. Afinal, esse é exatamente o ponto que devemos explicar.

Estudiosos têm se aproximado da chantagem como vespas em um piquenique. Landes e Posner, Goodhart, Nozick, Coase e Epstein sugeriram explicações²⁶ - nenhuma delas muito convincente. A mercantilização desse tipo de informação é geralmente repudiada e legalmente proibida, mas ninguém explicou por quê.²⁷ Existe um motivo?

²⁵ Black's Law Dictionary 170 (6^a ed. 1990).

²⁶ Ver ARTHUR L. GOODHART, *ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND THE COMMON LAW* 175.89 (1931); ROBERT NOZICK, *ANARQUIA, ESTADO E UTOPIA* 84-86 (1974); Ronald H. Coase, *Palestra McCorkle de 1987: Chantagem*, 74 VA. L. REV. 655 (1988) (examinando a chantagem de uma perspectiva econômica e centrando-se em particular na resposta britânica à chantagem); Richard A. Epstein, *Chantagem, Inc.*, 50 U. CHI. L. REV. 553 (1983) (argumentando que a chantagem deveria ser ilegal não tanto porque é inerentemente coercitiva, mas sim porque necessariamente leva a, e é inseparável na realidade, de fraude, peculatos e outras formas de ilegalidade); William M. Landes & Richard A. Posner, *A aplicação privada da lei*, 4 J. ESTUDO LEGAL. 1, 42-44 (1975) (articulando e defendendo um modelo econômico em que a lei é aplicada por entidades privadas e aplicando este modelo à chantagem).

²⁷ James Lindgren, *Desvendando o Paradoxo da Chantagem*, 84 COLUM. L. REV. 670, 671 (1984). A explicação do próprio Lindgren diz respeito aos

C. Venda de informação privilegiada

Às vezes, a legislação de valores mobiliários proíbe certos indivíduos de negociar em títulos com base em informações materiais não públicas. Todos os estudiosos parecem concordar que, apesar do amplo apoio popular às sanções contra a negociação com informações privilegiadas, as razões para tais sanções são difíceis de identificar. Na verdade, um artigo recente que apoia a proibição da negociação com informações privilegiadas começou com a seguinte admissão surpreendente: "A jurisprudência americana detesta a negociação com informações privilegiadas com uma devoção reservada àqueles que zombam da maternidade, da torta de maçã e do beisebol. As razões comumente declaradas para essa reação à negociação com informações privilegiadas são muitas e pouco convincentes. A jurisprudência mal sugere por que a negociação com informações privilegiadas é prejudicial."²⁸ Não é preciso dizer que aqueles que argumentam contra a criminalização da negociação com informações privilegiadas são ainda menos generosos em relação às razões oferecidas. Na obra amplamente citada sobre o assunto, Henry Manne argumentou que, antes de 1910, ninguém havia questionado publicamente a moralidade da negociação com informações privilegiadas.²⁹ Além disso, ele afirmou que, desde então, ninguém explicou por que a negociação com informações privilegiadas é moralmente ou economicamente errada.³⁰ À primeira vista, parece que o

direitos de terceiros, e discutirei isso mais tarde. Veja *infra* texto que acompanha as notas 164-67.

²⁸ James D. Cox, *Insider Trading and Contracting: A Critical Response to the "Chicago School"*, 1986 DUKE L.J. 628, 628 (grifo nosso) (nota de rodapé omitida). Para avaliações ainda mais críticas, veja Harold Demsetz, *Perfect Competition, Regulation, and the Stock Market*, em *ECONOMIC POLICY AND THE REGULATION OF CORPORATE SECURITIES* 1,11-16 (Henry G. Manne ed., 1969); J.A.C. Hetherington, *Insider Trading and the logic of Law*, 1967 WIS. L. REV. 720; Michael Moran, *Insider Trading in the Stock Market: An Empirical Test of Damages to Outsiders*, (Centro para o Estudo de Negócios Americanos, Documento de Trabalho nº 89 da Universidade de Washington, julho de 1984).

²⁹ HENRY G. MANNE, *INSIDER TRADING AND THE STOCK MARKET* 1 (1966) ("Antes do ano de 1910, ninguém jamais havia questionado publicamente a moralidade dos dirigentes corporativos, diretores e funcionários que negociam ações de empresas.").

³⁰ A maioria das críticas acadêmicas comumente citadas sobre o uso de informações privilegiadas, afirmou Manne, foram "em grande parte declarações de conclusões." Eu ia. às 5. As audiências do Congresso de 1933 e 1934 não foram melhores: "Dizer que a prática era viciosa ou sem escrúpulos não era... uma resposta fundamentada. Pior ainda, o tom emocional dos argumentos

Professor Manne tem razão. Nossa sociedade distribui riqueza por meio de um sistema de mercado construído sobre a desigualdade de poder econômico e normalmente exalta um indivíduo capaz de converter alguma vantagem temporária em conhecimento ou poder econômico em uma posição de vantagem de mercado. Por que não aqui? E por que é que, assim como no caso da chantagem, tantas pessoas compartilham o sentimento de que a negociação com informações privilegiadas está errada, mas acham difícil explicar a razão?

D. Baços

Até agora, forneci três descrições breves e gerais de áreas da doutrina. Meu último exemplo é mais longo e vem de um único caso,³¹ cuja retórica e raciocínio são tão extraordinariamente reveladores que merecem uma consideração mais aprofundada.³² Em 1976, John Moore começou o tratamento para leucemia de células pilosas no Centro Médico da UCLA. Seus médicos rapidamente perceberam que alguns de seus hemoderivados e componentes tinham potencialmente grande valor comercial. Eles realizaram muitos testes sem nunca informá-lo de seu interesse comercial, e coletaram amostras de todos os fluidos corporais concebíveis, incluindo esperma, sangue e aspirado de medula óssea. Eventualmente, eles também removeram o baço do Sr. Moore, um procedimento que tinha uma razão médica independente, mas apenas depois de fazerem arranjos para ter seções do baço levadas a uma unidade de pesquisa. Em 1981, uma linha de célula estabelecida a partir dos linfócitos T do Sr. Moore foi patenteada pela Universidade da Califórnia, com os médicos do Sr. Moore

provavelmente intimidava qualquer pessoa que tentasse defender a prática ou fazer perguntas pertinentes." Id. em 10.

³¹ Moore v. Regentes da Univ. da Cal., 793 P.2d 479 (Cal. 1990), cert. negado, 111 S. Ct. 1388 (1991).

³² E não sou o único que pensa assim. Ver, por exemplo: • Bernard Edelman, L'Homme Aux Cellules D'Or, 34 RECUEIL DALLOZ SIREY 225 (1989); Bernard Edelman, Le Recherche Biomedicale Dans L'Economie De Marche, 30 RECUEIL DALLOZ SIREY 203 (1991); John J. Howard, Biotechnology, Patients'Rights. and the Moore Case. 44 FOOD DRUG COSMO L.J. 331 (1989); Patricia A. Martin & Martin L. Lagod, Biotechnology and the Commercial Use of Human Cells: Toward an Organic View of Life and Technology, 5 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 211 (1989); Thomas P. Dillon, Note, Source Compensation for Tissues and Cells Used in Biotechnical Research: Why a Source Shouldn't Share in the Profits. 64 NOTRE DAME L. REV. 628 (1989); Stephen A. Mortinger, Comment, Spleen for Sale: Moore v. Regents of the University of California and the Right to Sell Parts of Your Body, 51 OHIO ST. L.J. 499 (1990). Para o título mais brilhantemente macabro na literatura relacionada, consulte Erik S. Jaffe, Nota, "She's Got Bette Davis[s] Eyes~" Assessing the Nonconsensual Removal of Cadaver Organs Under the Takings and Due Process Clauses, 90 CoWM. L. Rev. 528 (1990).

listados como inventores. Em nenhum momento durante esse processo, o Sr. Moore foi informado sobre a exploração comercial de seu material genético. O valor comercial provável da linha celular é impossível de prever exatamente, mas havia "relatos em periódicos da indústria de biotecnologia prevendo um mercado potencial de aproximadamente 3,01 bilhões de dólares até o ano de 1990 para uma série de [tais linfocinas]...".³³ Não houve estimativas no caso para os mercados após 1990.

Esse caso gira em torno de questões de informação - em pelo menos dois níveis. No nível mais óbvio, o Sr. Moore não foi informado sobre o interesse financeiro de seus médicos na exploração de seu material genético, um interesse que poderia ter entrado em conflito com as demandas de cuidados médicos responsáveis. Lidando com essa questão, a Suprema Corte da Califórnia não teve dificuldade em decidir que o Sr. Moore havia alegado uma causa de ação por quebra de dever fiduciário ou falta de consentimento informado. Afinal, ele foi privado de informações em que tinha um interesse legítimo e para as quais os médicos tinham um dever correspondente de fornecer.

Em um nível um pouco mais abstrato, esse caso tratava da propriedade e controle de outro tipo de informação, informação genética. Os linfócitos T são glóbulos brancos que têm, codificados em seu material genético, "projetos" ou "programas" para a produção de linfocinas, proteínas que regulam o sistema imunológico.

Se esses "programas" genéticos dos linfócitos T puderem ser isolados, eles podem então ser usados para fabricar grandes quantidades do valioso linfocina por meio de uma variedade de processos de DNA recombinante. Por exemplo, grandes tanques cheios de bactérias podem ser "instruídos" a fabricar a linfocina específica, assim como um arquivo de processamento de texto do computador pode enviar os mesmos comandos para qualquer impressora compatível. A questão-chave no caso era se o Sr. Moore era proprietário das informações genéticas codificadas em suas células, ou, de fato, se ele era dono das células das quais essas informações haviam sido extraídas. O tribunal decidiu que ele não tinha direitos de propriedade em nenhum dos dois.

³³ Moore, 793 P.2d em 482 (citando a crítica do autor).

Uma variedade fascinante de razões é oferecida para essa decisão. Em primeiro lugar, o tribunal parece acreditar que o Sr. Moore tinha "abandonado" suas células quando deu consentimento para a remoção delas. No entanto, esse argumento é difícil de conciliar com o restante da decisão, onde - ao decidir sobre a questão de se ele havia ou não apresentado uma causa de ação por ato ilícito - o tribunal fez de tudo, exceto afirmar como questão de lei que o Sr. Moore não havia recebido informações suficientes para consentir na remoção.³⁴ Em segundo lugar, o tribunal argumentou que as células não eram propriedade de qualquer maneira porque a lei de material genético da Califórnia "[a]o restringir como células excisadas podem ser usadas e exigir a destruição eventual delas... elimina tantos dos direitos normalmente associados à propriedade que não se pode simplesmente presumir que o que resta equivale a 'propriedade' ou 'propriedade' para fins de direito de conversão".³⁵ Por implicação, não se pode presumir que existam direitos de propriedade em substâncias exóticas e altamente regulamentadas, como o plutônio, que estão sujeitas exatamente esses mesmos tipos de regulamentação. Na verdade, uma vez que quase todos os tipos de propriedade são regulamentados, o que o tribunal quer dizer com isso?

O tribunal também afirmou que o Sr. Moore não poderia processar por conversão com base nos direitos de publicidade ou privacidade de suas células. Esses, sugere o tribunal, não são realmente questões de direito de propriedade, então o Sr. Moore não tem recurso em conversão. Assim, embora Johnny Carson tenha um interesse executável na frase "Here's Johnny"³⁶ (uma frase proferida por outra pessoa), o Sr. Moore não tem um em seu próprio DNA.

³⁴ Também ignora a possibilidade de que se possa abrir mão de um pedaço do pacote de bens direitos, mas ainda retém o resto. Esta é uma ideia fundamental para todos os conceitos modernos de propriedade, mas particularmente para a propriedade intelectual.

³⁵ Moore, 793 P.2d em 492.

³⁶ No caso *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc.*, 698 F.2d 831, 836 (6º Cir. 1983), surge uma imagem desagradável do Sr. Carson a partir do processo, e fica-se desejando que o réu, que se descrevia como "O Maior Comodiano do Mundo", pudesse ter assumido seu lugar na televisão. O juiz Kennedy, em sua discordância, criticou a decisão porque (entre outras razões) a frase "Here's Johnny" "difícilmente pode ser considerada um símbolo ou síntese, ou seja, uma 'expressão' tangível da 'ideia' de Johnny Carson, o comediante e apresentador de talk show". Id. em 844 (Kennedy, J., discordando). Essa formulação - que poderia ter feito até mesmo Hegel empalidecer - mostra o poder da distinção ideia/expressão, mesmo fora de seu âmbito normal. Kennedy também ponderou que Ed McMahon poderia ter uma reivindicação melhor à frase, já que era ele quem a usava na realidade. Id. em 839 n. 5. No entanto, o juiz Kennedy estava

Em qualquer caso, o tribunal argumenta que, uma vez que o material genético de todos contém informações para a fabricação de linfocinas, o material genético específico "não é mais exclusivo para Moore do que o número de vértebras na coluna ou a fórmula química da hemoglobina".³⁷ Finalmente, talvez em sua reviravolta mais interessante, a opinião concluiu que o Sr. Moore não poderia ter um direito de propriedade sobre seu material genético porque fazê-lo poderia prejudicar a pesquisa. Para respaldar esse argumento, o tribunal pintou uma imagem vívida de uma esfera pública vigorosa, organizada de maneira comunitária, motivada altruisticamente e sem empecilhos por reivindicações desagradáveis de propriedade, o mundo da pesquisa está se movendo dinamicamente em direção a novas descobertas: "Atualmente, as linhagens celulares humanas são rotineiramente copiadas e distribuídas a outros pesquisadores para fins experimentais, geralmente sem custo. Essa troca de materiais científicos, que ainda é relativamente livre e eficiente, certamente será comprometida se cada amostra de células se tornar o assunto potencial de uma ação judicial."³⁸ Este argumento é convincente: os direitos de propriedade no mundo da pesquisa apenas retardariam as descobertas. Convincente, isto é, até que se leia na coluna seguinte que "a teoria de responsabilidade que Moore nos instiga a endossar ameaça destruir o incentivo econômico para conduzir pesquisas médicas importantes."³⁹ Direitos de propriedade concedidos àqueles cujos corpos podem ser explorados em busca de informações genéticas valiosas prejudicarão a pesquisa porque a propriedade é inimiga da livre troca de informações. Por outro lado, direitos de propriedade devem ser concedidos àqueles que realizam a mineração, pois a propriedade é um incentivo essencial para a pesquisa. Essas afirmações se contradizem? Elas nos dizem algo sobre o caos doutrinário do direito autoral ou as anomalias da chantagem e da

disposto a admitir que um carro de corrida distintivo poderia ser uma "expressão" da "ideia" do piloto normalmente associado a ele. Id. em 844 (citando *Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F.2d 821 (9º Cir. 1974)).

³⁷ No caso Moore, 793 P.2d em 490, o tribunal alega que "por definição, um gene responsável por produzir uma proteína encontrada em mais de um indivíduo será o mesmo em cada um." Id. em 490 n.30. A reação inicial é se perguntar se o raciocínio aqui é dissimulado ou meramente falacioso por acidente. Mais tarde neste artigo, a preocupação do tribunal com "originalidade" e "singularidade" será comparada às preocupações enfatizadas pela noção romântica de autoria. Minha alegação é que tal comparação nos ajuda a entender o desejo quase obsessivo do tribunal de provar que o baço do Sr. Moore não era único, enquanto os produtos de pesquisa do médico eram. Veja infra Seção IX.C.

³⁸ Moore, 793 P.2d em 495 (notas de rodapé omitidas).

³⁹ Id.

negociação de informações privilegiadas? Há uma razão pela qual o tribunal está disposto a conceder ao Sr. Moore um direito a informações "decisórias", mas não a informações genéticas? Finalmente, a decisão nos dá algumas dicas lógicas ou ideológicas sobre o futuro regime jurídico que abrange a biotecnologia? Eu diria que a resposta para cada pergunta é sim. Apresentei quatro quebra-cabeças. Minha alegação é que cada um é melhor compreendido como um conflito sobre o uso de informações e que o conflito é estruturado por um padrão recorrente de contradições. É a esse padrão que eu me volto agora.

II

PÚBLICO E PRIVADO NO ESTADO LIBERAL

"[O] Estado, enquanto Estado, abole a propriedade privada (ou seja, o homem decreta, por meios políticos, a abolição da propriedade privada) quando abole a qualificação de propriedade para eleitores e representantes, como foi feito em muitos dos Estados Norte-Americanos.... A qualificação de propriedade é a última forma política em que a propriedade privada é reconhecida.

Mas a supressão política da propriedade privada não apenas não abole a propriedade privada; ela realmente pressupõe sua existência. O estado abole, à sua maneira, as distinções estabelecidas pelo nascimento, posição social, educação, ocupação, quando decreta que o nascimento, posição social, educação, ocupação são distinções não políticas; quando proclama, sem levar em consideração essas distinções, que todo membro da sociedade é um parceiro igualitário na soberania popular... Mas o estado, no entanto, permite a propriedade privada, a educação, a ocupação... manifestar sua natureza específica. Longe de abolir essas diferenças efetivas, ele só existe na medida em que são pressupostas; ele está consciente de ser um

estado político e manifesta sua universalidade apenas em oposição a esses elementos." ⁴⁰

Há muitas razões para duvidar da presciência de Karl Marx como teórico do estado liberal moderno. Mas qualquer advogado americano teria que reconhecer que ele estava certo sobre uma coisa: a centralidade da distinção público-privado para qualquer compreensão do sistema jurídico. O estado liberal depende da ideia de igualdade. Isso, afinal, é uma das principais diferenças entre a ideia liberal e a feudal de política. O liberalismo exige o fim das distinções de status na política. Não pode haver restrição do direito de voto a uma classe social específica, nem ponderação dos votos da nobreza. Assim, temos a igualdade, mas apenas dentro da esfera pública. Os cidadãos são iguais, mas apenas em suas capacidades como cidadãos, não como indivíduos privados. Cada um tem garantido um voto igual, mas não uma influência igual. Desenhamos uma linha ao redor de certas atividades - votação, comparecimento em tribunal, etc. - e garantimos igualdade dentro dessa esfera. Fora dessa linha está a esfera privada, o mundo da sociedade civil. É a esfera privada que contém todas as diferenças reais entre as pessoas - diferenças de riqueza, poder, educação, nascimento e posição social. Essa linha de demarcação nos permite usar a linguagem do igualitarismo para defender uma sociedade marcada precisamente por uma distribuição altamente estratificada de riqueza ou poder.⁴¹

O verdadeiro dilema da teoria liberal é que deve exaltar as virtudes do igualitarismo, de que cada pessoa tem uma voz que conta igualmente e, ao mesmo tempo, confinar esse igualitarismo à esfera pública. Nossa visão da sociedade deve ser uma visão de duas esferas separadas, com dois princípios de governança diferentes, duas teorias de justiça diferentes e até mesmo duas personas diferentes para acompanhá-las.

"Onde o estado político atingiu seu pleno desenvolvimento, o homem leva, não apenas em pensamento, em consciência, mas na realidade, na

⁴⁰ Karl Marx, Sobre a Questão Judaica. em THE MARX-ENGELS READER 24, 31 (Robert C. Tucker ed., 1972).

⁴¹ Uma das sugestões mais intrigantes de Marx é que a esfera pública do Estado liberal é atraente porque é uma forma diminuída e distorcida de uma sociedade verdadeiramente justa e igualitária. Enquanto as sociedades socialistas estatais da Europa Oriental nunca forneceram nada além de um modelo distópico de opressão brutal e monótona, a preocupação com os limites da justiça igualitária é um problema que parece destinado a obcecar as sociedades liberais no futuro previsível.

vida, uma existência dupla - celestial e terrestre. Ele vive na comunidade política, onde se vê como um ser comunitário, e na sociedade civil, onde age simplesmente como um indivíduo privado, trata outros homens como meios... e torna-se brinquedo de poderes alheios."⁴²

A lei está implicada em todas as etapas desse processo.⁴³ Em primeiro lugar, a lei define a , e de uma maneira mais complexa, depende da, linha entre público e privado. O medo principal da visão política liberal é que o poder do estado sem restrições invadirá a esfera privada. E ainda assim, a única força disponível para policiar o estado é o próprio estado. O império da lei parece ser a resposta a esse dilema. Ao policiar as linhas entre público e privado e entre cidadãos e outros cidadãos, a lei nos oferece a esperança de um mundo que não é nem o estado totalitário nem o estado de natureza. Nesse sentido, tanto o papel da lei quanto o império da lei dependem da divisão público/privado.

Em um nível mais mundano, tanto advogados quanto cidadãos percebem questões através da lente da distinção público/privado. Questões políticas e morais controversas muitas vezes se resolvem como sendo questões de posicionamento nas esferas pública ou privada.⁴⁴ O acesso a profissionais

⁴² Marx, nota supracitada 40, p. 32.

⁴³ Esta discussão oferece apenas um resumo das ideias básicas. Seria necessário um artigo completo para discutir as ramificações completas do papel da lei na distinção público/privado. Na verdade, já foram escritos artigos especialmente bons sobre a influência do pensamento jurídico no pensamento econômico clássico, veja Duncan Kennedy, "The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of Commodities," 34 AM. U. L. REV. 939 (1985), sobre a queda na credibilidade da dicotomia público/privado, veja Duncan Kennedy, "The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction," 130 U. PA. L. REV. 1349 (1982), sobre a história e as razões para a sobrevivência contínua da distinção, veja Morton J. Horwitz, "The History of the Public/Private Distinction," 130 U. PA. L. REV. 1423 (1982), e sobre as contradições produzidas pelo fato de que o mercado pode parecer público do ponto de vista da família, mas privado do ponto de vista do Estado, veja Frances E. Olsen, "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform," 96 HARV. L. REV. 1497 (1983). Para uma discussão sobre a proeminência da distinção público/privado no direito civil, veja James Boyle, "The Anatomy of a Torts Class," 34 AM. U. L. REV. 1003, 1023-34 (1985)

⁴⁴ Marx também pensava que o direito desempenhava um papel vital nesse processo, pelo menos no que diz respeito à religião.

"O homem se emancipa politicamente da religião ao expulsá-la da esfera do direito público para a do direito privado. A religião não é mais o espírito do Estado, no qual o homem se comporta, embora de maneira específica e limitada e em uma esfera particular, como um ser genérico, em comunidade com outros

médicos, por exemplo, está na esfera privada. Meu acesso depende dos meus recursos; não há garantia constitucional de assistência médica igualitária, ou mesmo de assistência médica mínima. O acesso a profissionais jurídicos, no entanto, está pelo menos parcialmente na esfera pública. Quando sou julgado por um crime que pode resultar em uma pena privativa de liberdade substancial, tenho o direito a um advogado, independentemente de meus recursos privados permitirem que eu pague por um.⁴⁵

Este exemplo sugere um último ponto importante sobre a distinção público-privado no direito: nossa concepção de justiça difere dependendo se lidamos com o direito público ou o direito privado. Um motorista negligente atropela um pedestre. Se a vítima for pobre, sem-teto e desempregada, a lei provavelmente o deixará exatamente nessa posição. Danos por ato ilícito, afinal, são compensatórios. Se a vítima for um banqueiro de investimentos que ganha \$200.000 por ano, o causador do dano provavelmente se verá pagando muito mais em salários perdidos, entre outras coisas. No entanto, quando passamos do direito privado para o direito público, o cenário muda completamente. Deveria a lei punir um ataque a um banqueiro de investimentos mais seriamente do que um delito contra uma pessoa sem-teto? Nossas sensibilidades nos deixam indignados com essa ideia (mesmo que suspeitemos que isso frequentemente possa ser a realidade). Na esfera privada, nosso ideal de justiça é, em termos gerais, *restitutio in integrum*. No direito público, visamos a igualdade.⁴⁶

homens... Não é mais a essência da comunidade, mas a essência de diferenciação... agora é apenas a declaração abstrata de uma tolice individual, um capricho ou fantasia privada."

Marx, nota supracitada 40, na página 33. Nesse sentido, a característica definidora da teoria liberal da política é que ela move a religião, a riqueza e a classe social do domínio do direito público para o do direito privado. Não podemos mais condicionar cargos públicos a uma religião ou classe social específica, nem podemos permitir que cidadãos paguem por um tempo de prisão mais curto ou comprem isenções do serviço militar. Podemos, no entanto, permitir que associações privadas excluam com base na religião ou que indivíduos privados comprem melhor assistência médica ou educação.

⁴⁵ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 345 (1963) (estabelecendo, sob a Sexta Emenda, o direito a um advogado para todos os réus acusados de crimes graves). Veja geralmente ANTHONY LEWIS, *GIDEON'S TRUMPET* (1964) (descrevendo detalhes do caso *Gideon*).

⁴⁶ A questão é ainda mais complicada do que isso, porque a tensão é reproduzida em cada nível da investigação. O caso *Gideon* é um exemplo perfeito da resolução dessa questão no direito constitucional. Veja 372 U.S. 335. Primeiro, temos que decidir se a norma da igualdade se aplica. Nossa noção de justiça igualitária inclui, de maneira bastante óbvia, o acesso a serviços jurídicos e não inclui o acesso a serviços médicos. Mas mesmo que digamos que a norma da

Uma das afirmações deste artigo é que toda disputa sobre direitos de propriedade em informações se resolve em uma disputa sobre se a questão está no domínio público ou privado. Essa retórica de localização geográfica sugere que estamos envolvidos em uma investigação factual sobre a localização de uma entidade preexistente dentro de um terreno bem mapeado e estabelecido. Nada poderia estar mais longe da verdade. De fato, o processo é uma tomada de decisão moral e política contenciosa sobre a distribuição de riqueza, poder, e informação. A paisagem supostamente estabelecida é, na verdade, uma cena em constante mudança que se dobra sobre si mesma, como uma fita de Möbius. O mercado, por exemplo, está do lado público da discussão quando se fala em exploração comercial de informações privadas sobre famílias. Como cidadãos, sentimos a necessidade de manter o mundo impessoal e público do comércio longe de nosso âmbito privado, nosso lar. No entanto, o mercado está simultaneamente do lado privado em relação ao Estado. Quando a FDA requer que uma empresa farmacêutica revele detalhes de suas práticas de testes internos, os lobistas da empresa provavelmente enfatizarão a importância de defender a iniciativa privada contra interferência estatal. Se uma metáfora geográfica for apropriada de alguma forma, os cartógrafos mais prováveis seriam Dali, Magritte e Escher.

Minhas opiniões sobre questões de informação são fortemente influenciadas por dois objetivos. O primeiro é igualitário, relacionado à relativa falta de poder do grupo que busca acesso à informação ou proteção dela. O segundo é o conhecido objetivo republicano radical de criar e reforçar uma esfera pública vigorosa de democracia e debate.⁴⁷ Contudo, por todas as razões usuais do pós-modernismo e do pragmatismo, eu não sugeriria que transformássemos esses dois critérios em uma nova grande teoria. Todos os problemas de escolha de valores, contradição e indeterminação de significado reapareceriam na nova teoria. Portanto, não tenho critérios que "substituíam" a linguagem do público e do privado, pelo menos nenhum critério que resolva de forma algorítmica as questões que apresento aqui. Por que, então, passo tanto tempo desconstruindo essa linguagem? Meu ponto é que, como não há de fato

igualdade deve se aplicar, temos que decidir o que igualdade significa, sendo a escolha normalmente entre igualdade formal e igualdade material. Em *Gideon v. Wainwright*, a igualdade significa igualdade material - o acusado tem o direito a um advogado real, não apenas a um advogado hipotético se puder pagar por um. Em questões da Primeira Emenda, no entanto, todos temos apenas o direito formalmente igual de falar - o Estado não é entendido como constitucionalmente obrigado a pagar o custo de colocar meu anúncio no jornal.

⁴⁷ Para uma excelente discussão das tensões entre essas ideias, consulte Frank Michelman, "Law's Republic", 97 YALE L.J. 1493 (1988).

uma geografia inteligível de público e privado, a tentativa de resolver questões por meio de um processo de demarcação nos fornece apenas uma troca vazia de estereótipos, "ilusões das quais se esqueceu que é isso que são; metáforas desgastadas e carentes de poder sensível; moedas que perderam suas imagens e agora importam apenas como metal, não mais como moedas."⁴⁸ Essas ilusões, entretanto, têm um considerável poder motivador, e este artigo visa mostrar aonde elas nos levam. Mesmo sem uma grande teoria, pode ser a um lugar onde não desejamos ir.⁴⁹

Agora, tendo introduzido a divisão entre público e privado, vamos nos voltar para a segunda parte desse contexto conceitual: o papel específico da informação.

III

INFORMAÇÃO NO ESTADO LIBERAL

A informação desempenha um papel central, se não definidor, em ambos os mundos públicos e privados da visão política liberal. Quando falamos sobre o mundo privado da família e do lar, definimos essas instituições em parte

⁴⁸ FRIEDRICH W. NIETZSCHE, "THE PORTABLE NIETZSCHE", 47 (Edição e Tradução de Walter Kaufman, 1982).

⁴⁹ Para o argumento metodológico e epistemológico por trás dessa posição, consulte Boyle, verificar nota supracitada 9. Para uma crítica elegante (entre outras coisas) à minha abordagem, consulte Pierre Schlag, "The Problem of the Subject", 69 TEX. L. REV. 1627 (1991). Parece-me que o Professor Schlag desenvolve um argumento epistemológico e ontológico de que o raciocínio epistemológico e ontológico não pode fornecer uma base para argumentos normativos e, em seguida, usa o mesmo tipo de raciocínio para concluir, de maneira surpreendentemente normativa, que não devemos argumentar de maneira normativa. Veja, em geral, James Boyle, "Is Subjectivity Possible? The Post-Modern Subject in Legal Theory", 62 U. COLO. L. REV. 489 (1991). Isso parece ser uma contradição em quatro aspectos. Compreensivelmente, o Professor Schlag discorda dessa avaliação. Pierre Schlag, "Prefácio: Postmodernism and Law" 62 U. COLO. L. REV. 439, 449-51 (1991) (apontando a aparente contradição em colocar o pós-modernismo a serviço de um programa ético tradicional e alegar que um sujeito ético romantizado reaparece no rastro do projeto de desconstrução); Pierre Schlag, "Nonnative and Nowhere to Go", 43 STAN. L. REV. 167 (1990).

pela ideia de um direito de reter informações - a privacidade.⁵⁰ O direito de reter informações também é uma das principais formas de proteção concedida aos cidadãos privados diante de um Estado acusador. As proteções da Quarta e Quinta Emendas são os casos clássicos, mas o sigilo profissional do advogado também é um bom exemplo.

No mundo privado do mercado, a informação novamente é uma característica definidora. A estrutura analítica da microeconomia inclui a "informação perfeita" - o que significa livre, completa, instantânea e universalmente disponível - como uma das características definidoras do mercado perfeito. Ao mesmo tempo, a estrutura real do mercado na sociedade contemporânea depende da informação em si sendo uma mercadoria - custosa, parcial e deliberadamente restrita à sua disponibilidade. Quando eu discutir economia da informação,⁵¹ essa contradição será de importância central.

Finalmente, no mundo público da política - que é definido na visão liberal por ideias de debate, troca e decisão centradas na informação - o fluxo livre de informações é um pré-requisito para que os cidadãos atomísticos formem e depois comuniquem suas preferências no grande mercado de ideias. Ao mesmo tempo, o acesso dos cidadãos à informação é considerado um controle da atividade governamental tão importante como o proporcionado pelo Estado de direito. Essa ideia foi expressa de forma mais famosa por James Madison: "Um governo popular, sem informação popular, ou os meios de adquiri-la, é apenas um prólogo para uma farsa ou uma tragédia; ou talvez ambos. O conhecimento governará eternamente a ignorância; E um povo que pretende ser seu próprio governante deve se armar com o poder que o conhecimento proporciona⁵²".

Até agora, argumentei que informação, vagamente definida, é central para a nossa concepção da família, do mercado e da democracia. Aleguei que

⁵⁰ Admitidamente, a doutrina tradicional de privacidade abrange muito mais do que o direito de reter informações. Ainda assim, parece justo afirmar que outras áreas da doutrina de privacidade são explicadas em parte em termos informacionais. Por exemplo, no caso *Rust v. Sullivan*, 111 S. Ct. 1759 (1991) (que confirmou as regulamentações federais proibindo o uso de fundos do Título X por clínicas médicas que aconselham os clientes sobre a disponibilidade e os meios de obter abortos), e que o controle sobre informações privadas é uma parte vital da concepção contemporânea, seja legal ou popular, de privacidade.

⁵¹ Veja na Parte IV, abaixo.

⁵² Carta de James Madison para W.T. Barry (4 de agosto de 1822), em "THE COMPLETE MADISON 337, 337" (Edição de Saul K. Padover, 1953).

existem tensões "entre esferas" nos papéis que esperamos que a informação desempenhe. Por exemplo, o interesse público em uma esfera de debate e discussão vigorosos muitas vezes entra em conflito com as demandas da privacidade pessoal. Por outro lado, as reivindicações de propriedade de certas informações no mercado se chocam com os valores da Primeira Emenda.⁵³ Também aleguei que, dentro das esferas, a informação muitas vezes é concebida de maneiras aparentemente conflitantes. Ao analisar o mercado sob a lente da microeconomia, descobrimos que a informação é tanto um pré-requisito analítico para o modelo quanto uma mercadoria a ser negociada sob o modelo. Na teoria da Primeira Emenda, os analistas às vezes falam como se a troca de informações tivesse sua inclinação inerente em direção aos valores democráticos e à boa convivência ("a cura para o discurso ruim é mais discurso"). Em outros momentos, eles apresentam a Primeira Emenda como a jóia da coroa do liberalismo, tirando sua nobreza precisamente do fato de que é neutra em relação ao conteúdo ("Eu detesto o que você diz, mas morreria pelo seu direito de dizer isso").⁵⁴

Alguns podem pedir por explicações: Por que pensamos coisas tão diferentes sobre a informação? Esta é uma pergunta crucial, e não tenho certeza se consigo respondê-la satisfatoriamente. Parte da resposta parece ser que a matriz de conflitos entre as teorias de justiça que aplicamos à família, ao mercado e à democracia é sobrecarregada por outro conjunto de conflitos causados pelo fato de que a informação é concebida como finita e infinita, como

⁵³ Veja, por exemplo, o caso *Harper & Row, Publishers v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539 (1985) (que estabeleceu que a Lei de Direitos Autorais proíbe o uso não autorizado de citações de um manuscrito de uma figura pública); consulte também os artigos: Rosemary J. Coombe, "Objects of Property and Subjects of Politics: Intellectual Property Laws and Democratic Dialogue," 69 TEX. L. REV. 1853 (1991); Alfred C. Yen, "A First Amendment Perspective on the Idea/Expression Dichotomy and Copyright in a Work's 'Total Concept and Feel'," 38 EMORY L.J. 393 (1989).

⁵⁴ Alguns podem acreditar que essas contradições resultam da ampla definição de informação que adotei neste artigo: nada nos obriga a adotar uma definição ampla, e é apenas com a definição ampla que a mercantilização parece entrar em conflito com o mercado perfeito, e o direito autoral com a Primeira Emenda. Com o uso de subdivisões sensatas - em questões de direitos autorais, questões da Primeira Emenda, questões de privacidade, questões de negociação interna, questões de mercantilização, questões de eficiência do mercado de capitais e assim por diante - esses problemas desapareceriam, ou pelo menos perderiam sua relevância. No entanto, não estou convencido desse argumento e encontro apoio para minha descrença nos problemas recorrentes que apontei no direito e retórica do direito autoral, chantagem e venda de informações privilegiadas. Dado minha visão de linguagem e definição, no entanto, não consigo imaginar uma "prova" do meu método, exceto sua utilidade para o leitor.

produto e processo. Como um bem infinito, a informação parece ser algo mágico - um presente que pode ser dado sem empobrecer o doador. Eu explico o teorema de Pitágoras para você, ou ensino você a calcular a área de um círculo. Depois, pareço não mais pobre no sentido de que ambos temos o conhecimento. Este é o lado positivo do dilema dos bens públicos. A mesma unidade do bem aparentemente satisfaz as necessidades de um número infinito de consumidores. Talvez esta seja uma das razões pelas quais, em momentos de conflito moral ou ideológico elevado, frequentemente buscamos uma solução que envolva fornecer mais informações às partes envolvidas. Se estivermos pensando na informação como um recurso infinito nesse sentido, a distribuição de riqueza não parece ter sido alterada. No entanto, há ocasiões em que tribunais e estudiosos mudam de perspectiva. Longe de ser um recurso infinito, um bem que pode ser distribuído livremente sem que ocorra empobrecimento do doador, a informação é reconcebida como um bem finito, cuja produção e distribuição estão sujeitas às mesmas leis econômicas que qualquer outro. De repente, torna-se necessário dar aos produtores um incentivo para produzir mais informações. A transferência obrigatória de informações é vista de repente como uma troca forçada e ineficiente que mina os incentivos necessários para produzir mais informações.⁵⁵

Até agora, descrevi os vários papéis da informação separadamente e de maneira estática e sincrônica. No entanto, não devemos subestimar a importância histórica da conexão entre informação, mercado e democracia liberal. Talvez a versão mais familiar desse relacionamento provenha originalmente dos filósofos do Iluminismo Escocês: o comércio era desejável principalmente porque forçaria pessoas de áreas amplamente separadas a se comunicarem, a obter informações sobre as crenças e práticas dos outros e, inexoravelmente, a questionar as bases de suas próprias crenças. Assim, a "mão invisível" sujeitaria as práticas sociais e tradições ao teste da razão. O *doux commerce* seria o filtro racional no qual a superstição e o mito seriam queimados, e o racionalismo do Iluminismo seria levado às províncias. Essa mensagem foi extraordinariamente influente nos teóricos políticos da primeira

⁵⁵ Anthony T. Kronman, "Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts," 7 J. LEGAL STUD. 1, 9-32 (1978) (argumentando que a divulgação forçada de informações adquiridas deliberadamente é indesejável porque prejudica a produção de informações em níveis socialmente desejáveis); Saul Levmore, "Securities and Secrets: Insider Trading and the Law of Contracts," 68 VA. L. REV. 117 (1982) (argumentando contra uma regra de divulgar ou abster-se na venda de informações privilegiadas com base tanto na equidade quanto na eficiência).

república americana.⁵⁶ Em anos posteriores, tanto na Escócia quanto nos Estados Unidos, a mensagem mudou. Cada vez mais, tanto os escoceses quanto os republicanos americanos começaram a se preocupar que o comércio produziria disparidades enormes em riqueza e poder (incluindo poder sobre a informação) e que essas disparidades seriam subversivas para a forma republicana de governo.⁵⁷ Infelizmente, essa mudança de ênfase nunca recebeu a mesma atenção que a mensagem otimista original.⁵⁸

Se o conceito de informação tem potencialmente papéis conflitantes a desempenhar na família, no mercado e no Estado, e se a informação em si é às vezes concebida como infinita e às vezes como finita, como são decididos os problemas sociais envolvendo informações? Grande parte do tempo, a resposta é "desenhando linhas". Classificamos certas situações ou conflitos como "públicos" ou "privados" e então agimos como se tivéssemos resolvido o problema. Infelizmente, apenas os reformulamos. Como mencionei anteriormente, a noção de "privado" é definida, em uma compreensão comum, principalmente, pela ideia da capacidade justificada de reter informações. No entanto, a mesma palavra, com suas conotações de "aquilo com o qual não podemos interferir", evoca a liberdade do mercado em relação à intervenção estatal. O fato de pensarmos na esfera privada como abrangendo tanto o mercado (em relação ao Estado) quanto a família (em relação ao mercado e ao Estado) gera uma série de contradições ideológicas e retóricas.⁵⁹

Por exemplo, muitos consumidores não desejam que detalhes biográficos, fornecidos a um varejista para outro propósito, sejam negociados na florescente indústria de marketing direto. Eles podem argumentar que essas informações são "privadas" e que o Estado deve intervir para impedir que as

⁵⁶ Veja, por exemplo, GARRY WILLS, "INVENTING AMERICA: JEFFERSON'S DECLARATION OF INDEPENDENCE (1978)."

⁵⁷ Veja Robert W. Gordon, "The Ideal and the Actual in the Law": Fantasies and Practices of New York City Lawyers" em "THE NEW HIGH PRIESTS: LAWYERS IN POST-CIVIL WAR AMERICA" 51 (Edição de Gerard W. Gawalt, 1984).

⁵⁸ Duzentos anos depois, Horkheimer e Adorno espantaram os estudantes universitários americanos sugerindo - em uma linguagem consideravelmente menos elegante - que, mesmo no capitalismo, ainda havia mitologia e iconografia. Ainda mais surpreendente, argumentaram que essas novas "mitologias" poderiam ser ainda mais seguras, precisamente devido ao efeito das disparidades de poder sobre o tipo de "informação" abundante, mas não aleatória, fornecida ao público. (MAX HORKHEIMER & THEODOR W. ADORNO, *DIALECTIC OF ENLIGHTENMENT* 28 (Tradução de John Cumming, 1990).

⁵⁹ Consulte Olsen, verificar nota supracitada 43.

empresas envolvidas as repassem, compilando-as em bancos de dados maiores, ou qualquer outra atividade desse tipo. Outros podem querer que o Estado proteja a esfera privada do lar e da família contra informações vindas de fora. A ligação de telemarketing que interrompe o jantar em família é o exemplo mais frequentemente usado. Em ambos os casos, a classificação como "privada" supostamente desencadeia, ou pelo menos justifica, a proteção estatal. No entanto, os proprietários dos bancos de dados protestariam contra a injustiça da esfera pública do Estado interferindo em uma disposição privada de propriedade privada - neste caso, envolvendo listas de correspondência ou bancos de dados de informações do consumidor. Os telemarketings poderiam dizer a mesma coisa, mas provavelmente também alegariam que - uma vez que a questão envolve informações, em vez de alguma outra forma de propriedade - o problema deveria ser resolvido com base nas normas constitucionais que regem o domínio público.⁶⁰ Em outras palavras, eles poderiam argumentar tanto que o governo não deve interferir porque se trata de uma atividade privada no mercado, quanto que o governo não deve interferir porque se trata de uma questão pública de liberdade de expressão - e igualdade de proteção, diga-se de passagem.⁶¹

⁶⁰ Quando escrevi este trecho pela primeira vez, tinha a intenção de que fossem exemplos puramente hipotéticos. Desde então, o Congresso promulgou o "Telephone Consumer Protection Act", originalmente apresentado pelo Senador Hollings, que proíbe a maioria dos discadores automáticos. Pub. L. No. 101-243, 105 Stat. 2394 (1991) (a ser codificado em 47 U.S.C. § 227). Vários debates antecederam a aprovação da lei. "Chamando os discadores automáticos de uma 'invasão ultrajante' das casas das pessoas, o Senador Hollings disse que os direitos de privacidade superam as preocupações com a liberdade de expressão das empresas de marketing." Edmund L. Andrews, "Curtailling the Telephone Robots", N.Y. TIMES, 30 de outubro de 1991, em D1, D24. A ACLU de Portland, Oregon, discordou. Um de seus advogados, o Sr. Charles Hinkle, "está representando uma pequena empresa contra uma lei de Oregon que proíbe o uso comercial de discadores automáticos". Id. em D24. Seus argumentos? A proibição interferiria na liberdade de expressão e violaria o compromisso constitucional com a igualdade na vida pública - neste caso, a Cláusula de Igual Proteção -, uma vez que faz distinção entre discurso comercial e não comercial. Id.

⁶¹ As mesmas, familiares, tensões se manifestam na esfera pública do debate. Os cidadãos privados têm o direito de acesso aos meios de comunicação privados a fim de participar do debate público? Os cidadãos retratariam a estação de televisão como um meio de comunicação público tingido de interesse público, cf. *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876) (sustentando uma lei estadual que regulamentava as tarifas de armazenamento de grãos por razões de interesse público), e exigiriam a intervenção do Estado para evitar que o debate público fosse cedido a interesses privados. A estação de televisão retrataria tal intervenção como uma interferência pública ilegítima na propriedade privada.

Se realmente houvesse uma geografia inteligível do público e do privado e um conceito unitário de informação, então, poderíamos ter a esperança de que um conjunto de afirmações pudesse ser provado como "verdadeiro" e o outro como "falso". Mas desde a era dos realistas jurídicos, essa esperança tem parecido quimérica.

Entretanto, a história não pode terminar aqui. Um dos temas deste Artigo é que as estruturas implícitas nos quais a regulação da informação é discutida são contraditórias - ou pelo menos aporéticas - e indeterminadas em sua aplicação. No que diz respeito à retórica do público e do privado, isso parece ser uma conclusão inquestionável.⁶² Uma vez que essa retórica domina a discussão popular sobre informação, eu explorei em detalhes as múltiplas maneiras pelas quais o liberalismo retrata a informação como central tanto para a esfera pública quanto para a privada. É difícil ler debates públicos sobre qualquer questão envolvendo informação sem chegar à conclusão de que grande parte deles é um exercício de desenhar linhas ou classificar, cada vez mais

Da mesma forma, uma pessoa que participa do mundo público da política perde seu direito de propriedade na reputação, um direito de propriedade normalmente protegido pela imposição de um dever universal de reparação de difamação? A lista de questões semelhantes continua. Além dessas questões, existem conflitos entre a visão da informação como finita e infinita. Alguém realmente está "tirando" algo de você quando descobre seu endereço ou seus padrões de consumo e vende esses fatos para mil bancos de dados? Você ainda tem todos os "bens" que tinha antes, exceto, é claro, aquele bem peculiar que existe na negação ou restrição de informações.

⁶² Embora a literatura acadêmica seja relativamente silenciosa em relação aos requisitos conflitantes que a teoria do Estado liberal impõe à informação, a maioria dos acadêmicos, creio, admitiria que a linguagem de público e privado é relativamente inútil para resolver qualquer questão importante. Não quero dizer que seja sem sentido falar de questões "públicas" e "privadas". Pelo contrário, esses termos são centrais para o discurso público. Eles também são a maneira aceita pela qual crenças políticas concorrentes são expressas. Daí o velho ditado de que os conservadores acham que o mercado é privado e o quarto é público, enquanto os liberais pensam exatamente o oposto. Robert H. Mnookin, *The Public/Private Dichotomy: "Political Disagreement and Academic Repudiation"*, 130 U. PA. L. REV. 1429, 1430-31 (1982) (discutindo a maleabilidade de termos como público e privado, mas observando sua proeminência no discurso de desacordo político). Mas embora sejam termos vitais para expressar conclusões normativas, eles são maus guias para análise ou tomada de decisões. Quando advogados ou teóricos do Estado tentam usá-los como termos operacionais, a qualidade "tudo para todos" que os torna tão úteis no debate político simplesmente produz uma infinidade interminável de argumentos de imagem espelhada do tipo descrito acima.

isolado dos ideais morais e políticos que se supõe que as linhas representam. Talvez isso seja o melhor que podemos fazer. Mas, por outro lado, talvez não.

Quanto ao debate acadêmico, alguma diferença é percebida? Cada vez mais, as discussões acadêmicas sobre informação estão se afastando do constitucionalismo liberal e da teoria dos direitos, e se voltando para a linguagem da microeconomia.⁶³ Seja a questão relacionada a direitos autorais⁶⁴,

⁶³ SCHEPPELLE, verificar nota supracitada 1, oferece uma excelente crítica contratualista a essa tendência. Veja também ECONOMIC IMPERIALISM: THE ECONOMIC APPROACH APPLIED OUTSIDE THE FIELD OF ECONOMICS (Gerard Radnitzky & Peter Bernholz eds., 1987).

⁶⁴ Veja, por exemplo, Landes & Posner, verificar nota supracitada 22, na página 325, pp.(317-390), da Calif. Law Revi, v.80, n.2, The Benevolent Paternalism of Japanese Criminal Justice, FOOTE, Daniel H, 1992 (aplicando modelos econômicos para determinar até que ponto "a Lei de Direitos Autorais pode ser explicada como um meio de promover a alocação eficiente de recursos"); John S. Wiley, Jr., "Copyright at the School of Patent", 58 U. CHI. L. REV. 119 (1991) (argumentando que, embora a lei de direitos autorais e a lei de patentes sirvam essencialmente aos mesmos objetivos - justiça para criadores e eficiência para consumidores -, a lei de patentes é logicamente coerente, enquanto a lei de direitos autorais não é); veja também Fisher, verificar nota supracitada 22 (propondo a reforma da doutrina da exceção de uso aceitável em particular e usando análise econômica para apoiar sua proposta).

patentes⁶⁵, venda de informações privilegiadas,⁶⁶ chantagem⁶⁷ ou simplesmente "informações valiosas",⁶⁸ algumas das pesquisas mais ambiciosas recentes empregam algum tipo de abordagem econômica. No entanto, a microeconomia não oferece alívio dos paradoxos da informação. Como tentarei mostrar na

⁶⁵ Veja, por exemplo, George Bittlingmayer, *Property Rights, Progress, and the Aircraft Patent Agreement*, 31 J.L. & ECON. 227 (1988) (discutindo as dificuldades de permitir direitos de propriedade sobre ideias e usando o Acordo de Patentes de Aeronaves como exemplo); Frank H. Easterbrook, *Intellectual Property Is Still Property*, 13 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 108, 118 (1990) (argumentando que a lei de patentes deve tratar propriedade física e propriedade intelectual de maneira idêntica, porque "os direitos de exclusão não são monopólios apenas porque a propriedade envolvida é intangível em vez de algo que você pode caminhar sobre ou segurar em suas mãos"); Louis Kaplow, *The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal*, 97 HARV. L. REV. 1813 (1984) (discutindo os conflitos entre a lei de patentes e antitruste e as paradoxos resultantes); Edmund W. Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 J.L. & ECON. 265 (1977) (argumentando que o sistema de patentes é desejável porque aumenta a produção de recursos utilizados para inovação tecnológica).

⁶⁶ Na literatura sobre venda de informações privilegiadas, seria mais conciso citar os artigos que não se baseiam na análise econômica. No entanto, a lista a seguir pode dar uma indicação da amplitude das abordagens abrangidas sob o tema. Veja, por exemplo, MANNE, verificar nota supracitada 29 (examinando geralmente os parâmetros do problema da venda de informações privilegiadas, soluções legais tradicionais e argumentos a favor e contra a proibição da atividade); Dennis W. Carlton & Daniel R. Fischel, *The Regulation of Insider Trading*, 35 STAN. L. REV. 857 (1983) (argumentando que a venda de informações privilegiadas pode ser permitido em alguns casos como uma maneira eficiente de compensar os gerentes corporativos); William J. Carney, *Signalling and Causation in Insider Trading*, 36 CATH. U. L. REV. 863 (1987) (argumentando que a oposição venda de informações privilegiadas pode ser infundada porque tal atividade causa muito pouco dano); Cox, verificar nota supracitada 28 (argumentando a favor da regulamentação contínua da venda de informações privilegiadas e criticando argumentos de que tal venda é justificada porque aumenta a eficiência alocativa); Christopher P. Saari, *Nota, The Efficient Capital Market Hypothesis, Economic Theory and the Regulation of the Securities Industry*, 29 STAN. L. REV. 1031 (1977) (argumentando que as descobertas empíricas que fundamentam a teoria do mercado de capitais eficiente lançam dúvidas sobre a suposição da SEC de que proibições mais rigorosas à venda de informações privilegiadas são o melhor meio de proteger os investidores).

⁶⁷ Veja, por exemplo, Coase, verificar nota supracitada 26; Epstein, verificar nota supracitada 26; Landes & Posner, verificar nota supracitada 26, nas páginas 42-43.

⁶⁸ Veja, por exemplo, Easterbrook, verificar nota supracitada 1 (discutindo o tratamento da Suprema Corte de áreas doutrinárias discretas do direito da informação e tentando unificá-las dentro de uma teoria mais ampla de direitos de propriedade na informação); Kitch, verificar nota supracitada 1 (usando teoria de preço e finanças para analisar as consequências do direito de propriedade de informações por empresas e funcionários).

próxima parte, esses paradoxos são tão centrais para a disciplina da economia quanto são para a teoria política liberal.

IV

A ECONOMIA DA INFORMAÇÃO

Como é habitual, a informação desempenha não apenas um papel, mas vários. A estrutura analítica da microeconomia inclui o conceito de informação "perfeita" - significando que é gratuita, completa, instantânea e universalmente disponível - como uma das características definidoras do mercado perfeito.⁶⁹ Ao mesmo tempo, a estrutura de mercado real da sociedade contemporânea depende de informações como uma mercadoria - custosa, parcial e deliberadamente restrita em sua disponibilidade. Para resumir, a informação perfeita é um elemento conceitual, definidor da estrutura analítica, usada para analisar mercados impulsionados pela ausência de informação, nos quais a informação imperfeita é, na verdade, uma mercadoria.⁷⁰ Se uma analogia for

⁶⁹ Por razões relacionadas à aporia descrita aqui, os economistas tentaram refinar o conceito de informação perfeita de modo a limitar o alcance desse conceito. A formulação aceita parece ser que "Indivíduos têm incerteza apenas quanto ao tamanho de suas próprias dotações de mercadorias e/ou quanto aos retornos alcançáveis a partir de seus próprios investimentos produtivos. Eles estão sujeitos à incerteza tecnológica em vez de incerteza de mercado." Jack Hirshleifer, "The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity", 61 AM. ECON. REV. 561, 561 (1971) (avaliando o valor privado e social em um mercado perfeito de informação tecnológica e discutindo as implicações desses valores para o sistema de patentes); veja também Peter A. Diamond, *The Role of a Stock Market in a General Equilibrium Model with Technological Uncertainty*, 57 AM. ECON. REV. 759 (1967) (explicando como o mercado de ações lida com a incerteza tecnológica). Mas veja Sanford J. Grossman & Joseph E. Stiglitz, "On the Impossibility of Informationally Efficient Markets", 70 AM. ECON. REV. 393 (1980) (argumentando que mercados informacionalmente eficientes são impossíveis porque os preços refletiriam perfeitamente as informações disponíveis sobre o mercado, negando compensação àqueles que gastam recursos para obter tais informações e, assim, minando o incentivo para produzir, ou introduziriam um custo adicional no preço, de modo que não refletiria mais perfeitamente as informações disponíveis).

⁷⁰ Tendo sempre desejado imitar meu ancestral e associar meu nome a uma lei, eu gostaria de chamar isso de Paradoxo de Boyle. De alguma forma, duvido que o nome pegará.

necessária, imagine uma teologia que postula a ubíqua comida divina dada por Deus - alimento do céu - em sua visão da cidade celestial, mas assume, de outra forma, que a virtude e o trabalho árduo são maximizados em condições de escassez. Agora, use essa teologia como base para uma discussão prática sobre a ética da escassez de alimentos.⁷¹

Essa aporia teórica básica⁷² explica a fraqueza de grande parte da análise econômica dos regimes de informação. Meu ponto não é que a realidade seja mais complicada do que a abstração. Isso seria uma crítica a todas as abstrações, e abstrações são necessárias para a vida. Minha afirmação é que a informação é um caso problemático para esse conjunto específico de abstrações que chamamos de teoria econômica, que ela pode e deve ser representada na teoria de duas maneiras conflitantes e que certos problemas concretos surgem como resultado. Alguns economistas acreditam que esses problemas podem ser resolvidos alterando o nível de análise - de mercados perfeitos para mercados imperfeitos, de informações imperfeitas como commodity para informações imperfeitas como custo de transação e informações perfeitas como componente da estrutura analítica - assim como Russell e Whitehead acreditavam que poderiam banir paradoxos da matemática segregando as partes componentes do paradoxo em diferentes níveis de análise. O Teorema de Gödel convenceu os matemáticos da impossibilidade de se livrarem desse padrão de circularidade, definição recursiva e análise autofágica. Infelizmente, com algumas exceções notáveis que discutirei em breve, os economistas parecem ter evitado um momento comparável de modéstia profissional.⁷³

⁷¹ Na verdade, a analogia subestima o ponto, como a discussão mostrará em breve. De qualquer forma, assim como a microeconomia, as religiões estão repletas de dispositivos mediadores entre o ideal e o real. Considere, por exemplo, como o conflito entre uma visão ideal de um Deus perfeitamente misericordioso e a realidade atual de crianças famintas é mediado por meio de diversos dispositivos conceituais, incluindo "pecado original" e "Deus age de maneiras misteriosas". As ideias econômicas discutidas nesta seção têm nomes mais esotéricos, mas a função básica é semelhante.

⁷² Verificar nota supracitada 5.

⁷³ Para algumas exceções qualificadas a essa afirmação, consulte JACQUES H. DREZE, *Um Paradoxo na Teoria da Informação*, em "ESSAYS ON ECONOMIC DECISIONS UNDER UNCERTAINTY" (1987) (argumentando que o valor da informação pode ser tanto negativo quanto positivo); Torben M. Andersen, *Algumas Implicações da Hipótese do Mercado de Capital Eficiente*, 6 J. ECONOMIA PÓS-KEYNESIANA 281 (1983-1984) (argumentando que o conceito de informação não tem um significado bem definido no mercado de capital eficiente); Grossman & Stiglitz, verificar nota supracitada 69. O artigo clássico que pede um tratamento mais rigoroso da informação foi George J. Stigler, *A Economia da Informação*, 69 J. POL. ECON. 213 (1961). De acordo

A primeira manifestação desse paradoxo na economia da informação é o fato de que os requisitos de "motivação" e os de "eficiência" parecem contraditórios.⁷⁴ Por exemplo, se os mercados devem ser eficientes, os preços

com Stigler, "Mal se deve dizer aos acadêmicos que a informação é um recurso valioso: o conhecimento é poder. No entanto, ela ocupa um cortiço na cidade da economia. Em grande parte, é ignorada...". Id. na página 213. Lendo a literatura econômica sobre informação, é tentador acreditar que havia uma razão para a marginalização da informação observada por Stigler: a informação desempenha o mesmo papel na economia neoclássica que o aluguel desempenhava na economia clássica. É o caso problemático no qual as tensões internas da disciplina vêm à tona.

⁷⁴ Muitos economistas não veem um paradoxo aqui porque a microeconomia é, afinal, o estudo de trade-offs. Como mostrarei em breve, os analistas econômicos do direito tendem a começar pensando na informação como uma mercadoria e, em seguida, introduzem a livre circulação de informações como um fator contraposto que precisa ser "equilibrado" com a necessidade de mercantilização. Veja Landes & Posner, verificar nota supracitada 22, na p. 326, ("Copyright protection ... trades off the costs of limiting access to a work against the benefits of providing incentives to create the work in the first place.").

Na verdade, exceto pelo fato de ignorar o aspecto da distribuição das coisas, esta não é uma má formulação, pois tende a reformular cada questão como um ato de equilíbrio ad hoc, dependendo de fatores locais altamente contextuais e específicos. No entanto, ao diminuir a extensão em que este "ato de equilíbrio" diminui as pretensões científicas da versão pura da teoria, a análise econômica tenta manter sua credibilidade enquanto mantém a ilusão de rigor. Economistas profissionais empregam este tom de certeza com menos frequência do que os praticantes de "direito e economia". Compare id. a 333 ("Em princípio, existe um nível de proteção de direitos autorais que equilibra esses dois interesses competitivos de forma ideal... Veremos ... que várias doutrinas do direito autoral, como a distinção entre ideia e expressão e a doutrina da exceção de uso aceitável, podem ser entendidas como tentativas de promover a eficiência econômica...") (ênfase adicionada) com Hirshleifer, verificar nota 69, (devido à possibilidade de especulação sobre o conhecimento prévio da invenção e as incertezas de riscos "irrelevantes", a proteção de patente pode ou não ser necessária para produzir um incentivo adequado para a invenção).

Também torna um pouco cético notar que, quando feito por analistas econômicos do direito, esse equilíbrio ad hoc de fatores não especificados e não quantificados tende a acompanhar as distinções feitas pela jurisprudência existente com surpreendente fidelidade - surpreendente, a menos que alguém já tivesse assumido que o direito consuetudinário estava caminhando em direção a uma solução economicamente eficiente. Veja George L. Priest, "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules, 6 J. LEGAL STUD. 65 (1977)". Nos últimos anos, no entanto, parece que os economistas começaram a reconhecer que os problemas em conciliar eficiência e incentivos em questões de informação vão mais fundo do que isso. Veja Grossman & Stiglitz, verificar nota 69, na página 405. Os advogados também tiveram seus momentos de ceticismo, o mais famoso sendo Stephen Breyer, "The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs" 84 HARV. L. REV. 281 (1970). As análises mais sofisticadas

devem refletir perfeitamente a informação disponível. No entanto, a informação é dispendiosa de obter. Se os preços refletem perfeitamente a informação disponível, sem nenhuma parte do preço indo para o produtor da informação, então não há incentivo para produzir mais informação. Postular eficiência na produção de informação implica assumir a inexistência do incentivo necessário para produzir. Postular o incentivo torna a eficiência impossível. Parece ser um paradoxo clássico. Esta não é uma observação limitada aos céticos da economia da informação; alguns dos economistas mais sofisticados que escrevem sobre o assunto reconheceram esse problema: "Há um conflito fundamental entre a eficiência com que os mercados disseminam a informação e os incentivos para adquirir informação".⁷⁵ São os direitos de propriedade na informação um custo de transação que impede a circulação plena e eficiente da informação? Pode parecer óbvio que são. Afinal, a informação perfeita é um dos elementos do mercado perfeito. Se a informação pode ser transformada em mercadoria, então uma série de custos de transação são introduzidos no fluxo de informação e é concedido um monopólio limitado em meio a um sistema supostamente baseado na concorrência.⁷⁶

recentes foram feitas por Wendy Gordon. Veja Wendy J. Gordon, "Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors", 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982); Wendy J. Gordon, "An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory", 41 STAN. L. REV. 1343 (1989) [a seguir Gordon, *Méritos do Direito Autoral*]; Gordon, verificar nota supracitada 19.

⁷⁵ Grossman & Stiglitz, conforme mencionado na nota supracitada 69, na página 405.

⁷⁶ Esse conflito é geral e não se limita apenas a questões de informação. O Juiz Easterbrook argumentou recentemente que tanto juízes quanto economistas superestimam o grau em que os direitos de propriedade intelectual (e, em particular, os direitos de patente) conferem um monopólio. Ele argumenta que os direitos de propriedade intelectual não diferem dos direitos de propriedade tangível.

Problema: As patentes não são monopólios, e o equilíbrio não é entre proteção e divulgação.

As patentes conferem o direito de exclusão, assim como a lei de invasão o faz com a propriedade real. ... Uma patente pode criar um monopólio, assim como um fabricante de automóveis pode possuir todas as instalações de produção de automóveis, mas propriedade e monopólio geralmente diferem.

Easterbrook, verificar nota supracitada 65, na página 109.. Se Easterbrook está apenas apontando que as consequências econômicas da concessão de diferentes patentes serão diferentes, dadas as diversas possibilidades de bens substitutos, etc., o ponto é válido. Na verdade, são precisamente essas dificuldades empíricas que minam as declarações mais amplas dos economistas sobre a eficiência do sistema de patentes como um todo, verificar Hirshleifer, nota supracitada 69. Quanto ao seu outro ponto, Easterbrook pode estar certo de que os juízes superestimam as qualidades monopolísticas da propriedade intelectual.

No entanto, a imagem muda quando a informação é vista não como um elemento dentro da estrutura teórica do sistema econômico, mas sim como uma mercadoria produzida e distribuída de acordo com as regras desse sistema. Na verdade, a maioria das análises econômicas da informação adota essa "perspectiva da mercadoria".⁷⁷ A partir dessa perspectiva, o objetivo da análise é descobrir o nível de direitos de propriedade que produzirá o nível ótimo de produção. Pegue o caso clássico de *"International News Service v. Associated Press"*.⁷⁸ A *"Associated Press"* (AP) operava um serviço de coleta de notícias.

No entanto, seu artigo, como muitas análises econômicas, parece cometer o erro oposto, subestimando o grau em que todos os direitos de propriedade podem ter efeitos monopolísticos ou quase monopolísticos. Direitos de propriedade são frequentemente trunfos contra as forças de mercado; esse ponto causa problemas consideráveis para a análise econômica.

Assim, um economista perguntaria: "Se eu valorizo mais a sua casa do que você (medido pela nossa capacidade relativa e disposição de pagamento), por que não deveria ser capaz de obrigá-lo a vendê-la para mim, quer você goste ou não?" Na verdade, a tendência geral na análise econômica da Escola de Chicago é usar o preço de oferta em vez do preço de venda como medida. Sob essa medida, uma venda forçada movimentaria recursos para o seu uso de maior valor.

Mas, como fazemos uma classificação pré-teórica da questão como sendo sobre "direitos de propriedade estabelecidos", usamos o preço de venda em vez do preço de oferta como medida de valor. Você tem o direito de manter a casa, a menos que o preço de venda seja igual ou inferior ao meu preço de oferta - em outras palavras, a menos que você esteja disposto a vendê-la para mim. No entanto, se houver um "interesse público" envolvido ou um conflito de usos de terra existente, mudamos as caixas doutrinárias para a desapropriação ou incômodo e alteramos nossa medida de valoração de volta para o preço de oferta.

Precisamos de um princípio ou algoritmo geral que identifique as questões que devem ser analisadas em termos do cálculo de utilidade livre (e preço de oferta) e as questões que devem ser analisadas em termos de direitos de propriedade estabelecidos (e preço de venda). Na ausência de tal princípio, os analistas econômicos parecem ser culpados exatamente do tipo de equilíbrio ad hoc para o qual repreendem outros acadêmicos de direito.

É verdade que pode não haver problema com relação a nenhum direito de propriedade específico. Você pode detestar minha casa, e a patente pode ser para um dispositivo que ninguém deseja usar. No entanto, isso dificilmente resolve o problema teórico mais geral, e também tende a reduzir todas as questões de propriedade (e propriedade intelectual) a investigações infinitamente particulares e empíricas, negando a possibilidade exatamente do tipo de declarações amplas sobre a eficiência ou ineficiência de áreas doutrinárias inteiras pelas quais a análise econômica é conhecida.

⁷⁷ Obviamente, existem várias razões para isso, muitas delas boas. Mais adiante neste artigo, sugirirei que uma das razões não tão boas é uma dependência não reconhecida e em grande parte inconsciente de um modelo particular de autoria como o padrão pelo qual medir todas as questões de informação. Veja mais na Seção X.B. abaixo.

⁷⁸ 248 U.S. 215 (1918).

Uma rede internacional de correspondentes e agências de notícias fornecia notícias que eram impressas nos jornais da AP. Infelizmente para a AP, a International News Service (INS), que operava um aparato de coleta de notícias muito menos abrangente, tinha o hábito de pegar carona nos esforços da AP. Os funcionários da INS coletavam notícias nos quadros de avisos da AP e nas primeiras edições de seus jornais da costa leste e, em seguida, reimprimiam as notícias, aproveitando frequentemente a diferença de fuso horário entre as costas leste e oeste.

O caso INS levanta uma questão difícil para a análise econômica. Uma linha de retórica e análise indica que devemos garantir aos produtores os frutos de seus esforços e, assim, induzi-los a produzir mais. Sem algum interesse legalmente protegido nas notícias que coleta, a AP presumivelmente estaria em desvantagem competitiva. As notícias se tornariam um "problema de bens públicos". Incapaz de excluir seus concorrentes dos frutos de seus esforços, a AP seria forçada a reduzir suas atividades de coleta de notícias - assim como todos os outros jornais. Portanto, embora os consumidores estejam dispostos a pagar por um nível mais elevado de coleta de notícias, será impraticável para qualquer jornal individual fornecer esse serviço. Colocado dessa forma, a criação pelo tribunal de um interesse legalmente protegido na liberdade de concorrência desleal na coleta de notícias é a solução perfeita para o problema dos bens públicos. Ao permitir a mercantilização, ela assegura a produção contínua e evita os dilemas do prisioneiro estabelecidos pelo regime alternativo.

No entanto, não se podem resolver os problemas da análise econômica apenas adotando a perspectiva da mercadoria, deixando de lado a competição perfeita e as preocupações com a eficiência da informação. O problema do fluxo livre de informações reaparece dentro do novo modelo. Por exemplo, devemos abordar a questão da "exceção de uso aceitável" no direito autoral através da lente da perspectiva da mercadoria? Se o fizermos, toleraremos apenas limitações aos direitos de propriedade intelectual quando essas limitações forem necessárias para minimizar os custos de transação ou alcançar objetivos públicos bem definidos? A análise acadêmica mais sofisticada adota essa abordagem.⁷⁹ Portanto, ela tenta preservar os incentivos para os criadores, estabelecendo até uma tipologia de "exceção de uso aceitável", atribuindo ou negando direitos de propriedade em parte de acordo com se esses usos tenderiam a reduzir a recompensa disponível para o autor.⁸⁰ No entanto, a análise ignora

⁷⁹ Veja Fisher, nota supracitada 22.

⁸⁰ Id nas páginas 1766-1779.

em grande parte a perspectiva oposta, a do fluxo eficiente de informações. Se mudarmos a perspectiva, veremos que um objetivo importante da lei da "exceção de uso aceitável" é garantir que futuros criadores tenham à disposição um suprimento adequado de matérias-primas. A partir dessa perspectiva, muitos "incentivos" poderiam converter o domínio público em uma paisagem de terrenos privados.

Para sua vantagem, alguns analistas econômicos tentaram conciliar as duas perspectivas. Assim, por exemplo, Landes e Posner descrevem o direito autoral como construído pela tensão entre a necessidade de conceder interesses legalmente protegidos aos autores para motivá-los e a necessidade de limitar os direitos autorais para permitir aos futuros criadores o acesso legal às matérias-primas de que necessitam.⁸¹ Isso parece razoável o suficiente, mas também os deixa perigosamente perto da análise "balanceada" que a economia deveria evitar. Ao mesmo tempo, a aporia reaparece na questão da classificação dentro da teoria. Por exemplo, como devemos classificar um diretório telefônico de agentes e editoras ou uma medida de preço de índice em um mercado futuro de livros? O primeiro - as informações necessárias para fazer o mercado funcionar - é algo que deve estar disponível gratuitamente? O último é uma mercadoria na qual os criadores devem ser capazes de reivindicar um legítimo direito de propriedade intelectual se quisermos incentivar a produção contínua de informações? Ou é exatamente o oposto?⁸²

⁸¹ Landes & Posner, verificar nota supracitada 22, na página 326. Em outro contexto, poderíamos esperar que Landes e Posner se envolvessem em uma daquelas encantadoras "suposições de abridor de lata", em que apenas assumimos que os autores contratarão o direito de usar exatamente as fontes inspiradoras necessárias, nem mais nem menos. Afinal, o Juiz Posner pode imaginar que advogados que trabalham com honorários de risco virão em bandos para as prisões a fim de perseguir reivindicações de danos meritórias: "Estimular o uso de advogados pagos fornece um teste de mercado para o mérito da reivindicação do prisioneiro. Se for uma reivindicação meritória, haverá dinheiro para um advogado; se não for, não deveria ser imposta a algum advogado desafortunado." *McKeever v. Israel*, 689 F.2d 1315, 1325 (7º Circuito, 1982) (Posner, J., divergente). Por que ele não deveria imaginar T.S. Eliot pagando pequenos royalties a todos, desde Dante até os inventores do baralho do tarô? Curiosamente, Landes e Posner parecem assumir desde o início que essa solução é completamente impraticável. Em vez disso, a melhor maneira de incentivar a produção é limitar os interesses protegidos legalmente do criador ab initio. Talvez os autores sejam permitidos a existir em um mundo menos estritamente constrito pelas artimanhas da fantasia econômica.

⁸² Recorrer às categorias tradicionais do direito autoral - a expressão pode ser de propriedade, mas não as ideias ou fatos - simplesmente coloca a questão de lado. Poderíamos optar por analisar a expressão no nosso modo "comodidade"

Meu argumento não é apenas que os analistas estão se concentrando muito em motivar os criadores e não o suficiente no livre fluxo de informações. Estou afirmando que uma mudança no foco da análise não resolve essas dificuldades; ela apenas inverte a "polaridade" delas. Existem questões que os economistas tendem a analisar pensando na informação como informação, e não como uma mercadoria - por exemplo, a discussão da hipótese do mercado de capitais eficiente. No entanto, como alguns economistas apontaram, a menos que as questões de mercantilização e incentivo sejam incorporadas à análise, a teoria entra em paradoxo assim que os menores custos ou imperfeições são introduzidos nela. O melhor exemplo vem da descrição de Grossman e Stiglitz do mercado de futuros que se autodestrói.

Sempre que houver diferenças nas crenças que não são completamente arbitrárias, há um incentivo para criar um mercado. (Grossman, 1977, analisou um modelo de uma mercadoria armazenável cujo preço à vista não revelava todas as informações devido à presença de ruído. Assim, os negociadores ficaram com diferenças de crenças sobre o preço futuro da mercadoria. Isso levou à abertura de um mercado futuro. Mas, então, os negociadores desinformados tinham dois preços que revelavam informações a eles, o que implicava a eliminação do ruído.) No entanto, porque as diferenças nas crenças são elas próprias endógenas, decorrentes do gasto com informações e da informatividade do sistema de preços, a criação de mercados elimina as diferenças de crenças que lhes deram origem e, assim, faz com que esses mercados desapareçam...

Portanto, poderíamos argumentar que assim que as suposições do modelo convencional de mercados de capitais perfeitos são modificadas para permitir mesmo uma pequena quantidade de imperfeição na informação e um pequeno custo da informação, a teoria tradicional se torna insustentável...

... Porque a informação tem um custo, os preços não podem refletir perfeitamente a informação que está disponível, uma vez

e fatos e ideias no nosso modo de "livre circulação de informações". Assim, ao eliminar a própria aporia que precisamos resolver, poderíamos estudar a produção de textos sob o regime atual - para descobrir nossa metodologia triunfantemente confirmada à medida que redescobrissemos o próprio padrão de escolhas que nós mesmos havíamos feito momentos antes.

que, se o fizessem, aqueles que gastassem recursos para obtê-la não receberiam compensação.⁸³

⁸³ Grossman & Stiglitz, verificar nota supracitada 69, às páginas 404-05. (ênfase adicionada). As defasagens de tempo ou outras imperfeições na transmissão de informações por meio dos preços, necessárias para aqueles que criam informações negociarem com base nelas, são cruciais para a discussão da negociação com informações privilegiadas. Consulte a parte VIII abaixo. Em um artigo que estuda os mecanismos informativos da eficiência do mercado, Ronald Gilson e Reinier Kraakman argumentaram que o "paradoxo da eficiência" ocorre apenas quando o mercado é totalmente eficiente: "Embora argumentemos que um viés evolutivo empurra o mercado em direção à eficiência, o Paradoxo da Eficiência surge apenas quando a eficiência total é alcançada. Nossa ênfase nos custos de informação reconhece que os preços não precisam ser perfeitamente eficientes em relação a qualquer informação específica." Ronald J. Gilson & Reinier H. Kraakman, *The Mechanisms of Market Efficiency*, 70 VA. L. REV. 549, 623 (1984). No entanto, eles reconhecem que essa noção de limites não explica a aparente inconsistência entre as conclusões de Grossman e Stiglitz e sua própria análise de dois mecanismos de mercado específicos - negociação universalmente informada e profissionalmente informada - uma análise que "aponta explicitamente para alcançar tal eficiência equilíbrio." Id. Aos olhos deles, no entanto, "o conflito entre essas perspectivas é mais aparente do que real". Id. Sua solução é uma variação interessante de uma análise que deve ser familiar até agora. Em resumo, a ideia deles é que o primeiro negociador que ganha acesso ou desenvolve alguma informação útil poderá lucrar com ela - recebendo assim um incentivo adequado - e que o equilíbrio pode ser mantido a partir daí a um custo muito baixo.

A literatura empírica não demonstra que os originadores de [uma visão útil] não tenham conseguido um retorno sobre seus esforços. Em vez disso, é razoável supor que eles obtiveram um retorno aceitável pela informação, mas que o segredo foi posteriormente dissipado pela descoberta por concorrentes (ou mesmo acadêmicos). Assim entendido, a questão levantada pelo Paradoxo da Eficiência não é se existem incentivos para induzir a inovação original. Pelo contrário, o enigma é explicar como um equilíbrio eficiente é mantido uma vez que a inovação se torna tão amplamente conhecida que o lucro já não é possível para aqueles que a exploram...

... Devido às características de custo conjunto, a manutenção do equilíbrio é efetivamente sem custo, e o Paradoxo da Eficiência desaparece.

Id. em 625 (nota de rodapé omitida). A primeira parte do argumento, que localiza o incentivo no monopólio temporal do originador para negociar o valor da informação, é muito semelhante às reflexões de Hirshleifer sobre o sistema de patentes, ver Hirshleifer, verificar nota supracitada 69, assim como à descrição de Manne da negociação de informações privilegiadas como a compensação necessária para atos empreendedores, ver texto a seguir acompanhando as notas 224-40. Dado o privilégio de negociar, o originador não precisa de um interesse legalmente protegido (no modelo de direitos autorais ou patentes, por exemplo) para incentivar a criação futura de informações. A segunda parte da análise emprega um método filosófico tradicional para contornar paradoxos de estado/processo - paradoxos como a história de Zenão

Mudando de perspectiva novamente, poderíamos pensar que a mercantilização é a resposta. Um mercado de futuros produz informações, na forma do preço dos contratos futuros. Normalmente, não pensamos no preço como um bem público, mas ele parece se encaixar em todos os critérios. Neste caso, é uma mercadoria valiosa que requer esforço considerável para ser criada e está disponível posteriormente a um custo marginal próximo a zero.⁸⁴ Se desejarmos eliminar o problema dos bens públicos, a resposta pode ser mercantilizar a medida de preço - afirmar um direito de propriedade intelectual na saída de preço do mercado - a fim de impedir que outros tenham acesso gratuito às informações. No entanto, se há algo que a microeconomia não pode justificar tratar como um bem público, certamente é o preço.

Se tudo isso parece uma conclusão à la Alice no País das Maravilhas, vale a pena considerar o caso de "Board of Trade v. Dow Jones & Co".⁸⁵ no qual o tribunal reconheceu que a Dow Jones tinha um "interesse proprietário em seus índices e médias, que a investe com o direito exclusivo de licenciar seu uso para negociação de contratos de futuros de índices de ações".⁸⁶ O tribunal apontou, no entanto, que "a extensão do monopólio do réu seria limitada, pois, como o réu observa, existem infinitos índices de mercado de ações que poderiam ser concebidos".⁸⁷ O caso Dow não vai tão longe quanto a "bolsa de valores secreta"

da flecha que nunca pode atingir seu alvo, pois deve passar por uma série infinita de distâncias cada vez menores. Com o processo inicial simplesmente postulado, não temos dificuldade em pensar na flecha tremendo no alvo, mantendo o equilíbrio. No entanto, como acreditado que Kraakman e Gilson concordariam, se passarmos da modelagem abstrata de possíveis mecanismos de mercado para a análise real de um mercado específico, teremos nos movido muito rapidamente, pois postular isso é afirmar o que deve ser provado. Na abstração, não há como saber se a vantagem temporal de estar em posse da informação em primeiro lugar e ter o privilégio de negociar é uma compensação inadequada, exigindo maiores direitos de propriedade intelectual, ou uma supercompensação que incentivará muitos traders a investir demais na aquisição de informações para ganhar vantagem sobre outros traders. Veja Eugene F. Fama & Arthur B. Laffer, *Information and Capital Markets*, 44 J. Bus. 289 (1971).

⁸⁴ Cf. Harold Demsetz, em seu artigo "The Private Production of Public Goods" (1970), aponta que a característica fundamental de um bem público é que "é possível, sem custo adicional, permitir que pessoas adicionais desfrutem da mesma unidade de um bem público" (tradução livre). Então, por que o preço não é considerado um bem público?

⁸⁵ 456 N.E.2d 84 (Ill. 1983). Quanto à conexão entre este caso e o caso INS, consulte Douglas G. Baird, "Common Law Intellectual Property and the Legacy of International News Service v. Associated Press", publicado na "University of Chicago Law Review" em 1983.

⁸⁶ Dow Jones, 456 N.E.2d em 90.

⁸⁷ Id.

que propus meio que em tom de brincadeira, mas exemplifica a tensão inerradicável entre a noção de informação perfeita e mercados sem atrito e a noção de "*commodification*" (mercantilização) e direitos de propriedade.

Essa tensão interna na análise sempre deixa em aberto a questão se um problema específico deve ser classificado como um problema de bens públicos para o qual o remédio é a mercantilização,⁸⁸ ou um problema de monopólio de informações para o qual o remédio é a competição desimpedida.⁸⁹ O problema

⁸⁸ Alternativamente, a solução poderia ser algum tipo de sistema de impostos e transferências estatais para alcançar os mesmos objetivos. Essa solução de mercantilização pode parecer ir contra a sabedoria convencional de que bens públicos ou coletivos são aqueles dos quais outros não podem ser excluídos. Se o bem pode ser mercantilizado, poder-se-ia perguntar, isso significa que ele nunca foi um bem público em primeiro lugar? Do meu ponto de vista, essa dificuldade depende de uma certa confusão dos pressupostos básicos sobre interesses legalmente protegidos, uma confusão que é relativamente comum na escrita de economistas sem formação jurídica. Os economistas tendem a pensar que um conceito de propriedade não diferenciada resolveu muitas das questões de internalização/externalidade, não fazem uma distinção clara entre a exclusão física e legal de usuários de bens públicos, tendem a subestimar o quanto os direitos de propriedade podem ser fragmentados e tendem a insistir em uma separação um tanto ingênua entre o direito público e o direito privado. O problema real com os bens públicos é que a falha dos usuários em internalizar todos os seus custos levará a uma produção insuficiente. (Embora alguns economistas acreditem que, em alguns casos, isso possa realmente levar a uma superprodução. Hirshleifer, verificar nota supracitada 69, na página 569. (pp. 563-613) Calif. Law Rev. The Principle of Hadley v. Baxendale, EISENBERG, Melvin Aron, 1992. Demsetz faz um ponto semelhante.

Frequentemente, há confusão entre o conceito de bem público, conforme entendo, que afirma que é possível, sem nenhum custo, que outras pessoas possam usufruir da mesma unidade de um bem público, e um conceito diferente, que pode ser identificado como um bem coletivo, que impõe a condição mais rigorosa de que é impossível excluir não compradores de consumir o bem.

Demsetz, verificar nota supracitada 84, na página 295. (pp. 289-305) Calif. Law Rev. Nader's Failures? SUGARMAN, Stephen D, 1992. Uma ideia central por trás de grande parte da literatura de direito e economia desde Coase é que muitos dos problemas tradicionalmente resolvidos por meio de recurso ao sistema de tributação estatal podem ser igualmente bem atendidos por um sistema de direitos de propriedade limitados, como os encontrados em direitos autorais ou patentes.

⁸⁹ Por exemplo, considere o seguinte:

É verdade que sob um sistema de patentes, em geral, haverá algum déficit no retorno ao inventor, devido aos custos e riscos na aquisição e aplicação de seus direitos, sua duração limitada no tempo e a inviabilidade de uma política de taxas perfeitamente discriminatórias. Do outro lado estão as desvantagens reconhecidas das patentes: os custos sociais do processo administrativo-judicial, o possível impacto anticompetitivo e a restrição da produção devido à carga marginal das taxas de patentes. Como um julgamento de segunda melhor, algum

de classificação não é apenas empírico. Até a existência de evidências empíricas precisas (do tipo atualmente indisponível para qualquer área de regulação de informações, exceto, possivelmente, preços de mercado de ações) não revelaria a resposta correta a menos que também tivéssemos decidido em que nível de generalidade a análise deveria ser feita. No caso "Feist Publications v. Rural Telephone Service Co.",⁹⁰ por exemplo, a Suprema Corte negou proteção de direitos autorais aos compiladores de um diretório telefônico das "Páginas Brancas". A lógica da análise que acabei de aplicar ao caso INS pode parecer indicar que era necessário dar aos compiladores do diretório alguma proteção. Afinal, os diretórios apresentam problemas clássicos de bens públicos. O custo de criação é alto, mas é possível que usuários adicionais desfrutem da mesma unidade do bem assim criado a um custo extra mínimo. Em outras palavras, é caro criar e barato copiar. O tribunal não concordou com isso. Em parte, por meio de distinções doutrinárias (direitos autorais em vez de concorrência desleal) e em parte por meio de um ato definicional (os diretórios telefônicos não são originais, então, nesse sentido, nada de verdadeiramente novo está sendo criado), o tribunal se afastou da teoria do "suor da testa" e negou proteção de direitos autorais aos compiladores.

A princípio, parece que a decisão no caso "Feist" não tem nada a nos dizer sobre a análise econômica. No entanto, ao examiná-la mais de perto, torna-se evidente que o Tribunal não estava tanto rejeitando a perspectiva da mercadoria, mas sim alterando o nível de generalidade da análise. Do ponto de vista da Justiça O'Connor, foi a estrutura da Lei dos direitos autorais como um todo que impressionou o equilíbrio certo entre a necessidade de recompensar os produtores e a necessidade de manter a concorrência e o livre fluxo de

grau de proteção por patente tem parecido um compromisso razoável entre os objetivos buscados.

Mas o reconhecimento da posição única do inovador para prever e, consequentemente, capturar partes dos efeitos pecuniários - as transferências de riqueza devido a reavaliações de preços - pode colocar as coisas sob uma luz diferente. O caso "ideal" do detentor da patente obter todo o benefício tecnológico já não é tão ideal. Pois, o mesmo inventor está em posição de colher lucros especulativos também; contando com eles, ele claramente seria supercompensado.

...Temos razões para acreditar que os lucros especulativos potenciais para o inventor, a partir dos efeitos pecuniários que seguirão à divulgação das informações em seu único controle, serão tão grandes que a sociedade não precisa se preocupar em reservar para ele nenhuma parte do benefício tecnológico de suas informações? A resposta aqui é indeterminada.

Hirshleifer, verificar nota supracitada 69, nas páginas 571-72 (nota de rodapé omitida).

⁹⁰ Suprema Corte, volume 111, página 1282 (1991).

informações. Uma vez que a lei de direitos autorais como um todo permite a mercantilização da expressão, mas não das ideias ou fatos que essa expressão contém, e uma vez que o tribunal considera essa disposição específica de fatos como "não original", nenhum interesse legalmente protegido pode ser reconhecido. Somente após essa decisão prévia sobre o nível de generalidade ter sido tomada é que as perguntas sobre eficiência e incentivo podem ser feitas de maneira inteligível

Por todas essas razões, a análise econômica dos regimes de informação é extraordinariamente indeterminada. Uma pessoa que lê as afirmações confiantes de acadêmicos de Direito sobre a eficiência superior do regime de patentes em relação ao regime de direitos autorais,⁹¹ ou a ineficiência econômica da regulamentação da negociação com informações privilegiadas⁹² e da Lei de Fraudes,⁹³ ficaria surpresa ao descobrir que os economistas não podem concordar sobre a questão fundamental de se, na ausência de mercantilização, haverá subinvestimento ou superinvestimento na produção de informação. Kenneth Arrow adota uma posição que parece apoiar o resultado no caso INS. Ele argumenta que sem direitos de propriedade, haverá produção insuficiente de informações, porque os produtores de informações não poderão capturar seu verdadeiro valor.⁹⁴ Fama e Laffer, por outro lado, argumentam que haverá geração excessiva de informações, porque algumas informações serão produzidas apenas para obter uma vantagem temporária na negociação, redistribuindo riqueza, mas não alcançando uma eficiência alocativa maior.⁹⁵ Em outras palavras, na ausência de direitos de propriedade de informações, pode

⁹¹ Consulte Wiley, verificar nota supracitada 64.

⁹² Consulte o texto a seguir, verificar notas de 224 a 240.

⁹³ Veja Easterbrook, verificar nota supracitada 1; Kronman, verificar nota supracitada 55; Levmore, verificar nota supracitada 55.

⁹⁴ Kenneth Arrow, em seu artigo "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention" (Bem-Estar Econômico e Alocação de Recursos para a Invenção), discute as tensões entre eficiência e a provisão anticompetitiva de incentivos. Arrow argumenta que mesmo com direitos de propriedade intelectual, é improvável que conhecimento suficiente seja produzido. Ele sugere que "para uma alocação ótima à invenção, seria necessário que o governo ou alguma outra agência que não esteja sujeita a critérios de lucro e perda financiasse a pesquisa e a invenção". Arrow usa essa ideia para oferecer uma defesa parcial do método "custo mais remuneração" no desenvolvimento de armamentos para o exército. Michael Perelman, por outro lado, utiliza uma lógica semelhante em seu artigo "High Technology, Intellectual Property, and Public Goods: The Rationality of Socialism" (Alta Tecnologia, Propriedade Intelectual e Bens Públicos: A Racionalidade do Socialismo) para chegar a uma conclusão que é indicada por seu título.

⁹⁵ Fama e Laffer, verificar supracitada nota 83.

haver investimento ineficiente de recursos sociais em atividades que apenas fatiam o bolo de maneira diferente, em vez de torná-lo maior. Hirshleifer faz uma análise semelhante do direito de patente, concluindo que o direito de patente pode ser tanto um incentivo necessário para a produção de invenções quanto um monopólio legal desnecessário em informações que compensam excessivamente um inventor que já teve a oportunidade de negociar com as informações implícitas em sua descoberta.⁹⁶ É difícil pensar em uma incerteza mais fundamental.⁹⁷

Minha argumentação neste artigo é que grande parte da análise econômica contemporânea encobre essas tensões, aporias e suposições empiricamente não verificáveis, recorrendo inconscientemente à noção do autor romântico. Tentei demonstrar que a maioria dos problemas na economia da informação poderia ser retratada (na ausência de informações empíricas mais detalhadas) como problemas de bens públicos para os quais o Estado escolheu sabiamente o remédio da “commodificação” para evitar a subprodução, ou como possíveis monopólios nos quais custos de transação intoleráveis são introduzidos no livre fluxo de informações. Nas partes posteriores, argumentarei que essa escolha é frequentemente dissimulada por uma dependência implícita da noção de autor, uma dependência que tende a orientar a análise em direção à

⁹⁶ Hirshleifer, verificar nota supracitada 69, nas páginas 572 à 573.

⁹⁷ O problema é ainda mais complicado pelo fato de muitos economistas profissionais parecerem ter uma compreensão ingênua e pré-realista da lei. Em particular, são comuns os seguintes erros recorrentes. Economistas profissionais frequentemente falam como se houvesse um conjunto natural de direitos de propriedade que automaticamente acompanhasse um mercado livre. Eles fazem suposições fortes e não explicadas de que certos tipos de atividades (por exemplo, negociação com base em informações superiores) serão “naturalmente” permitidos, mas que certos outros (por exemplo, negociação com base em força física superior) não o serão. Esse tipo de erro também se infiltra no trabalho de alguns advogados-economistas, como Easterbrook e Levmore. Para a extensão em que eles usam o conceito de propriedade, os economistas tendem a assumir que os direitos de propriedade “absolutos” são a posição padrão. Os debates entre Laffer e Arrow mostram os resultados dessas deficiências. Por exemplo, tanto Arrow quanto Laffer parecem assumir que a posição “natural” não regulamentada é que alguém teria “privilégios”, mas não “direitos” para negociar informações. Mas se não existe tal coisa como um mercado natural e não regulamentado, teríamos que comparar a eficiência de todas as posições legais possíveis, especialmente porque o sistema legal realmente usa o conjunto completo dos correlatos jurais de Hohfeld na regulamentação de diferentes tipos de informações. Para uma excelente descrição das muitas relações legais diferentes em torno de informações valiosas, consulte Easterbrook, verificar nota supracitada 1, nas páginas 313-14. pp.(307-316) Calif. Law Rev. Vol. 80, No. 2, Tribute. Retirement of Sheldon L. Messinger, SKOLNICK e TONRY e MORRIS e BITTNER e ZIMRING, 1992

visão de incentivos/mercadoria da informação. Isso poderia ter sérias consequências negativas, pois levará os analistas (e governos) a apoiar uma maior mercantilização da informação do que a necessária. Esse discurso também poderia ser usado de forma cínica para proteger os monopólios de informações existentes. Os economistas estariam principalmente preocupados com as possíveis perdas de eficiência implícitas nesse resultado. Na conclusão, argumento que também existem questões profundas de distribuição que devem nos preocupar, principalmente se acreditarmos que a informação está se tornando um dos recursos primários na economia internacional.

Quanto aos fatos, as evidências empíricas, das quais há surpreendentemente poucas, parecem justificar essas conclusões, ou pelo menos lançar dúvidas sobre as suposições atuais quanto ao nível de proteção internacional de propriedade intelectual necessário para promover a pesquisa e a inovação. Um estudo histórico e estatístico sobre o efeito da proteção de patentes no desenvolvimento de medicamentos em países desenvolvidos e em desenvolvimento, de 1950 a 1989, descobriu que:

A existência de um sistema de patentes não é um requisito para invenções. A relação entre sistemas de patentes e sua influência na capacidade inventiva de países desenvolvidos também foi testada. Dois testes diferentes usando o coeficiente de Yule mostraram de forma conclusiva que, para os países em que quase todas as invenções são feitas, a relação não é significativa.

... A hipótese de que o número de invenções aumentaria juntamente com o aumento mundial dos sistemas de patentes também foi considerada, mas foi concluído que não há relação significativa entre essas duas variáveis, seja nos Estados Unidos ou no mundo em geral.⁹⁸

A certeza dessas conclusões justifica algum ceticismo. Foi observada uma pequena correlação (coeficiente de associação de Yule = 0,15) entre a proteção de patentes e a invenção em países desenvolvidos.⁹⁹ No entanto, como os autores observam, existe uma correlação muito mais significativa entre o desenvolvimento econômico e a invenção (coeficiente de associação de Yule =

⁹⁸ Pablo Challu et al., "The Consequences of Pharmaceutical Product Patenting", 15 *COMPETIÇÃO MUNDIAL* 65, 115 (1991).

⁹⁹ Id. em 68.

0,94).¹⁰⁰ No entanto, quando a questão é qual nível de direitos de propriedade intelectual manter domesticamente, a última correlação é de relevância duvidosa, pelo menos para países desenvolvidos. Por outro lado, a ausência de uma forte correlação entre patentes e invenção é significativa, e o estudo certamente tende a minar as alegações feitas pelo mundo desenvolvido de que um regime internacional mais forte de propriedade intelectual é necessário para incentivar a inovação.

Finalmente, embora todos esses estudos mereçam ceticismo metodológico, os estudos que apoiam a proteção de propriedade intelectual parecem ser ainda mais problemáticos. Um estudo estimou que, sem proteção por patente, sessenta e cinco por cento dos novos medicamentos produzidos pela indústria farmacêutica dos Estados Unidos não teriam chegado ao mercado.¹⁰¹ No entanto, a análise se baseou em dados fornecidos pela indústria farmacêutica em resposta a um questionário sobre o impacto da proteção por patente na pesquisa e desenvolvimento. Os problemas com esse método são bastante óbvios.

Em outro contexto, os paradoxos e as incertezas empíricas da análise econômica podem ser de interesse principalmente teórico. Nas discussões sobre informações, eles têm relevância prática imediata para quase todas as questões. Em parte, isso se deve ao fato de os economistas - para o seu grande crédito - terem liderado as tentativas de tratar as informações de forma holística.¹⁰² Outra razão pode residir na percepção de que as questões de informações são de alguma forma mais "intangíveis". Escapando mais facilmente das noções absolutistas, formalistas e fiscalistas de propriedade tangível, as informações historicamente pareceram mais suscetíveis a um cálculo utilitário.¹⁰³ Como

¹⁰⁰ Id. em 70.

¹⁰¹ Edwin Mansfield, "Patents and Innovation: An Empirical Study", 32 *MGMT. SCI.* 173, 174-75 (1986)

¹⁰² Verificar nota supracitada 1.

¹⁰³ Até onde sei, direitos autorais e patentes são os únicos tipos de propriedade que têm uma base constitucional explicitamente utilitária. O Congresso é autorizado "Promover o Progresso da Ciência e das Artes Úteis, garantindo aos Autores e Inventores por Tempos Limitados o Direito Exclusivo sobre suas respectivas Obras e Descobertas". U.S. CONST. art. I, § 1, cl. 8. A Cláusula demonstra duas características importantes da propriedade intelectual. Primeiro, a propriedade intelectual parece mais escolhida, mais um artefato social do que outros tipos de propriedade, embora, de fato, não seja. Em segundo lugar, em parte por causa disso, a propriedade intelectual é quase sempre discutida em termos dos benefícios sociais que trará. A pessoa a quem é perguntada por que ela deve ter o direito de acumular seu linho ao lado dos trilhos,

resultado, essas questões muitas vezes são debatidas em termos econômicos, tanto dentro quanto fora do meio acadêmico. Quando a Representante de Comércio dos Estados Unidos argumentou que o “Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio” (GATT) deveria ser usado para pressionar outros países a aumentar seus níveis de proteção de propriedade intelectual, ela recorreu à linguagem dos incentivos econômicos necessários, em vez da teoria trabalhista da propriedade ou da linguagem dos direitos naturais.¹⁰⁴ Mais uma vez, surge a alegação simplista de que mais proteção de propriedade intelectual significa mais inovação e invenção.

Há outra razão pela qual a economia molda o debate sobre questões de informação. A teoria de preços neoclássica não é apenas a linguagem utilitária mais sofisticada disponível, mas também a que melhor reflete as premissas disciplinares - soberania do consumidor, preferências exógenas e assim por diante - que melhor refletem uma visão liberal da produção, distribuição e troca

independentemente do incômodo para a empresa ferroviária, provavelmente dirá "porque é minha terra".

O autor que é perguntado por que ele deve ter algum interesse legalmente protegido em uma obra após ela ter sido transferida através do mercado não pode apelar tão facilmente para nenhuma noção naturalista ou fiscalista de propriedade. Esse fenômeno também é evidenciado no respeito por diferentes tipos de direitos de propriedade; pessoas "boas", que não roubariam um disco de uma loja de discos, mesmo que tivessem certeza de que não estavam sendo observadas, ainda gravam álbuns que não compraram. Por todas essas razões, a propriedade intelectual intuitivamente parece ser um assunto adequado para um cálculo utilitário de interesses sociais. Que outra linguagem melhor do que a economia para discutir "a forma como o incentivo para produzir informações e as demandas do uso atual entram em conflito"? [Easterbrook, verificar nota supracitada 1, em 314. Como resultado, a propriedade intelectual em particular foi objeto de análise econômica muito antes de outras áreas doutrinárias. Veja, por exemplo, Arnold Plant, "The Economic Aspects of Copyright in Books", 1 *Economica* 167 (1934). Curiosamente, este artigo de 1934 argumenta a favor de uma proteção de direitos autorais diminuída. Id. em 194-95.

¹⁰⁴Minhas preferências, como mencionei anteriormente, seriam para uma proteção completa da propriedade intelectual. E, portanto, quanto maior a proteção, mais eu acredito que beneficia os países em desenvolvimento, atraindo assim a transferência de tecnologia, investimentos e esforços criativos. E, claro, quanto mais você protege a propriedade intelectual, mais as empresas estabelecidas estão dispostas a investir em pesquisa e desenvolvimento para tentar resolver os problemas da humanidade, seja em relação a doenças ou na construção de culturas agrícolas, ou qualquer outro propósito, tudo para o benefício das pessoas, onde quer que estejam localizadas.

"News Briefing by U.S. Trade Representative", FED. NEWS SERVICE, 17 de janeiro de 1992, disponível no LEXIS, Biblioteca Nexis, Arquivo FEDNEW (Carla Hills, Comentários sobre a Assinatura de um Memorando de Entendimento Bilateral com a República Popular da China).

de informações.¹⁰⁵ O "mercado de ideias" não é apenas uma metáfora aleatória: é um resumo preciso de muitas das premissas que nossa sociedade traz para a discussão de questões de informação. Em breve, argumentarei que essa metáfora traz ainda mais problemas em seu rastro.

Se a microeconomia se tornou uma das linguagens mais atraentes para discutir questões de informação, é quase inevitável que as cegueiras¹⁰⁶ da análise econômica sejam replicadas nas políticas de informação. Portanto, às dificuldades específicas da análise econômica da informação, somam-se as dificuldades mais gerais da análise econômica do direito - problemas de linha de base, efeitos sobre a riqueza, e assim por diante. Estes já foram analisados em outros lugares, então não vou me deter neles aqui.

Resumindo, existem pelo menos dois tipos de problemas teóricos na análise microeconômica da informação. O primeiro advém dos papéis contraditórios que a informação desempenha no mercado e na teoria microeconômica - a informação como perfeita e imperfeita, direitos de propriedade na informação como incentivos necessários e custos de transação duvidosos, e assim por diante. O segundo tipo de problema decorre do conflito entre as suposições da análise microeconômica e o comportamento social real. Por exemplo, quando crianças de famílias pobres são convencidas por

¹⁰⁵ Pode também existir uma relação mais indireta entre a exaltação da individualidade, inovação criativa e utilitarismo. Schumpeter acreditava que havia:

"O empreendedor típico é mais centrado em si mesmo do que outros tipos, porque ele depende menos de tradição e conexões do que eles, e porque sua tarefa característica - teoricamente, bem como historicamente - consiste precisamente em romper com antigas tradições e criar novas. Embora isso se aplique principalmente à sua ação econômica, também se estende às consequências morais, culturais e sociais dela. Não é, claro, mera coincidência que o período de ascensão do tipo empreendedor tenha dado origem ao utilitarismo."

SCHUMPETER, verificar nota supracitada 14, nas páginas 91-92. O leitor pode notar a semelhança entre a visão de Schumpeter do empreendedor e a ideia de autoria descrita aqui. Essa conexão será explorada na discussão sobre "venda de informações privilegiadas". Veja na Parte VIII.

¹⁰⁶ Eu não necessariamente quero dizer isso como um insulto. Todos os esquemas teóricos funcionam como antolhos, focando a atenção em certos fenômenos enquanto ignoram outros. Em sua forma atual, a análise econômica do direito tende a ignorar os efeitos sobre a riqueza, a opressão estrutural ("irracional"), a possibilidade de criar necessidades além de produtos, e assim por diante. Na medida em que uma versão mais ou menos sofisticada da análise econômica se torna o discurso do poder na regulamentação da informação, tais questões tendem a ser ignoradas ou pelo menos marginalizadas. Do meu ponto de vista, essas parecem ser exatamente as questões que merecem nossa atenção.

publicidade incessante e pressão dos colegas de que "precisam" de tênis de basquete extremamente caros, até um firme defensor da economia liberal pode começar a duvidar tanto da precisão descritiva quanto da justiça prescritiva da aplicação inabalável das normas de "soberania do consumidor" e "preferências exógenas".¹⁰⁷

Que conclusões podemos tirar da combinação desses dois problemas teóricos? A conclusão pessimista seria que uma das maneiras mais influentes de discutir questões de informação é uma teoria tão indeterminada que frequentemente funciona como uma mancha de tinta de Rorschach para as crenças sociais dominantes e os preconceitos do analista. Ao mesmo tempo, essa teoria tende estruturalmente a subestimar questões de poder e desigualdade.

Chame isso de conclusão pessimista. Existe uma otimista? Minha resposta seria um cauteloso "talvez". É uma boa ideia focar em incentivos à produção, custos de transação e nos problemas criados pela presença ou ausência de interesses legalmente protegidos. Certamente é uma boa ideia tentar descobrir os efeitos reais de um regime específico de regulação da informação. Em geral, os economistas não fizeram isso de fato, mas pelo menos falaram sobre isso. A tendência da análise econômica de ir pelo menos um nível abaixo dos conceitos doutrinários reificados também é bem-vinda. Poderíamos imaginar um tipo de economia da informação que fosse sensível a erros de base, problemas de solicitação de ofertas e efeitos de riqueza, que questionasse a realidade das preferências exógenas e que reconhecesse abertamente a tensão entre informação perfeita e "informação como mercadoria". Se esta economia também prestasse mais atenção, do que atualmente está em moda, na diminuição da utilidade marginal da riqueza, eu, pelo menos, ficaria satisfeito.

Se todas estas coisas fossem feitas, que *status* epistemológico e efeito prático teria a economia da informação? Seria um pouco menos imperial, muito mais modesto e muito mais empírico. As suas conclusões seriam mais cuidadosamente protegidas do que são agora e seria declarada abertamente a sua parcialidade – os preconceitos inerentes a qualquer cálculo utilitário, de eficiência ou de maximização do bem-estar e as consequências políticas da distinção entre alocação e distribuição.

¹⁰⁷ Bob Gordon oferece a seguinte definição de "economista": "Um economista é uma pessoa que acredita que a publicidade é um meio de transmitir informações."

Para alguns, este julgamento pode parecer estranho à luz das minhas afirmações de que a economia da informação é assolada por um paradoxo básico ou *aporia*. Se a disciplina é verdadeiramente paradoxal, certamente é inútil? – não importa o quão refinadas sejam as suas conclusões. A resposta, penso eu, é que a economia só é inútil se se fizer um conjunto particular de pressupostos positivistas e cientificistas sobre o tipo de conhecimento que uma teoria tem de fornecer para ser qualificada como uma teoria. É certo que tanto os economistas profissionais como os analistas econômicos do direito – e não apenas os da escola de Chicago – parecem, nos seus momentos mais expansivos, como se subscrevessem esses pressupostos. Mas isso não é motivo para que o resto de nós o faça. A teoria neoclássica dos preços é uma ferramenta valiosa que enriquece a nossa compreensão do mundo. Como todos os sistemas teóricos, ela possui pontos cegos e momentos de "indecisão" formal. Utilizado com consciência dos seus paradoxos e dos seus pontos cegos, com consciência do processo inconsciente de construção interpretativa que esconde a sua indeterminação, seria, no entanto, uma ferramenta teórica valiosa. Vista desta forma, a economia seria um estímulo para nos concentrarmos nos incentivos e no fluxo de informação, para nos preocuparmos com motivações perversas e consequências não intencionais. Seria, em suma, mais um conjunto básico de técnicas analíticas e lembretes do que uma ciência newtoniana.

Quer esta seja ou não a economia que deveríamos ter, não é a economia que temos neste momento. Com algumas exceções significativas, temos uma economia mais parecida com a minha imagem pessimista – uma disciplina aporética que, como espero mostrar no restante deste artigo, muitas vezes esconde sua indeterminação através do romance. Para compreender as origens desse romance, devemos primeiro olhar para a concepção liberal de propriedade.

Assim como a informação, a propriedade tem um papel vital na teoria do Estado liberal. Esse papel impõe certos requisitos contraditórios ao próprio conceito de propriedade.¹⁰⁸ O realismo jurídico, a teoria política lockeana, o pensamento jurídico crítico e o direito e a economia sublinharam - cada um no seu próprio vocabulário - a ideia de que a propriedade é talvez a forma mais

¹⁰⁸ Ver genericamente Francis S. Philbrick, "Changing Conceptions of Property in Law". 86 U. PA. L. REV. 691 (1938); Joseph W. Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld", 1982 WIS. L. REV. 975; Kenneth J. Vandavelde, "The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Modern Concept of Property". 29 BUFF. L. REV. 325 (1980).

importante de que tentamos conciliar o nosso desejo de liberdade e o nosso desejo de segurança.¹⁰⁹ Como podemos ser livres e ao mesmo tempo protegidos da liberdade dos outros, seguros e ainda assim livres para fazer aquilo que queremos fazer?¹¹⁰ A forma mais óbvia de lidar com esta aparente contradição é conceber os direitos de segurança

de uma maneira que os faça parecer absolutos e negue a proposição de que eles restringem a legítima liberdade de ação dos outros. Assim, se definirmos liberdade como ações livres que não afetam de forma alguma os outros, e direitos como proteção absoluta contra dano, a contradição desaparece.¹¹¹

A definição tradicional de propriedade blackstoniana faz exatamente isso. Mas existem tensões conceituais irresolúveis em qualquer formulação deste tipo, um ponto que tem considerável relevância para o direito da propriedade intelectual, como veremos mais tarde. Vandeveldt expõe o problema da seguinte forma:

No início do século XIX, a propriedade era idealmente definida como o domínio absoluto sobre as coisas. As exceções a esta definição impregnaram a lei de propriedade: casos em que a lei

¹⁰⁹ Para colocar em termos mais simples possíveis, a propriedade é uma forte barreira contra outras pessoas potencialmente perigosas, mas, pelo menos desde o declínio do pensamento jurídico clássico, uma barreira mais fraca contra o Estado. Ver, por exemplo, *Hawaii Hous. Auth. v. Midkiff*, 467 US 229 (1984) (sustentando que a condenação da propriedade com o propósito de limitar a concentração da propriedade constitui um uso público na acepção da Quinta Emenda); *Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit*, 304 N.W.2d 455 (Mich. 1981) (permitindo que um município condenasse e transferisse propriedade privada para uma empresa de desenvolvimento com o propósito público de expandir sua base econômica). Os direitos constitucionais, por outro lado, são geralmente uma forte barreira contra o Estado, mas uma barreira fraca contra os partidos “privados”. Ou, como disse um dos meus colegas, toda a panóplia de restrições constitucionais aplica-se às ações do caçador de cães em Gary, Indiana, mas não para a *Exxon* ou a *General Motors*. A melhor explicação da propriedade como mediadora entre liberdade e segurança vem de Singer, verificar nota supracitada 108, e estou em dívida com sua análise.

¹¹⁰ Ver THOMAS HOBBS, “LEVIATHAN” 139-43 (Bobbs-Merrill 1958) (1651); JOHN S. MILL, “ON LIBERTY” 70-86 (David Spitz ed., Norton 1975) (1859); Boyle, Thomas Hobbes. Verificar nota supracitada 10; Duncan Kennedy, The Structure of Blackstone's Commentaries. 28 BUFF. L. REV. 205, 209-21 (1979).

¹¹¹ Singer, verificar nota supracitada 108, em 980.

declarou a existência de propriedade mesmo que não estivesse envolvida nenhuma “coisa” ou que o domínio do proprietário sobre a coisa não fosse absoluto. Cada uma dessas exceções, entretanto, foi explicada. Onde não existia “coisa”, ela era ficcional. Onde o domínio não era absoluto, as limitações podiam ser camufladas pelo recurso a ficções, ou racionalizadas como inerentes à natureza da coisa ou do proprietário. ...

À medida que o século XIX avançava, crescentes exceções aos elementos fisicalistas e absolutistas da concepção de propriedade de Blackstone foram incorporadas à lei.... Isto a desfisicalização foi um desenvolvimento que ameaçou colocar todo o corpus da lei americana na categoria de propriedade. Tal imperialismo conceitual criou graves problemas para os tribunais. Primeiro, se todo interesse valioso constituísse propriedade, então praticamente qualquer ato resultaria em uma invasão sobre ou na apropriação da propriedade de alguém, especialmente se a propriedade ainda fosse considerada absoluta. Em segundo lugar, uma vez que a propriedade tivesse engolido o resto da lei americana, seu significado como uma categoria separada desapareceria. Por outro lado, se certos bens valiosos interesses não fossem considerados propriedade, seria difícil encontrar e justificar os critérios para separar a propriedade da não propriedade.¹¹²

Na medida em que houve uma substituição para esta concepção blackstoniana, foi a noção familiar de “pacote de direitos” do direito de propriedade moderno, uma vulgarização do esquema analítico de correlatos e opostos jurídicos de Hohfeld, vagamente justificado por um utilitarismo grosseiro e aplicado de maneiras amplamente variadas a interesses jurídicos de todos os tipos. O eufônico caso *LeRoy Fibre Co. v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway*¹¹³ é usado em muitas turmas do primeiro ano de faculdade para ilustrar a mudança conceitual. Poderia um fabricante de linho ser considerado culpado de negligência contributiva por empilhar suas pilhas de linho muito perto dos trilhos? A maioria se retraiu só de pensar. O fabricante de linho foi, afinal de contas, empilhando seu linho em sua própria propriedade. “[Os] direitos de um homem no uso de sua propriedade não podem ser limitados pelos

¹¹² Vandeveld, verificar nota supracitada 108, em 328-29.

¹¹³ 232 U.S. 340 (1914).

erros de outro... A concepção legal de propriedade é de direitos. Quando você tenta limitá-los por meio de erros, você arrisca um solecismo.”¹¹⁴ Embora o raciocínio circular da maioria¹¹⁵ tenha vencido, é a concordância parcial de Holmes que aponta para o futuro. uma bolha de vidro, Holmes ficaria feliz em remover o direito à pilha de linho do pacote de direitos de propriedade para qualquer área da propriedade "que estivesse tão perto da pista que corresse perigo, mesmo por causa de um motor administrado com prudência"¹¹⁶. Ele também dirigiu alguns comentários otimistas, embora vagamente crocodilianos, à maioria sobre o assunto de sua preocupação com o aparente relativismo de seu conceito de propriedade.

Não creio que precisemos nos preocupar com o pensamento de que minha visão depende de diferenças de grau. Toda a lei o faz assim que é civilizada. A negligência é de todo grau - a do réu aqui é o grau mais agradável; e entre as variações segundo a distância que suponho existirem e a simples universalidade das regras das Doze Tábuas ou das *Leges Barbarorum*, reside a cultura de dois mil anos.¹¹⁷

Presumivelmente, a maioria se consolou com o fato de que sua preocupação com o absolutismo e a universalidade estava 2.000 anos desatualizada. De qualquer forma, os sinais estavam lá para todos verem. A propriedade já não era concebida como absoluta, como um trunfo garantido contra os interesses da maioria ou do Estado, ou como relacionada com qualquer coisa física. Na verdade, a concepção tinha sido tão completamente relativizada que os tribunais estavam dispostos a admitir que poderiam existir direitos de propriedade restritos a interesses particulares, a serem invocados contra uma pessoa e não contra outra, e apenas em algumas situações e momentos. Mas se for esse o caso, onde está o nosso escudo contra outras pessoas ou contra o Estado? Se o direito à pilha de linho pode ser retirado de setenta metros de terra da *LeRoy Fibre Company* apenas porque haveria benefícios utilitários em deixar a ferrovia funcionar sem ser molestada, então por que não a partir de 100 metros,

¹¹⁴ *Id.* em 350.

¹¹⁵ Se a ferrovia tinha o dever de não causar a destruição apenas daqueles bens mantidos a uma distância razoavelmente segura dos trilhos, onde estava o erro? Dito de outra forma, porque é que a maioria não se aventura num solecismo ao permitir que o “erro” do empilhador de linho (ao empilhar o linho junto aos carris) limite os “direitos” da companhia ferroviária de explorar a sua propriedade?

¹¹⁶ *LeRoy Fibre*, 232 U.S. em 353 (Holmes, J., “concurring in part”).

¹¹⁷ *Id.* em 354 (citação omitida).

ou de toda a parcela? Em vez de um escudo absoluto, imutável e universal contra o mundo, a propriedade é agora apenas um conjunto de direitos variados que muda de momento a momento à medida que muda o equilíbrio dos serviços públicos. Parece que o conceito moderno de propriedade nos deu um sistema que funciona no dia-a-dia, mas apenas ao preço de renunciarmos ao próprio papel que a propriedade deveria desempenhar na visão liberal.

Assim, quando nos voltamos para a propriedade intelectual, uma área que ao longo de sua história tem sido menos capaz de contar com as ficções fiscalistas e absolutistas que cingiram o tradicional concepção de propriedade, veremos não apenas uma tentativa de vestir um autor romântico recém-inventado com vestes de proteção jurídica, mas também de lutar, mediar ou reprimir uma das contradições centrais da visão de mundo liberal. Esta é, então, a contradição redobrada de que falei anteriormente. Se se pretende proteger a legitimidade e a persuasão intelectual da visão liberal do mundo, o direito da propriedade intelectual (e, na verdade, todo o direito que lida com informação) deve realizar uma série de tarefas simultaneamente. Deve fornecer um aparato conceitual que pareça mediar as diversas tensões associadas ao papel da informação na sociedade liberal. Assim, por exemplo, deve explicar por que uma pessoa que recombina informações da esfera pública não está meramente engajada na apropriação privada da riqueza pública. Deve explicar como podemos motivar indivíduos, que por vezes são postulados como sendo essencialmente egoístas e por vezes como almas nobres e idealistas, a produzir informação. Se a resposta for “concedendo-lhes direitos de propriedade”, deverá também explicar por que isso não diminuirá tanto o património comum ou o domínio público que resulte numa diminuição líquida na produção de informação. (Pense na sobrepesca.) Deve criar uma esfera de privacidade e, ao mesmo tempo, garantir uma esfera vigorosa de debate público e ampla informação sobre um Estado potencialmente opressor. Deve fazer tudo isto no âmbito de uma visão de justiça que espera igualdade formal na esfera pública, mas que respeite as disparidades existentes em termos de riqueza, estatuto e poder na esfera privada. E todas estas coisas devem ser realizadas utilizando uma concepção de propriedade que evite as impossibilidades teóricas da concepção fiscalista e absolutista, mas que ao mesmo tempo não seja demasiado obviamente relativista, parcial e utilitarista.

V

DIREITOS AUTORAIS

Até agora, argumentei que, devido às contradições e tensões que venho descrevendo, há certas pressões estruturais no modo como uma sociedade liberal lida com informação. Quando nos voltamos para a área do direito convencionalmente reconhecida como lidando com a informação – a propriedade intelectual e, neste caso, os direitos de autor – encontraremos um padrão, uma estratégia que tenta resolver essas tensões na visão liberal da informação. Num certo nível, compreender este padrão ajuda a dar sentido (se não a coerência) ao mundo aparentemente caótico dos direitos de autor. Num outro nível, a compreensão da estratégia conceitual desenvolvida em direitos de autor ilumina a maioria das outras áreas que dizem respeito à informação – mesmo que essas áreas não sejam convencionalmente entendidas como relacionadas com direitos de autor.

Embora se diga há muito tempo que a propriedade intelectual apresenta dificuldades conceituais insuperáveis, na verdade ela apresenta exatamente os mesmos problemas que a concepção liberal de propriedade em geral. Limita-se a fazê-lo de uma forma mais óbvia e de uma forma que recebe um toque especial do nosso fascínio pela informação. Todos os sistemas de propriedade que são simultaneamente utilitaristas e orientados para os direitos, baseiam-se em concepções antinômicas de público e privado e apresentam dificuldades conceituais insuperáveis quando reduzidos a meras relações fiscalistas. Mas quando são concebidos de uma forma mais abstrata e tecnicamente sofisticada, os sistemas de propriedade começam imediatamente a dissolver-se nas políticas contraditórias às quais dão uma forma temporária e instável. No entanto, no caso de bens pessoais ou imóveis, pode-se pelo menos apontar para um par de tênis ou para uma casa, dizer “Isto é meu” e ter alguma certeza de que a afirmação significa alguma coisa. Como mostra *LeRoy Fibre*, é claro, não está nada claro que tal confiança seja justificada, mas pelo menos a propriedade física se apresenta como uma característica aparentemente coerente da realidade social. Este é um fato de considerável significado ideológico e político. Na propriedade intelectual, a resposta pode ser “O que você quer dizer?”

Como descobriu Martha Woodmansee, esse ponto foi apresentado com surpreendente clareza nos debates sobre direitos autorais na Alemanha no século

XVIII. Encorajados por um enorme público leitor, por vários contos apócrifos de escritores que eram nomes conhecidos, mas ainda viviam na pobreza, e por uma visão nova e mais romântica da autoria, os escritores começaram a exigir maiores retornos econômicos do seu trabalho. Uma estratégia óbvia era fazer lobby por algum tipo de direito legal no texto – o direito que chamaríamos de direitos autorais. Para muitos participantes do debate, a ideia era ridícula. Christian Sigmund Krause, escrevendo em 1783, expressou esse ponto de forma pungente.

"Mas as ideias, o conteúdo! aquilo que de fato constitui um livro! que só o autor pode vender ou comunicar!" - uma vez expressa, é impossível que ela permaneça propriedade do autor... É precisamente com o propósito de usar as ideias que a maioria das pessoas compra livros - negociantes de pimenta, donas de peixe e similares, com exceção dos piratas literários. ... Repetidamente, tudo volta à mesma questão: posso ler o conteúdo de um livro, aprender, resumir, expandir, ensinar e traduzi-lo, escrever sobre ele, rir dele, encontrar defeitos nele, ridicularizar usá-lo mal ou bem; em suma, fazer com ele o que eu quiser. Mas a única coisa que eu deveria ser proibido de fazer é copiá-lo ou reimprimi-lo? ... Um livro publicado é um segredo divulgado. Com que justificativa um pregador proibiria a impressão de suas homilias, já que não pode impedir nenhum de seus ouvintes de transcrever seus sermões? Não seria tão ridículo um professor exigir que seus alunos se abstivessem de usar alguma nova proposição que ele lhes ensinou quanto exigir o mesmo dos livreiros em relação a um novo livro? Não, não, é demasiado óbvio que o conceito de propriedade intelectual é menos útil. Minha propriedade deve ser exclusivamente minha, devo ser capaz de dispor dela e recuperá-la incondicionalmente. Deixe que alguém me explique como isso é possível no presente caso. Apenas deixe alguém tentar recuperar as ideias que originou, uma vez comunicadas, de modo que, como antes, não sejam encontradas em lugar nenhum. Nem todo o dinheiro do mundo tornaria isso possível.¹¹⁸

Junto com esse problema vão dois outros fundamentais. A primeira é a questão recorrente de como podemos conceder direitos de propriedade sobre

¹¹⁸ Christian S. Krause, *Über den Biichemachdruck*, 1 DEUTSCHES MUSEUM 415-17 (1783) (ênfase adicionada), quoted in Woodmansee, verificar nota supracitada 1, em 443-44.

produtos intelectuais e ainda assim preservar a inventividade e o livre fluxo de informação que a teoria social liberal exige. Voltarei, possivelmente, a esta questão em um outro momento. O segundo problema é o mais fundamental. Com base em que podemos justificar a concessão ao autor deste direito de propriedade sem precedentes, mesmo que os problemas conceituais pudessem ser ultrapassados? Não pensamos que seja necessário conceder aos trabalhadores das linhas de produção de automóveis direitos de propriedade residuais sobre os carros que produzem - considera-se que o trabalho assalariado funciona perfeitamente bem. Certamente um autor está apenas se apropriando de bens públicos – linguagem, ideias, cultura, humor, gênero – e convertê-los para seu próprio uso. Em primeiro lugar, onde está a justificação moral ou utilitária para a existência deste direito de propriedade?

A resposta mais óbvia é que os autores são especiais, mas por quê? E desde quando? Mesmo o estudo histórico mais superficial revela que a nossa noção de “autoria” é um conceito inventado de proveniência relativamente recente. Os escritores da igreja medieval desaprovavam ativamente os elementos de originalidade e criatividade que hoje consideramos componentes essenciais da autoria.

Eles valorizavam os livros antigos existentes mais altamente do que quaisquer elucubrações recentes *e colocavam o trabalho do escriba e do copista acima do trabalho dos autores*. A verdadeira tarefa dos estudiosos, na sua opinião, não era a vã cogitação de novidades, mas a descoberta de grandes livros antigos, a sua multiplicação e a colocação de exemplares onde pudessem ser acessíveis às futuras gerações de leitores.¹¹⁹

Woodmansee cita uma definição maravilhosa de “livro” de um dicionário de meados do século XVIII que apenas lista o escritor como uma boca entre muitos - “[o] estudioso e o escritor, o papeleiro, o fundador do tipo, o tipógrafo e o impressor, o revisor, o editor, o encadernador, às vezes até o dourador e o latoeiro, etc.” dos quais são “alimentados por este ramo de manufatura”.¹²⁰ Outros estudos mostram que os autores eram vistos apenas

¹¹⁹ Ernst P. Goldschmidt, “Medieval Texts and Their First Appearance in Print 112” (1943) (ênfase adicionada), citado em JOHN W. SAUNDERS, “The Profession of English Letters 20” (1964).

¹²⁰ GEORG H. ZINCK, “ALLGEMEINES OECONOMISCHES LEXICON col. 442” (3d ed. n.p. 1753), citado em Woodmansee, verificar nota supracitada 1, em 425.

como outro tipo de artesão – uma denominação que Shakespeare talvez não tivesse rejeitado – ou, no seu máximo, exaltado, como a encruzilhada onde a tradição erudita encontrava a inspiração externa e divina.¹²¹ Mas como a tradição era um mero ofício e a glória da inspiração divina devia ser oferecida a Deus e não ao vaso que ele escolhera,¹²² onde estava a justificação para o tratamento preferencial na criação de direitos de propriedade? À medida que os autores deixaram de se considerar artesãos, cavalheiros,¹²³ ou estenógrafos do

¹²¹ Ver Boyle, verificar nota supracitada 1, em 628-33.

¹²² Essa visão persistiu por algum tempo:

No entanto, tive que ser informado sobre os autores. Meu avô me contou, com tato e calma. Ele me ensinou os nomes daqueles homens ilustres. Eu recitaria a lista para mim mesmo, de Hesíodo a Hugo, sem erro. Eles eram os santos e os profetas. Charles Schweitzer disse que os adorava. No entanto, eles o incomodaram. A presença intrusiva deles impediu-o de atribuir as obras do Homem diretamente ao Espírito Santo. Sentia, portanto, uma secreta preferência pelo anônimo, pelos construtores que tiveram a modéstia de manter no fundo das suas catedrais, pelos inúmeros autores de canções populares. Ele não se importou com Shakespeare, cuja identidade não foi estabelecida. Nem Homero, pelo mesmo motivo. Nem alguns outros, sobre os quais não havia certeza de que tivessem existido. Quanto aos que não quiseram ou não conseguiram apagar os vestígios da sua vida, ele encontrou desculpas, desde que estivessem mortos. JEAN-PAUL SARTRE, “THE WORDS” 61-62 (Bernard Frechtman trans., 1964).

¹²³ Eu utilizo a forma masculina deliberadamente. É verdade que, apesar dos obstáculos colocados no seu caminho, várias autoras estabeleceram-se na cena literária. Dizer, contudo, que eles participaram na “invenção” da autoria romântica, ou afirmar que tal noção refletia com precisão as partes das suas próprias práticas criativas que eles consideravam mais valiosas, parece-me ir longe demais. Nesta análise histórica, a linguagem neutra em termos de gênero pode, na verdade, obscurecer a compreensão. Ver SANDRA M. GILBERT & SUSAN GUBAR, “THE MADWOMAN IN THE ATTIC: THE WOMAN WRITER & THE NINETEENTH CENTURY LITERARY IMAGINATION” (1988); ver também ANN RUGGLES GERE, “COMMON PROPERTIES OF PLEASURE: TEXTS IN NINETEENTH CENTURY WOMEN'S CLUBS 647” (1992); MARLON B. ROSS, “THE CONTOURS OF MASCULINE DESIRE: ROMANTICISM AND THE RISE OF WOMEN'S POETRY” (1989); MARTHA WOODMANSEE, “On the Author Effect: Recovering Collectivity”. 10 CARDOZO ARTES E ORL. LJ 279 (1992). Uma exceção significativa a esta linha de pensamento é fornecida pela professora Linda Lacey que, num artigo fascinante e instigante, fornece uma visão de autoria influenciada pelas feministas que, eu diria, é tão romantizada quanto a visão que discuto aqui. Linda J. Lacey, “Of Bread and Roses and Copyrights”. 1989 DUKE LJ 1532. A professora Lacey argumenta que as autoras foram estigmatizadas como mulheres e, portanto, ao contrário de todos os outros detentores de direitos, tiveram seus direitos de propriedade limitados. Eu discordaria da tendência de romantizar o criador individual pelas razões apresentadas neste artigo. Além disso, simplesmente não posso concordar que outras formas de propriedade não sejam limitadas por razões de política social, bem-estar social, conveniência de administração ou o que quer que seja. Para uma crítica a este tipo de imagem

Espírito Divino, uma visão reconhecidamente diferente e mais romântica da autoria começou a emergir. No início, foi encontrado principalmente em folhetos de interesse próprio. Mas, pouco a pouco, espalhou-se pela cultura, de modo que, em meados do século XVIII, passou a ser visto como uma verdade universal sobre a arte.¹²⁴

Woodmansee explica como o declínio do modelo de escrita artesanal/inspiração e a elevação do autor romântico pareciam resolver a questão dos direitos de propriedade sobre produtos intelectuais.

Os teóricos do século XVIII afastaram-se deste modelo composto de escrita de duas maneiras significativas. Minimizaram o elemento artesanal (em alguns casos, simplesmente descartaram-no) em favor do elemento inspiração e internalizaram a fonte dessa inspiração. Ou seja, a inspiração passou a ser considerada

“absolutista” dos direitos de propriedade, ver nota supracitada 108, texto infra que acompanha as notas 243-49.

¹²⁴ Para um desenvolvimento abrangente dessas ideias, ver Boyle, nota supracitada 1; Jaszi, nota supracitada 2. Essa linha de pensamento remonta a Foucault. Michel Foucault, O que é um autor?, em “TEXTUAL STRATEGIES: PERSPECTIVES IN POST-STRUCTURALIST CRITICISM” 141 (Josuee V. Harari, ed., 1979). Woodmansee forneceu o paradigma para a investigação real, e o seu artigo apresenta um relato maravilhoso da “ascensão” da propriedade intelectual na Alemanha. Woodmansee, nota supracitada 1. Para a ligação entre autoria romântica e propriedade intelectual na Inglaterra, ver Mark Rose, “The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship”. 23 REPRESENTAÇÕES 51 (1988). Veja também NN FELTES, “MODES OF PRODUCTION OF VICTORIAN NOVELS” (1986). Mas veja John Feather, “Publishers and Politicians: The Remaking of the Law of Copyright in Britain 1775-1842 Part II: The Rights of Authors, 25 Publishing hist. 45” (1989). Para a mesma ligação em França, ver Carla Hesse, “Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France”. 1777-1793. 30 REPRESENTAÇÕES 109 (1990). E para os Estados Unidos, ver CATHY N. DAVIDSON, “THE REVOLUTION AND THE WORD: THE RISE OF THE NOVEL IN AMERICA” (1986). Minhas ideias sobre esta questão foram fortemente influenciadas pela participação na Conferência sobre Propriedade Intelectual e Construção de Autoria de 1991, na Case Western University. Alguns dos artigos dessa Conferência foram coletados no Cardozo Arts and Entertainment Law Journal.Symposium, “Intellectual Property and the Construction of Authorship”. 10 CARDOZO ARTES E ORL. LI 277 (1992). Devo observar aqui que estou me concentrando na visão romântica do autor, porque essa é a imagem com a qual estou mais familiarizado e cuja retórica parece mais persuasiva. Não pretendo sugerir que um projeto semelhante não pudesse ser realizado usando alguma versão diferente do criador romântico – o grande inventor, digamos. Em ambos os casos, a originalidade proporciona o gancho com o qual se pode justificar e limitar o monopólio.

como algo que emana não de fora ou de cima, mas de dentro do próprio escritor. A "inspiração" passou a ser explicada em termos de genialidade original, com a consequência de que a obra inspirada se tornou peculiar e distintamente o produto - e a propriedade - do escritor.¹²⁵

Nesta visão, o autor não era o jornalista que aprendeu um ofício e depois esperava ser bem pago por isso. O autor romântico foi definido não pelo domínio de um conjunto prévio de regras, mas pela transformação do gênero, pela revisão da forma. Originalidade tornou-se a palavra de ordem do talento artístico.¹²⁶ Para ver quão completa é esta revisão, basta examinar o levantamento indiscriminado de enredo, cena e linguagem de Shakespeare de

¹²⁵ Woodmansee, ver nota supracitada 1, em 427.

¹²⁶ A noção de originalidade trouxe seus próprios fardos, particularmente durante o apogeu do culto ao autor romântico em meados do século XIX. O lamentável relato do autor obsessivo em Lavengro, de George Borrow, é um belo exemplo.

[O infortúnio que se abateu sobre mim] foi nada mais nada menos que uma dúvida sobre a legalidade de minha reivindicação aos pensamentos, expressões e situações contidas no livro; isto é, a tudo o que constituiu o livro. Como eu os consegui? Como eles vieram à minha mente? Eu os inventei? Eles se originaram comigo mesmo? Eles são meus ou são de algum outro corpo? Por fim, joguei meu livro, quero dizer, a cópia que possuí, no fogo, e comecei outro. Mas foi tudo em vão; Trabalhei neste outro, terminei-o e entreguei-o ao mundo; e assim que fiz isso, o mesmo pensamento estava ocupado em meu cérebro, envenenando todo o prazer que de outra forma eu teria obtido com meu trabalho. Como consegui toda a matéria que o compunha? Fora da minha mente, inquestionavelmente; mas como isso aconteceu - foi o crescimento natural da mente? E então eu me sentava e refletia sobre as várias cenas e aventuras de meu livro, esforçando-me para averiguar como as criei originalmente, e à força de refletir lembrei-me disso por causa de uma única palavra em uma conversa, ou de algum simples acidente em uma rua ou numa estrada, eu estava em dívida com algumas das partes mais felizes do meu trabalho; eram apenas pequenas sementes, é verdade, que no solo da minha imaginação se transformaram posteriormente em árvores imponentes, mas refleti que sem elas nenhuma árvore imponente teria sido produzida e que, conseqüentemente, apenas uma parte do mérito dessas composições que encantaram o mundo - pois encantaram o mundo - foram devidas a mim mesmo. Assim, uma mosca morta estava em meu frasco, envenenando todos os prazeres que eu poderia obter do resultado do suor do meu cérebro.

GEORGE BORROW, LAVENGRO 332-33 (Ernest Rhys ed., Everyman's Library 1909) (1851). (De acordo com o tema desta nota de rodapé, devo dizer que estou em dívida com Peter Jaszi por me apontar esta passagem.) Para compreender a atitude contemporânea em relação às fontes, vale a pena comparar esta noção de originalidade e a sua profunda "ansiedade de influência", ver a clássica e descrita infra nota 128.

outros escritores, tanto antigos como contemporâneos. Para um dramaturgo elisabetano, a frase “a imitação é a forma mais sincera de lisonja” poderia ter parecido inteiramente sem ironia. “Não só os ingleses, de 1500 a 1625, não tinham qualquer sentimento análogo à atitude moderna em relação ao plágio; eles ainda não tinham a palavra até o final desse período.”¹²⁷ Para os teóricos e polemistas da autoria romântica, a reprodução da ortodoxia fornecia prova de que eles não eram os espíritos únicos e transcendentais que esperavam ser.¹²⁸

É a originalidade do autor, a criação do romance que o autor faz a partir das matérias-primas fornecidas pela cultura e o pool comum, que “justifica” o direito de propriedade. Ao mesmo tempo, o postulado da originalidade oferece uma estratégia para resolver o problema conceitual básico apontado por Krause: que conceito de propriedade permitiria ao autor reter alguns direitos de propriedade na obra, mas não outros? Nos debates alemães, a melhor resposta foi dada pelo grande idealista Fichte. De uma forma que hoje é familiar aos advogados treinados no realismo jurídico e na análise Hohfeldiana, mas que deve ter parecido notável na época, Fichte desagregou o conceito de propriedade

¹²⁷ HAROLD O. WHITE, “PLAGIARISM AND IMITATION DURING THE ENGLISH RENAISSANCE” 202 (1935). Durante meados do século 16, “a composição imitativa gozou de aceitação geral e inquestionável”. *Id.* em 42. Somente no final do século é que algum escritor fez uso da expressão figurativa “plagiarius” (ladrão de homens) de Martial com a conotação de ladrão literário. *Id.* em 120.

¹²⁸ Contraste as visões de meados do século XVI: “Quanto aos tratados teóricos que discutiam a literatura, eles eram unânimes em afirmar a necessidade da imitação, variando apenas na ênfase que colocavam nas salvaguardas clássicas da originalidade. *Id.* em 59. Mesmo na década de 1580, quando os escritores começaram a objetar à imitação, [de todas as objeções à imitação que foram levantadas, apenas as de Churchyard e de um autor anônimo foram dirigidas contra a imitação como tal. Todos os demais se opuseram apenas ao que os críticos clássicos apontaram como incorreto: pirataria, sigilo, perversidade, servilismo, superficialidade. E de todos aqueles que exigiam originalidade de invenção, nenhum usou o termo no seu sentido moderno de fabricação individual. Todos buscavam a originalidade assim como os críticos clássicos declararam que ela deveria ser buscada: por meio de adaptação individual, reinterpretação e, se possível, aprimoramento do melhor que cada escritor pudesse encontrar na literatura de sua época e de seus primeiros dias.

Id. em 118-19. A diferença entre o sentido clássico de originalidade (que se definia em torno da reprodução adaptativa do conhecimento passado) e a concepção romântica de originalidade (que exigia inovação radical) dificilmente poderia ser mais acentuada. A primeira visão celebra, enquanto a segunda visão minimiza e até denigre, a influência das “fontes” – gênero, tradição, aprendizado passado e linguagem compartilhada. Esta tendência para subestimar e desvalorizar as fontes é de profunda importância para o direito da informação em geral e para a propriedade intelectual em particular.

nos livros. O comprador obtém a coisa física e as ideias nela contidas. Precisamente porque a originalidade do seu espírito se converteu numa originalidade da forma, o autor retém o direito à forma em que essas ideias foram expressas.

[Cada] escritor deve dar aos seus pensamentos uma certa forma, e ele não pode dar-lhes outra forma senão a sua própria porque ele não tem outro. Mas ele também não pode estar disposto a renunciar a esta forma ao tornar públicos os seus pensamentos, pois ninguém pode apropriar-se dos seus pensamentos sem alterar a sua forma. Assim, estes últimos permanecem para sempre sua propriedade exclusiva.¹²⁹

A lei americana de direitos autorais ataca exatamente o mesmo tema. No famoso caso *Bleistein vs. Donaldson Lithographing Co.*,¹³⁰ que dizia respeito à propriedade intelectual de um pôster de circo, Oliver Wendell Holmes ainda estava determinado a alegar que a obra poderia se tornar objeto de um direito de propriedade intelectual porque era a criação original de um espírito individual único. A opinião de Holmes mostra-nos tanto as vantagens como as desvantagens de uma retórica que baseia os direitos de propriedade na “originalidade”.¹³¹ Como gancho para pendurar um direito de propriedade, a “originalidade” parece ter pelo menos uma promessa de realização formal. Ele se conecta perfeitamente à visão romântica da autoria. Parece também limitar um princípio potencialmente expansivo, o princípio de que aqueles que criam podem ter o direito de reter algum interesse legalmente protegido nos objetos que fabricam – mesmo depois de esses objetos terem sido transportados através do mercado. Mas embora a ideia de que um espírito original transmita a sua singularidade à matéria trabalhada pareça intuitivamente plausível quando aplicada a Shakespeare¹³² ou a Dante, tem uma relevância menos óbvia para um

¹²⁹ Johann G. Fichte, “Proof of the Illegality of Reprinting: A Rationale and a Parable” (n.p. 1793), citado em Woodmansee, ver nota supracitada 1, em 445 (ênfase adicionada por Woodmansee).

¹³⁰ 188 U.S. 239 (1902).

¹³¹ Ver *Id.* em 248-52.

¹³² Na verdade, é claro, Shakespeare se envolvia regularmente em atividades que chamaríamos de plágio, mas que os dramaturgos elisabetanos consideravam perfeitamente inofensivas, talvez até lisonjeiro. Isto não só mostra a contingência histórica da ideia romântica de autoria, como pode até ajudar a explicar algumas das afirmações “heréticas” de que Shakespeare não escreveu Shakespeare. A maioria dos hereges usa o fato desse suposto plágio e seu conhecimento da verdade atemporal da visão romântica da autoria para provar que outra pessoa, de preferência o autor dos versos emprestados, deve ter escrito

ato de criação mais monótono por parte de um criador romântico menos credível - um artista comercial em um shopping, digamos. A tensão entre a retórica de Wordsworth e a realidade do capitalismo corporativo suburbano é algo que exploraremos mais adiante neste artigo. Em *Bleistein*, esse espírito original em particular só conseguiu esboçar uma imagem de indivíduos de aparência enérgica realizando atos improváveis em bicicletas, mas para Holmes o princípio era o mesmo. "A cópia é a reação pessoal de um indivíduo sobre a natureza. A personalidade sempre contém algo único. Ela expressa sua singularidade até mesmo na caligrafia, e um grau muito modesto de arte contém algo irreduzível, que é exclusivo de um homem. Esse algo que pode ser chamado de direitos de autor. ..." ¹³³ Essa qualidade de "singularidade", reconhecida primeiro nos grandes espíritos, depois nos espíritos criativos e, finalmente, nos executivos de publicidade, expressa-se na originalidade da forma, da expressão.

Na linguagem da autoria romântica, a singularidade não é de forma alguma a única característica do autor. Originalidade pode implicar iconoclastia. O autor romântico vai além do último estilo aceito, rompendo com as velhas formas. Isto introduz um elemento quase faustiano na discussão. O autor é o criador e destruidor de mundos, o espírito irreprimível de inventividade cuja criatividade incansável lança invenção após invenção. A propriedade intelectual é apenas o símbolo concedido ao autor por uma sociedade agradecida.

Neste ponto, vale a pena repetir uma passagem do Professor Litman: Porque é que os direitos de autor não protegem as ideias? Alguns escritores repetiram a justificação para não protegerem os fatos, sugerindo que as ideias têm a sua origem no domínio público. Outros sugeriram que "meras ideias" podem não ser dignas do estatuto de propriedade privada. Alguns autores sugeriram que as ideias não são protegidas devido às restrições impostas aos direitos autorais pela primeira emenda. A tarefa de distinguir ideias de expressão, a fim de explicar por que razão a propriedade privada é inadequada para uma, mas desejável para outra, permanece, no entanto, ilusória. ¹³⁴

Eu diria que encontramos a resposta à pergunta do professor Litman na visão romântica da autoria, do gênio cujo estilo para sempre expressa uma

as peças. Afinal, o Bardo Imortal nunca se rebaixaria a copiar as obras de outro. Mais uma vez, a originalidade se torna a chave. Ver Boyle, nota supracitada 1.

¹³³ *Bleistein*, 188 U.S. em 250.

¹³⁴ Litman, ver nota supracitada 2, em 999 (notas de rodapé omitidas).

personalidade única. A ascensão deste estereótipo poderoso (e historicamente contingente) forneceu a matéria-prima necessária para moldar uma mediação convincente da tensão entre as imagens do público e do privado na produção de informação.

Resumindo, então, a divisão ideia/expressão que tanto fascinou e intrigou os estudiosos do direito autoral aparentemente consegue, de uma só vez:

1. Fornecer uma *base conceitual* para direitos de propriedade parciais e limitados, sem desmoronar completamente a noção de propriedade na ideia de uma concessão temporária, limitada e utilitária do Estado, revogável à vontade. O direito de propriedade ainda parece basear-se em algo real – numa distinção que parece formalmente realizável, mesmo que, numa análise mais aprofundada, se revele impossível de manter.

2. Fornecer uma *justificativa moral e filosófica* para conceder ao autor tal direito de propriedade. Afinal, através da sua originalidade de espírito, o autor criou algo inteiramente novo a partir da matéria-prima do domínio público. O argumento é quase como a teoria do trabalho de Locke: ganha-se propriedade misturando o seu trabalho com um objeto. Mas enquanto a teoria de Locke, se aplicada a uma economia moderna, pode ter um toque perturbadoramente socialista, a teoria de Fichte baseia o direito de propriedade na originalidade de cada espírito expresso através de palavras. Todo autor obtém o direito – tanto o escritor da *roman à clef* quanto Goethe – mas devido à concentração na originalidade da expressão, o direito de propriedade residual é apenas para os trabalhadores da palavra, não para os trabalhadores do mundo. Mesmo depois de ser comparado a esculturas e pinturas, software e música, ainda terá um âmbito atraentemente circunscrito.

3. Resolver (ou pelo menos ocultar) a *tensão entre público e privado*. Na vida dupla que Marx descreveu, a informação é ao mesmo tempo o sangue vital dos cidadãos nobres e desinteressados do mundo público e, ao mesmo tempo, uma mercadoria na esfera privada à qual devemos atribuir direitos de propriedade se quisermos a nossa auto-estima. produtores interessados em continuar a produzir.¹³⁵ Ao desagregar o livro em “ideia” e “expressão”, podemos dar a ideia (e os fatos em que se baseia) ao mundo público e a expressão ao escritor,

¹³⁵ Ver o texto que acompanha a nota supracitada 40.

mediando assim, aparentemente, a contradição entre o bem público e o bem privado.

Assim, a combinação da visão romântica da autoria e a distinção entre ideia e expressão parece fornecer uma base conceitual e uma justificação moral para a propriedade intelectual, não ameaça espalhar noções perigosas de direitos a outros tipos de trabalhadores e medeia a tensão entre as metades esquizofrênicas da visão de mundo liberal. Não é de admirar que tenha sido um sucesso. Não é de admirar que, como espero mostrar neste artigo, a linguagem da autoria romântica e original tenda a reaparecer na discussão de assuntos muito distantes daqueles que Fichte tinha em mente. Como venda de informações privilegiadas. Ou baços.

Uma última questão permanece antes que eu possa prosseguir. Será que a estrutura que acabei de descrever foi tornada supérflua pela análise económica e pela teoria dos bens públicos? Um economista poderia dizer que a diferença entre o autor e o trabalhador é que o autor está a produzir um bem público e o trabalhador está (geralmente) a produzir um bem que pode ser satisfatoriamente mercantilizado e alienado utilizando apenas o léxico tradicional da propriedade. As distinções extraídas da ideia de autoria romântica podem parecer remanescentes desnecessários de uma era conceitualista.

É certamente verdade que alguns artigos criticam a linguagem da "ideia" e da "expressão" e oferecem a previsão de que aqueles os termos serão usados como meros resumos da análise económica subjacente¹³⁶ – da mesma forma que a “causa próxima” é usada como forma de expressar uma conclusão sobre o alcance desejável da responsabilidade. Mas este tipo de resposta confunde tanto o poder popular como o esotérico da linguagem da autoria romântica. Como o resto deste artigo mostrará, a visão romântica da autoria continua a influenciar o debate público sobre questões de informação – muito além do âmbito tradicional da propriedade intelectual. Tentei mostrar anteriormente¹³⁷ que a linguagem da análise económica não proporciona soluções claras para os problemas da regulação da informação – precisamente porque a análise económica é marcada pelas mesmas *aporias* que o resto do discurso público. Nesta situação de indeterminação e contradição, é a visão romântica da autoria que frequentemente estrutura a análise económica técnica ou académica - fornecendo as escolhas iniciais vitais que dão à análise a sua

¹³⁶ ver, por exemplo, Wiley, nota supracitada 64, em 123-24.

¹³⁷ Consultar, acima, a parte IV.

subsequente aparência de determinação e plausibilidade de "senso comum". Os estudiosos podem criticar as distinções que decorrem da visão romântica, mas não devem imaginar-se livres da sua influência. Este ponto será particularmente óbvio quando chegarmos ao tema improvável – e claramente pouco romântico – da venda de informações privilegiadas.

Na próxima parte passo à questão da chantagem. Um dos meus objetivos neste artigo é escolher exemplos que ilustrem diferentes aspectos da estrutura da regulação da informação que descrevo aqui. Os direitos autorais oferecem a ideia de autoria romântica como forma de conciliar as demandas da propriedade privada e do domínio público. Por outro lado, a chantagem é uma situação em que o Estado proíbe a mercantilização da informação, precisamente porque diz respeito à esfera privada do lar, do lar e da autodefinição pessoal.

VI

CHANTAGEM

A chantagem é de interesse acadêmico principalmente como campo de provas. Cada nova geração de estudiosos chega até lá, como se fosse uma pista de testes lamacenta e traiçoeira, para testar suas novas teorias.¹³⁸ O teste é aparentemente simples: descobrir se a sua abordagem responderá à pergunta, "Porque é que a chantagem é ilegal?"

Antes de mergulharmos de cabeça nesse pântano, porém, vale a pena focar nas qualidades que tornam a chantagem problemática em primeiro lugar. Quando os estudiosos falam sobre as dificuldades de explicar a chantagem, geralmente se referem a uma subseção restrita da doutrina. É fácil explicar as tentativas de extorsão de dinheiro através de ameaças cuja execução seria ilegal e explicar por que um chantagista não pode pedir dinheiro como preço para manter silêncio sobre alguma violação da lei. O caso difícil de explicar é a situação em que uma pessoa pede dinheiro a outra como o preço de não revelar

¹³⁸ De longe, a melhor pesquisa vem do professor James Lindgren. Ver Lindgren, nota supracitada 27. Embora eu discorde da explicação do próprio Lindgren sobre chantagem, seu artigo é uma excelente introdução ao campo, e um ao qual estou em dívida.

informações obtidas legalmente sobre atividades perfeitamente legais em si mesmas. O exemplo que dei anteriormente foi: "Se você não me pagar US\$100, revelarei ao seu namorado o fato de que vi você saindo da casa de outro homem às duas horas da manhã."¹³⁹ A informação era legal, adquirir e seria legal revelar, a conduta era legal, mas é ilegal exigir dinheiro para manter o silêncio.¹⁴⁰ Em termos Hohfeldianos, a venda de um privilégio foi criminalizada, mas o privilégio em si foi mantido. Em que medida isto difere de qualquer outra situação em que um ator econômico faz um acordo com outro para renunciar a um curso de ação legal que a segunda parte deseja evitar? Dito de outra forma, qual é a diferença qualitativa entre as exigências de dinheiro de um chantagista e as exigências de um time de beisebol por incentivos fiscais, rezonamento e subsídios diretos como o preço de não se mudar para outra cidade?¹⁴¹

¹³⁹ Ver o texto que acompanha a nota supracitada 25.

¹⁴⁰ Lindgren formula o problema desta forma: "Eu tenho o direito legal de expor ou ameaçar expor [um] crime ou caso, e tenho o direito legal de procurar emprego ou dinheiro, mas se combinar esses direitos será chantagem." Lindgren, ver nota supracitada 27, em 670-71 (notas de rodapé omitidas). Embora isto seja claramente um avanço em relação a outras formulações, tende a encobrir a variedade de interesses legalmente protegidos envolvidos. As relações jurídicas envolvidas não são todas, na verdade, "direitos", mas uma mistura de privilégios, poderes e imunidades. Esta tendência de reduzir todas as relações jurídicas a um único conceito "certo" parece desempenhar um papel no enfraquecimento da própria teoria de Lindgren. Mais adiante neste artigo, argumentarei que existem outros casos em que o sistema legal torna ilegal a mercantilização de vários privilégios e poderes – por exemplo, os pais podem organizar adoções privadas, mas não podem vender bebês a pais adotivos. É neste contexto que a chantagem deve ser entendida.

¹⁴¹ Há algo mais na questão da chantagem que a torna um quebra-cabeça irresistível para os juristas, mas uma questão de pouca preocupação para tribunais, advogados ou cidadãos. A chantagem parece inegavelmente ruim. É a combinação do sentido moral intuitivo da regra e a falta de uma justificação teórica óbvia que leva os estudiosos a acreditar que existe uma resposta, bastando que pensem bastante sobre ela. Nesse sentido, a chantagem é como outros enigmas jurisprudenciais, como a definição do direito, que intrigam o novato e atormentam o profissional pela sua aparente simplicidade, apenas para confundir e confundir quem propõe uma teoria.

Esta ideia das tarefas da jurisprudência torna-se problemática pela visão essencialista da linguagem em que se baseia. Ver Boyle, "Ideals and Things", nota supracitada 10; Boyle, *Thomas Hobbes*, nota supracitada 10. Argumentarei aqui que um problema relacionado envolve a análise da chantagem.

As tentativas de explicar a criminalização da chantagem apontam em direções muito diferentes, e eu não poderia começar a cobrir toda a gama de explicações aqui. Em vez disso, utilizarei esta parte para ilustrar três tipos de tentativas de explicação: teorias econômicas, teorias libertárias e teorias de terceiros. Argumentarei que todos os três não conseguem explicar a chantagem e que precisamos de uma teoria que se concentre nos vários papéis que se espera que a informação desempenhe na nossa sociedade. É certo que tal teoria dá uma resposta de um tipo diferente daquelas procuradas pelos teóricos que aqui cito. Para mim, porém, essa resposta parece mais credível e mais útil.

A. Teorias Econômicas

Landes e Posner acreditam que a proibição da chantagem decorre da tentativa do Estado de impedir a (ineficiente) aplicação privada da lei. Por outras palavras, a proibição da chantagem deveria ajudar o Estado a manter o seu monopólio na aplicação da lei.

Se a chantagem, uma forma de execução privada, fosse legal, o monopólio público de execução seria minado. A aplicação excessiva da lei resultaria se o chantagista conseguisse extrair a multa integral dos infratores. ... Alternativamente, o chantagista poderia vender suas informações incriminatórias ao infrator por um preço inferior ao custo legal da punição para o criminoso, o que reduziria o custo efetivo da punição para o criminoso abaixo do nível estabelecido pelo legislador.¹⁴²

O primeiro problema com esse argumento é sua suposição de que os legisladores identificarão o nível ideal de atividade e definirão multas de acordo. Que mecanismo funcionaria para fazer com que legisladores interessados, preocupados principalmente com a reeleição, escolhessem o nível correto de uma atividade?¹⁴³ Este argumento parece presumir de modo demasiadamente fácil a existência de um mercado perfeito para a legislação.

¹⁴² Landes & Posner, ver nota supracitada 26, em 42.

¹⁴³ Cf DENNIS C. MUELLER, PUBLIC CHOICE (1979) (“surveying legislator and voter behavior from an economic point of view”); Jack M. Beermann, “Interest Group Politics and Judicial Behavior: Macey’s Public Choice”, 67 NOTRE DAME L. REV. 183 (1991); Jonathan R. Macey, “Special Interest Groups Legislation and the Judicial Function: The Dilemma of Glass-Steagall”. 33 EMORY L.J. 1 (1984).

O segundo problema com o argumento é que ele não explica o caso difícil que mencionei anteriormente – o caso em que tanto a revelação e o silêncio por parte do chantagista como o acto por parte da vítima seriam inteiramente legais. Assim, por exemplo, se George Bernard Shaw come secretamente costela de cordeiro, apesar do seu vegetarianismo publicamente anunciado, o seu açougueiro pode não obrigá-lo a pagar pelo privilégio do silêncio.¹⁴⁴ No início de sua seção sobre chantagem, Landes e Posner observam que a chantagem parece, à primeira vista, ser uma forma eficiente de fazer cumprir a lei, “tanto a lei moral quanto a positiva”.¹⁴⁵ não é considerado pela maioria das pessoas nesta sociedade como uma violação de uma lei moral – portanto, a ameaça de aplicação excessiva ou insuficiente não parece surgir.

Talvez percebendo essas dificuldades, Landes e Posner ofereçam então uma explicação ligeiramente diferente para a criminalização da venda de informações humilhantes e incriminatórias.

A decisão social de não regulamentar uma determinada atividade é um julgamento de que o dispêndio de recursos na tentativa de descobri-la e puni-lo seria socialmente desperdiçado. Esse julgamento é prejudicado se os chantagistas forem encorajados a gastar recursos substanciais na tentativa de deter e punir as pessoas envolvidas na atividade.¹⁴⁶

Esta é uma sugestão engenhosa, mas há uma série de problemas com ela. Em primeiro lugar, as implicações que Landes e Posner extraem da “decisão de não regulamentar” parecem extremamente problemáticas. Por todo os Estados Unidos há pais tentando descobrir se seus filhos, sejam eles bebês ou adultos, estão comendo verduras, fazendo a lição de casa, fumando cigarros ou namorando as “pessoas erradas”. A ideia de que o sistema jurídico deve intervir para evitar que invistam tempo na verificação de qualquer atividade legal não sobrevive a um escrutínio prolongado, por mais atractivo que possa ser para as crianças envolvidas. Dito de outra forma, já é um exagero afirmar que as leis criminais são julgamentos precisos do nível eficiente de uma atividade. É ir longe demais afirmar também que a ausência de leis criminais representa um julgamento ponderado por parte do legislador de que a “pesquisa” sobre tal comportamento seria ineficiente.

¹⁴⁴ Nem pelo silêncio dos cordeiros.

¹⁴⁵ Landes & Posner, ver nota supracitada 26, em 42.

¹⁴⁶ *Id.* em 43.

O segundo problema com o argumento é seu salto para a dedução a partir de evidências negativas. É estranho imaginar que, ao não criminalizarmos um comportamento, estejamos a fazer um julgamento fundamentado de que a informação sobre esse comportamento nunca deve ser recolhida. Pode-se imaginar todos os tipos de razões que poderíamos ter para não criminalizarmos comportamentos que não nos impediriam de querer que as notícias fossem recolhidas e divulgadas. Um político faz repetidas piadas sexistas ou racistas, um oficial da Força Aérea encarregado de armas nucleares é um alcoólatra mal-humorado, um candidato a um cargo de professor tem péssimas avaliações de ensino em uma escola anterior – em cada caso, podemos reconhecer algum valor social para a informação apesar do fato de o comportamento em causa ser perfeitamente legal. Posner e Landes precisariam de mostrar que: (1) a não criminalização era um julgamento conclusivo de que a informação não valia o investimento de recursos sociais e (2) proibir os cidadãos de comercializá-la teria um efeito significativo na sua aquisição. No entanto, (2) parece empiricamente duvidoso ao extremo, enquanto (1) parece simplesmente errado.

Uma resposta a estes problemas poderá ser a de que Landes e Posner se opõem apenas a incentivos monetários com o intuito de se envolverem neste tipo de investigação. Onde a afeição e o sentimento ou o interesse público ou privado fornecem o motivo, podemos esperar que tudo seja pelo melhor - apesar dos meus exemplos. É claro que, se existirem incentivos não monetários suficientes para investigar o comportamento legal, então a proibição de incentivos monetários seria irracional, uma utilização da maquinaria pesada e dispendiosa do Estado ao serviço de um objetivo que já é inalcançável. Mas mesmo que a questão empírica fosse tratada de forma adequada (e Posner e Landes não a tratam de todo), tal resposta traz consigo uma nova escola de problemas. Se nos concentrarmos apenas nas ocasiões que envolvem incentivos monetários para a recolha de informação, a teoria, tal como foi exposta, parece incapaz de distinguir racionalmente entre ocultação paga e revelação paga. Se o adultério é legal neste estado específico, isso representa um julgamento de que não queremos recursos dedicados à descoberta do adultério? Pensando no chantagista, Landes e Posner provavelmente diriam: “Sim”. Será que isto exige logicamente que proibamos os repórteres de jornais de seguirem Gary Hart, ou que um dos cônjuges contrate detetives particulares para verificar o outro?

Justamente neste ponto de seu artigo, Landes e Posner invertem o rumo, aparentemente sem perceber: "Nós, portanto, prevemos que em áreas onde existe um monopólio público de execução, o suborno, tal como a chantagem, será proibido, enquanto em áreas onde não existe monopólio

público será permitido. E assim observamos.”¹⁴⁷ Isto pode parecer tratar do cônjuge. Por exemplo. Mas isso enfraquece completamente a ideia de que a decisão de não regulamentar implica um julgamento de que os recursos não devem ser gastos tentando adquirir a informação. Não existe um monopólio público de aplicação do vegetarianismo de George Bernard Shaw, mas sim uma "aplicação privada" - através da chantagem - é ilegal. Em muitos estados não existe monopólio público de aplicação de proibições contra o adultério, certos tipos de plágio ou violação do credo professado pelo indivíduo - mas a chantagem não é permitida.

Talvez Landes e Posner estejam dizendo que deveríamos minimizar a coleta de informações sobre atividades que não são ilegais e que são realizadas por entidades privadas que não têm o direito de restringir. Se for essa a ideia, então parecem novamente ignorar a possibilidade de a chantagem poder ser um dos motivos menos importantes para a recolha de informações. A prudência, a desaprovação moral ou a simples curiosidade podem levar os cidadãos a bisbilhotar, assim como o desejo de ajudar outro ser humano, de ganhar estatuto de fofoqueiro ou de alcançar o poder político. Certamente, se quiséssemos evitar esse tipo de desperdício de “pesquisa”, a solução seria criminalizá-lo, ou pelo menos permitir que a parte lesada instaurasse uma ação sob um ato ilícito enormemente ampliado de intrusão na reclusão. De acordo com o seu plano, a única pessoa dissuadida será a pessoa que deseja vender diretamente ao indivíduo em questão. As vendas a terceiros – os tablóides, por exemplo – permanecem intocadas, tal como todos os outros incentivos não mercantis para o envolvimento na investigação. Se esta é uma tentativa de impedir o investimento socialmente desperdiçador de recursos, então é manifestamente ineficaz.¹⁴⁸ Embora instigante, a teoria de Landes e Posner concentra-se

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ Lindgren também apresenta alguns desses pontos em sua crítica a Posner. Ao mesmo tempo, porém, ele comete o que considero ser um erro, pelo menos taticamente, nas suas críticas a Posner e a outros teóricos econômicos, como Ginsburg. Em ambos os casos, ele critica teorias que focam na ineficiência do investimento de recursos na aquisição de informações “chantagáveis”, porque não conseguem explicar a proibição de chantagem com informações adquiridas acidentalmente. A isto, penso que Posner responderia simplesmente que os problemas de realização formal e as dificuldades de prova mais do que justificariam estabelecer a regra de modo a incluir a pessoa que acidentalmente toma conhecimento de algum comportamento escandaloso, bem como a pessoa que espera, noite após noite, com câmera na mão. Na minha discussão de Coase e Ginsburg, reformulo esta crítica de uma forma que não parece ser combatida pelo argumento da realizabilidade formal. Verificar o texto que acompanha as notas de rodapé inferiores 149-52.

provavelmente no mercado menos importante e em apenas um motivo para a coleta de informações. Também negligência considerações empíricas que lhe poderiam roubar qualquer importância, utiliza o conceito de aplicação do monopólio de formas aparentemente contraditórias e ignora o caso em que a recolha de informações é paga *ex ante* e não *ex post*.

Ginsburg¹⁴⁹ e Coase¹⁵⁰ adotam uma abordagem econômica mais promissora. Ambos se concentram no fato de que, se a chantagem for permitida, haverá incentivos para que potenciais chantagistas invistam na descoberta de informações que possam ser utilizadas para chantagear outras pessoas. "A chantagem envolve o dispêndio de recursos na coleta de informações que, mediante o pagamento da chantagem, serão suprimidas. Seria melhor se essas informações não fossem coletadas e os recursos fossem usados para produzir algo de valor."¹⁵¹ Na verdade, essa é uma explicação engenhosa de chantagem. Mas, novamente, há uma série de problemas.

O primeiro problema, como salienta Lindgren, é que ela não explica a proibição da "chantagem accidental" (como a do clérigo visto em flagrante delito através de uma cortina agitada pelo vento). Suponhamos que a resposta a esta crítica seja, como sugeri anteriormente, a da realização formal. Traçar os limites desta forma tornará mais fácil a sua aplicação. O segundo problema é que o argumento parece basear-se numa suposição empírica não conhecida sobre a prevalência da chantagem accidental em oposição à "chantagem deliberada" (o indivíduo que se propõe a "descobrir o podre de alguém"). Se a informação necessária para a chantagem deliberada for cara em relação aos prováveis benefícios a obter, então os intervenientes racionais seriam dissuadidos de qualquer maneira. Assim, mesmo quando a prática é legalizada, a maioria dos chantagistas seria do tipo accidental. No entanto, a descoberta accidental da informação pelo chantagista não é afetada pela mudança nas regras. Assim, poderíamos proibir uma troca potencialmente produtiva, ou seja, aquela em que o chantagista accidental, que preferiria ser pago a fofocar mas que, contudo, prefere fofocar a ficar calado, é levado a "desembuchar"***. Para apresentar o

¹⁴⁹ Douglas Ginsburg, "Blackmail: An Economic Analysis of the Law" (a.n.d.) (manuscrito não publicado, arquivado na *Harvard University Law Library*).

¹⁵⁰ Coase, ver nota supracitada 26.

¹⁵¹ *Id.* em 674.

*****NOTA DO TRADUTOR:** O autor original utiliza a expressão "*to spill the beans*". Tal expressão foi empregada em um sentido figurado, com o intuito de expressar, aparentemente, o sentido de falar tudo indiscriminadamente, ou seja, de desembuchar.

argumento com alguma confiança, precisaríamos descobrir a proporção de chantagem accidental em relação à chantagem deliberada sob ambos os sistemas de regras, e as funções de utilidade relativa da fofoca para ambos os tipos de chantagistas. Pode acontecer que a nossa tentativa de impedir o investimento socialmente desnecessário de recursos bloqueie transações mutuamente benéficas – aquelas entre vítimas ansiosas e chantagistas accidentais que dão pouco valor às fofocas.

O terceiro problema é o rápido movimento para o julgamento de que "nada de valor" foi produzido. A medida aqui utilizada não é a disposição subjetiva das partes em pagar. Devido à sua repulsividade moral, parece intuitivamente crível que a chantagem não produz nada de valor. Mas será que este é realmente o caso? Que medida de valor social está sendo usada? Por parte da vítima, o pagamento da chantagem representa "evitar uma perda", em vez de um "ganho", mas certamente não estamos dizendo que todas as situações em que as partes pagam para evitar perdas são criminosas. Considere o comportamento do time de beisebol, negociando com a cidade-sede um acordo melhor. Como o próprio Coase admite no final do seu artigo,

O problema é que todo comércio envolve ameaças de não fazer algo a menos que certas demandas sejam atendidas. Além disso, as negociações sobre os termos de comércio envolvem provavelmente a realização de ameaças que seria melhor se não fossem feitas (e neste aspecto Pigou tem razão). Mas são apenas certas ameaças, em determinadas situações, que causam danos no geral e nas quais o dano é suficientemente grande para tornar desejável que aqueles que as fazem sejam processados e punidos.¹⁵²

Tendo aceitado implicitamente que todas as teorias criminalizariam as transações agora entendidas como perfeitamente legais, Coase conclui perguntando se o sistema britânico, com a sua ampla concessão de poder discricionário ao juiz e ao júri, representa a melhor resposta. Esta parece ser uma resposta perfeitamente sensata ao nível da política. No entanto, neste caso, também representa um abandono do projeto racionalista, sem qualquer consideração das questões mais gerais que tal rejeição parece suscitar.

¹⁵² *Id.* em 675-76

Estas não são as únicas críticas possíveis às teorias económicas de chantagem. Poderíamos virar Landes e Posner de cabeça para baixo e argumentar que a chantagem funcionaria, em geral, como uma forma eficaz de policiar as normas sociais, juntamente com uma disposição de aquisição relativamente eficiente. Se a vítima estivesse disposta a pagar mais pela informação do que o público pagaria (seja através da recompensa dos tablóides ou da celebridade Gennifer Flowers), então o chantagista venderia o silêncio. À primeira vista, um recurso foi movido para o seu mais elevado valor de uso. Somente a suposição bastante duvidosa de Landes e Posner sobre a eficiência dos julgamentos positivos e negativos dos legisladores lhes permite evitar esta interpretação. Encarando a chantagem como um método secundário de controle social, não é inteiramente claro como é possível permanecer dentro do estranho mundo dos pressupostos económicos e ainda assim declarar que a informação “não tem valor”. Por todas as razões listadas, as teorias económicas da chantagem parecem falhar de acordo com os seus próprios padrões.¹⁵³ Este é um ponto que Coase parece quase reconhecer no final de seu artigo.

Contudo, talvez o problema central de todas essas teorias, na minha perspectiva, seja o fato de parecerem muito distantes da compreensão social da chantagem. Será que os julgamentos sociais sobre o estatuto normativo da chantagem se voltariam para questões empíricas sobre a frequência relativa e o custo das suas variedades acidentais versus as suas variedades deliberadas? É claro que as explicações da lei não têm de pressupor que os atores sociais

¹⁵³ Quando apresentei este artigo na *Harvard Law School*, o professor Henry Hansmann sugeriu que os teóricos da chantagem poderiam criar uma nova variante das explicações económicas argumentando que, ao negar a possibilidade de venda direta, a chantagem funciona como um incentivo para a revelação de informações nas quais a sociedade tem interesse. Embora esta tenha sido uma criação espontânea (tanto quanto sei), parece ser a menos problemática das hipóteses económicas. No entanto, ainda enfrenta alguns dos mesmos problemas que as outras teorias económicas; em particular, afirma - sem provas - que o ganho do valor total da informação revelada pela existência da doutrina da chantagem seria maior do que a perda causada pelo bloqueio de muitas transações potencialmente eficientes entre chantagistas e vítimas ansiosas por pagar pelo silêncio. Se o objetivo é a divulgação de itens de interesse público, por que não confiamos na suposição padrão dos economistas de que o mercado fornecerá? Existe um mercado para notícias vergonhosas sobre os poderosos, seja esse mercado o *The New York Times* ou o *The National Enquirer*. Noutras situações, os economistas tendem a dizer que - se o interesse público for verdadeiramente grande o suficiente - então o mercado fixará um preço adequado para o recurso. Em outras palavras, a vítima perderia a guerra de lances. Por que assumir, neste caso específico, que os custos de transação são suficientemente elevados para que tenhamos de confiar numa cláusula paternalista que proíbe as partes de contratar?

compreendem as suas próprias instituições. No entanto, no caso da chantagem, o estímulo para resolver o enigma provém, em parte, da justaposição do sentimento quase universal de que a prática é errada e da dificuldade de distingui-la das transações “legais”. Descartar a importância das percepções sociais é também desafiar uma grande parte do motivo para empreender a investigação teórica em primeiro lugar. Finalmente, como salientarei mais tarde, parece haver aqui um problema específico para os analistas econômicos. Como passamos de uma imagem de atores implacavelmente racionais, de soberania do consumidor e de preferências exógenas para um mundo em que afirmamos que os cidadãos pensam que a chantagem não tem nada a ver com custos de informação, mas estão iludidos? Para mim, pelo menos, isso é um quebra-cabeça. Parece uma teoria da falsa consciência. Mas esse é exatamente o tipo de teoria que a maioria dos analistas econômicos do direito afirmam estar evitando.

B. Teorias Libertárias

A chantagem também é um tópico muito problemático para os libertários. Se o contrato é a metáfora central das relações sociais mutuamente benéficas e a intervenção governamental nas trocas livres é um mal paradigmático, como pode a chantagem ser errada? Impulsionados por esta lógica, alguns libertários estão dispostos a argumentar que a chantagem é permissível,¹⁵⁴ mas dois dos libertários mais proeminentes, Robert Nozick e Richard Epstein, pensam que a chantagem deveria ser criminalizada, embora cada um dê uma explicação diferente para esta aparente exceção aos seus princípios.

Epstein, no seu artigo *Blackmail, Inc.*, argumenta que se a chantagem fosse legal, poderia levar a novos crimes, uma vez que a vítima procurava dinheiro para pagar ao seu chantagista.¹⁵⁵ Esta ideia parece extremamente implausível, sendo ao mesmo tempo logicamente desnecessária e sujeita a algumas dificuldades práticas óbvias. Por que deveríamos subitamente começar a presumir que esta pressão monetária específica levaria a vítima ao crime? Consideremos as formas inteiramente legais de “pressão” que podem ser exercidas sobre os indivíduos na nossa sociedade – desde a publicidade que nos encoraja a definir o nosso valor próprio em termos do consumo bens, os quais nem todos nós podemos pagar, até à ação de uma empresa no despedimento de

¹⁵⁴ Ver WALTER BLOCK. “DEFENDING THE UNDEFENDABLE” 53-54 (1976); MURRAY N. ROTHBARD. “THE ETHICS OF LIBERTY” 124-27 (1982).

¹⁵⁵ Epstein, ver nota supracitada 26, em 564-65.

trabalhadores, muitos dos quais têm hipotecas ou contas médicas que lhes impõem um encargo financeiro intolerável. Cada uma destas situações podem conduzir ao crime. No entanto, de alguma forma, parece duvidoso que Epstein criminalize a publicidade de Air Jordans, ou a prática de encerramento de fábricas. Além disso, como Lindgren salienta que seria do interesse da Blackmail, Inc. definir os pagamentos a um nível que não provocasse uma atividade criminosa precipitada.¹⁵⁶ Uma vítima encarcerada é um alvo pouco promissor para a chantagem.

Epstein também especula que a vítima de chantagem, ao contrário de outras pessoas que precisam de dinheiro, provavelmente não conseguiria obter um empréstimo devido à dificuldade de especificar a razão pela qual precisava do dinheiro. Mais uma vez, isto parece implausível. Na minha experiência (reconhecidamente limitada), os fornecedores de crédito ao consumo, cartões de crédito e empréstimos à habitação preocupam-se apenas com a capacidade de pagamento. O Estado liberal pode ou não ser indiferente quanto aos "fins", mas os credores certamente aparentam ser.

Também parece haver aqui um familiar erro de referência: imaginar uma hipotética mudança de regra, mas não conseguir ajustar o comportamento para se conformar com a nova regra. Se a chantagem fosse legal, certamente os credores considerariam um investimento aceitável. Imaginemos que um credor está considerando um novo empréstimo a um devedor que já lhe deve dinheiro. Se pagar à Blackmail, Inc., permite ao mutuário manter um emprego lucrativo ou uma posição social, então um empréstimo de chantagem pareceria um melhor investimento do que um empréstimo para um carro novo. Se é suposto os credores serem irracionais, presumivelmente a Blackmail, Inc., seria suficientemente inteligente para desenvolver uma boa divisão de crédito. Em vez de explorar qualquer uma destas possibilidades, Epstein imagina que a Blackmail, Inc., encoraja estupidamente a vítima a cair no crime. Assim, não só se exporão a um processo e a acusações criminais por conspiração, como também perderão as vantagens que Epstein acaba de lhes conferir com a legalização. É certo que uma empresa tão estúpida não merece uma pausa, mas porquê assumir tal irracionalidade por parte de todos os envolvidos?

Finalmente, como o próprio Epstein observa, parece intuitivamente plausível que uma indústria de chantagem racional escolhesse vítimas ricas –

¹⁵⁶ James Lindgren, *More Blackmail Ink: A Critique of Blackmail, Inc., Epstein's Theory of Blackmail*, 16 CONN. L. REV. 909, 921 (1984).

vítimas que poderiam não precisar de crédito. Os chantagistas prefeririam vítimas ricas por causa da diminuição da utilidade marginal da riqueza¹⁵⁷ e porque provavelmente haveria uma correlação estatisticamente significativa entre aqueles que têm algo a perder em termos de reputação e associação e aqueles que têm dinheiro. A pessoa em situação de rua é uma vítima improvável de chantagem, o trabalhador de salário mínimo é pouco mais provável e, se houver algum custo de investigação, precisaríamos de alguma evidência empírica do ponto de equilíbrio antes de podermos dizer se as pessoas com maior probabilidade de serem chantageadas não teriam também a probabilidade de ter recursos substanciais ou crédito sob demanda. A conclusão de Epstein é de que, ao contrário de transações semelhantes, "somente a chantagem gera fraude" parece, assim como as encíclicas religiosas sobre os efeitos libertinos da música rock, ter pouca lógica para recomendá-la.

Epstein tem outra corda no seu arco. Partindo de pressupostos libertários, considera que a maioria dos crimes não físicos se baseiam na fraude ou no engano. Assim, para ele, "[o] quebra-cabeças ... é um pouco transformado, uma vez que a questão pode ser melhor colocada, porque é que [a vítima] escapar à punição criminal por engano, e não porque é que [o arguido] é punido por chantagem."¹⁵⁸ No final, não consegue resolver inteiramente este problema, pelo que o põe de lado, confiante de que o problema da chantagem, pelo menos, foi resolvido: "A chantagem deve ser considerada crime, mesmo na teoria restrita das actividades criminosas, porque é a serva da corrupção e do engano."¹⁵⁹ E quanto ao dolo? O problema aqui é que esta resposta parece evitar a questão. O enigma da chantagem pergunta por que razão a lei permite que os cidadãos guardem segredos e os revelem, mas não que obriguem outros a pagar pela guarda de segredos. Dizer que a manutenção de segredos num sentido mais amplo deveria ser ilegal, e usar isso como uma explicação para a ilegalidade da chantagem, dificilmente satisfará aqueles que têm procurado uma solução para o problema. Para alguém como Lindgren, isto é semelhante a "resolver" o paradoxo de Epimênides (que todos os cretenses são mentirosos, sendo o próprio Epimênides de Creta) sugerindo que Epimênides era de fato de Ios.

¹⁵⁷ Este é um conceito económico sobre o qual os economistas da Escola de Chicago (e econolibertários como Epstein) geralmente mantêm um intrigante silêncio. Claro, é possível diferenciar entre versões voltadas para a maximização da riqueza e versões mais estritamente utilitárias da análise económica. Mas qual é a vantagem de fazê-lo?

¹⁵⁸ Epstein, ver nota supracitada 26, em 565.

¹⁵⁹ *Id.* em 566.

Numa outra análise libertária interessante, Robert Nozick argumentou que a chantagem deveria ser ilegal porque "não é uma atividade produtiva".¹⁶⁰ A prova da sua "improdutividade" vem, para Nozick, da sua convicção de que uma das partes na troca não ficaria em pior situação se ela fosse proibida.

Embora as pessoas valorizem o silêncio de um chantagista e paguem por isso, o fato dele ficar em silêncio não é uma atividade produtiva. Suas vítimas estariam igualmente bem se o chantagista simplesmente não existisse e, portanto, não as estivesse ameaçando. E elas não estariam em pior situação se a troca fosse conhecida por ser absolutamente impossível.¹⁶¹

Esta ideia é interessante, mas cai por terra assim que é exposta ao mundo dos poderes, privilégios e imunidades legais. Há muitos casos em que eu estaria melhor (de alguma forma) se a outra parte não existisse. O proprietário do terreno vizinho deseja construir uma estrutura que privará meu pátio da luz do sol, mas está disposto a abrir mão da construção em troca de pagamento. Talvez Nozick responda que, mesmo que esse proprietário não exista, algum proprietário deve existir e, portanto, pelo menos potencialmente, eu enfrentaria o mesmo problema. Mas mesmo esse tipo de confissão e evasão não resolve o problema. Nozick parece estar se baseando em uma linha de base implícita, mas indefensável. A alternativa à chantagem é o silêncio e, portanto, a vítima pode parecer melhor se a chantagem for ilegal. Mas a alternativa à chantagem pode ser, não o silêncio, mas a revelação. Esse é um ponto que os libertários acreditam que a chantagem não deve ser criminalizada e com frequência.¹⁶² Em outras palavras, Nozick está cometendo um erro de categoria, confundindo a pessoa com o interesse legalmente protegido. A vítima poderia estar melhor se o chantagista não existisse, mas Nozick, em vez disso, está defendendo o desaparecimento de um dos interesses legalmente protegidos do chantagista, deixando intactos exatamente aqueles que podem causar danos à vítima. É verdade que todos aqueles que têm segredos a esconder estariam em melhor situação se ninguém os descobrissem. Mas a lei da chantagem não pode se livrar da pessoa que descobre um segredo; ela apenas impossibilita que ela venda esse segredo. Nozick não retirou do chantagista o privilégio da revelação, mas apenas a capacidade de mercantilizar o silêncio. Portanto, ele está errado ao dizer que as vítimas "não estariam em pior situação se a troca fosse

¹⁶⁰ NOZICK, ver nota supracitada 26, em 85.

¹⁶¹ *Id.* (nota de rodapé omitida).

¹⁶² ROTHBARD, ver nota supracitada 154, em 243.

absolutamente impossível".¹⁶³ Em tal situação, os chantagistas que dão pouco valor à celebridade de ser um fofoqueiro, mas que, em vez disso aceitar um pequeno pagamento pelo silêncio, agora revelarão. Nessa situação, as vítimas podem concluir, com razão, que estariam melhor se Nozick nunca tivesse existido!

Nozick pode optar por reformular sua posição combinando o ponto de incentivos discutido por Coase com sua própria definição de trocas improdutivas. A ideia aqui seria que proibir a chantagem desestimularia os atores racionais de investir recursos na tentativa de "obter sujeira sobre alguém" e, assim, minimizaria o número de "trocas improdutivas". Essa resposta, no entanto, tem dois grandes problemas. Primeiro e mais fundamental, há a dificuldade de elaborar uma definição não circular de trocas improdutivas e que não criminalize uma série de outras transações. Até o momento, isso é algo que Nozick não foi capaz de fazer. Em segundo lugar, esse argumento parece se basear na mesma suposição empírica não reconhecida sobre a prevalência da chantagem acidental em oposição à chantagem deliberada. Assim, Nozick pode estar proibindo uma troca potencialmente produtiva, deixando o chantagista acidental que preferiria ter sido pago em vez de fofocar, optar por fofocar em vez de ficar calado, para revelar os segredos. Para apresentar o argumento com confiança, precisaríamos descobrir a proporção de chantagem acidental para chantagem deliberada sob ambos os sistemas de regras, e as funções de utilidade relativas da fofoca para ambos os tipos de chantagistas. Claro, nem Nozick nem Epstein podem fazer isso.

C. Teorias de Terceiros

A análise de James Lindgren propõe resolver a paradoxo da chantagem por meio de referência aos interesses de terceiros.

Minha própria visão é que a chave para a ilicitude da transação de chantagem está em sua estrutura triangular. Como Epstein observa, a transação envolve implicitamente não apenas o chantagista e sua vítima, mas sempre também um terceiro interessado. Esse terceiro interessado pode ser, por exemplo, o cônjuge ou empregador da vítima, as autoridades ou até mesmo o público em geral. Quando um chantagista tenta usar seu direito de divulgar informações prejudiciais, ele está ameaçando contar a

¹⁶³ NOZICK, ver nota supracitada 26, em 85.

outros. Para conseguir o que deseja, o chantagista utiliza uma influência que é menos dele do que de outra pessoa. Vender o direito de ir à polícia envolve suprimir os interesses do estado. E vender o direito de informar outros sobre comportamentos embaraçosos (mas legais) envolve suprimir os interesses dessas outras pessoas. Por que esse ameaçador deveria ser capaz de obter vantagens pessoais coagindo os outros, usando alavancagem que não é realmente dele?¹⁶⁴

De certa forma, Lindgren está no caminho certo. Certamente, seu artigo contém uma pesquisa impressionante e uma crítica de outras teorias, e sua teoria pelo menos nos pede para examinar a reação de outros indivíduos na sociedade. No entanto, a análise é prejudicada por uma série de erros baseados em deslizos conceituais na definição de termos-chave. Em que sentido, exatamente, a influência que o chantagista usa é "menos dele do que de outra pessoa"? Em primeiro lugar, deve-se observar a imprecisão dos termos. Está sendo afirmado aqui um interesse legalmente protegido, ou apenas um "interesse" no mesmo sentido que muitas pessoas têm interesse em ver o novo vídeo de Madonna? Às vezes, Lindgren parece estar passando do último para o primeiro, presumindo assim o ponto que ele está obrigado a provar. Em segundo lugar, se Lindgren está afirmando que o chantagista não tem "nenhum direito" de capitalizar sobre o último tipo de interesse, parece estar reformulando o problema que se propôs a resolver. Para os estudiosos realistas da década de 1920, o desliz de "nenhum direito de controle" para "nenhum privilégio comercializável para divulgação" representa um erro prototípico de Hohfeld. O que distingue a análise pós-Hohfeldiana da pré-Hohfeldiana é a capacidade de analisar essas questões com clareza.¹⁶⁵

Em terceiro, seja qual for esse tipo de "interesse", Lindgren está enganado se acredita que não se pode vender acesso a algo que não se possui. Muitos acordos envolvem uma parte utilizando o acesso a um recurso ou

¹⁶⁴ Lindgren, ver nota supracitada 156, em 922-23. A explicação completa da teoria de Lindgren é fornecida em Lindgren, ver nota supracitada 27.

¹⁶⁵ Ver WESLEY N. HOHFELD, *FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS AS APPLIED IN JUDICIAL REASONING AND ORNER LEGAL ESSAYS* (Walter W. Cook ed., 1923); ver também *Hitchman Coal & Coke Co. v. Mitchell*, 245 U.S. 229 (1917); MORTON HORWITZ, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1870-1960*, at 152-56, 193-202 (forthcoming Oxford University Press) (unproofed ed.); Walter W. Cook, *Privileges Of Labor Unions in the Struggle For Life*. 27 *YALE L.J.* 779 (1918).

mercado que não possui como alavanca para persuadir outra parte a contratar. Se eu vender uma concessão de pipoca no meu estádio de beisebol para você, seu interesse será apenas porque sabe que isso lhe dará acesso a um grupo de consumidores em potencial. Você nunca pagaria a mim apenas para eu abster-me de exercer meu direito de negar-lhe acesso ao espaço físico que possuo. Sem a multidão, minha venda desse direito seria inútil para você, assim como a promessa do chantagista de se abster do exercício do privilégio da revelação seria inútil sem terceiros que de outra forma não seriam informados do segredo. Não possuo nem esses consumidores nem seus apetites, mas controlo o acesso a eles enquanto estão no jogo. Essa transação é de alguma forma desprezível porque a alavanca econômica que utilizo é o acesso ao apetite de outra pessoa, seja por pipoca ou por fofoca? Provavelmente, alugarei a banca para quem pagar mais, aumentando talvez o custo da pipoca para quem comparece ao jogo. De alguma forma, portanto, vendo meu direito de exclusão, utilizando os "interesses" dos outros como minha alavanca econômica, e ainda assim não sou obrigado a incorporar totalmente esses interesses ao meu cálculo.¹⁶⁶

Quando renegociarmos, posso ameaçar alugar para outra pessoa, a menos que você me pague mais. Pelo que se pode perceber, a análise de Lindgren não consegue distinguir esse caso da chantagem. "Por que esse ameaçador deveria ser capaz de obter vantagens pessoais coagindo os outros, usando alavancagem que não é realmente dele?"¹⁶⁷ Mas, como essa analogia deve deixar claro, a frase "não realmente dele" contém uma ambiguidade fatal. A alavanca não é realmente minha, no sentido de que não sou proprietário dos fãs de beisebol e seus apetites, ou da audiência de fofocas, mas é "realmente minha" no sentido de que tenho interesses legalmente protegidos que me permitem conceder ou negar acesso físico ou informacional. Se ignorarmos o possessivo julgador, "meu", com sua conotação associada ao conceito absoluto de propriedade, as relações legais tornam-se muito mais claras. A teoria de Lindgren, pelo menos em qualquer forma forte, falha em distinguir a chantagem de inúmeras transações legais.

¹⁶⁶ O exemplo do beisebol, como muitos casos de chantagem, envolve uma situação próxima a um monopólio bilateral. Obviamente, existem limites - por exemplo, bens substitutos (outros times de beisebol, outras atividades, outros alimentos) - mas a capacidade de vender o interesse legalmente protegido ainda confere considerável poder à parte que o possui.

¹⁶⁷ Lindgren, ver nota supracitada 156, em 923.

D. Problemas Compartilhados

Antes de concluir a parte crítica da minha análise sobre chantagem, gostaria de destacar três características dos artigos que discuti até agora. A primeira é melhor exemplificada por Nozick, Posner e Epstein. Seus argumentos mostram uma interessante disposição para renunciar, ou pelo menos modificar, um princípio que normalmente é estimado por eles. O princípio é a soberania do consumidor, ou a definição pessoal do autointeresse. Por que a chantagem é um caso tão difícil para eles? Vendo que a lei proíbe uma transação, vendo que a transação aparentemente depende apenas da coerção envolvida na renúncia a um privilégio legal e, no entanto, achando a transação indefensável, eles se encontram em uma posição angustiante. Sugerir, como os realistas jurídicos fizeram, que a coerção é inerente ao sistema legal, que o núcleo de um sistema *laissez faire* consensual é completamente dependente de coerção institucionalizada, não é uma solução que os atrai.¹⁶⁸ Além disso, não está claro que mesmo essa admissão resolveria o enigma da chantagem. (Em termos formais, colocaria simplesmente outras transações no mesmo nível da chantagem - dificilmente uma solução atraente em termos teóricos ou práticos.) Ao mesmo tempo, todos os três desejam colocar a lei da chantagem dentro da classe de "instituições sociais racionais", e assim eles devem encontrar alguma explicação lógica para sua ilicitude. A explicação deve conter algum princípio para distinguir entre essa interferência estatal em uma "transação consensual" e todas as outras interferências estatais em "transações consensuais". Caso contrário, eles podem ser vistos como tendo aceitado a premissa de liberais e radicais de que a intervenção paternalista é frequentemente necessária no sistema econômico para mitigar os efeitos do poder desigual.¹⁶⁹

Em segundo lugar, é notável que, mesmo em combinação, todas as teorias - mas especialmente as econômicas e libertárias - falham em compreender o significado social da chantagem. Em outras palavras, duvido que qualquer pessoa - mesmo nas ruas de Cambridge - responderia à pergunta "Por que a chantagem é ilegal?" apelando para noções de incentivos ineficientes para produção de informações ou trocas improdutivas. Claro, não há nada de errado em dar uma explicação para um conjunto de leis que entra em conflito com as explicações daqueles na sociedade governada por tais leis. No entanto, Nozick,

¹⁶⁸ Ver Robert L. Hale, *Bargaining, Duress, and Economic Liberty*, 43 COLUM. L. REV. 603 (1943).

¹⁶⁹ Ver Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 563 (1982).

Epstein, Posner e Coase são cada vez mais conduzidos a teorias que se afastam tanto das ideias populares que a única explicação para a discrepância parece ser a falsa consciência daqueles envolvidos. Para teóricos de outras tradições, isso seria incontestável. No entanto, para os libertários e analistas econômicos aceitarem a ideia de falsa consciência é colocar suas teorias - fortemente dependentes de uma versão particular de escolha racional - em dúvida.

A terceira observação poderia ser feita sobre todos os artigos, mas é mais claramente evidente no trabalho de Lindgren. Podemos chamá-la de "antropologia kantiana". Em alguns momentos, Lindgren parece assumir que, como existe uma regra proibindo a chantagem e a prática parece intuitivamente ruim, deve haver um único princípio geral subjacente tanto à proibição quanto à repulsa. A tarefa que ele se propõe, e que ele (corretamente) vê como o objetivo básico dos outros estudos sobre chantagem, é encontrar esse princípio ausente. Esta é certamente uma maneira de entender as instituições legais. Sua premissa é que as instituições sociais devem ter uma base racional, expressável em termos de princípios gerais, e aquelas que não têm devem desaparecer da Terra. Sua antropologia descritiva e racionalista se encaixa bem com sua crítica prescritiva e principiada. Como método de estudos jurídicos, suas premissas são tão amplamente compartilhadas que raramente são questionadas. Suas armas também têm mordacidade inegável, especialmente quando usadas contra alguém que está trabalhando dentro do mesmo gênero de bolsa de estudos. De fato, a persuasão da minha crítica aos outros teóricos da chantagem depende tanto do autor quanto do leitor pressupor essas convenções de fundo. No entanto, assim como as questões de informação tornam mais aparentes as fraquezas na visão liberal de propriedade e na estrutura conceitual de eficiência e discurso de incentivo na economia, elas também destacam a natureza controversa desta visão da bolsa de estudos jurídicos.

Eu afirmaria que não podemos entender a chantagem a menos que a vejamos no contexto da ideologia e das instituições de uma sociedade liberal, uma sociedade que frequentemente pressupõe diferentes teorias de justiça e métodos de tratar as pessoas nos domínios da família, do mercado e do estado. Obtemos uma imagem diferente se olharmos para as instituições legais e crenças morais à luz da história, arranjos sociais e ideologia desta sociedade real, em vez de em um mundo de hipotéticos legais e pura racionalidade não especificada.

Vamos usar um exemplo hipotético não relacionado à chantagem por um momento. Considere as regras contratuais sobre cláusulas de penalidade e

danos compensatórios. Poderíamos elaborar uma explicação racionalista da diferença, talvez com base na eficiência alocativa ou na posição original de Rawls. Mas, embora tal explicação seja útil, ela também ignoraria o terror absoluto que a teoria social liberal em geral e o pensamento jurídico clássico em particular têm em relação à lei privada assumindo uma função redistributiva. Essa preocupação é construída sobre ideais morais e ideias de teoria política, mas também é construída sobre preocupações de legitimidade e sobre a aparente solidez de uma visão ideológica completa do mundo.

Qualquer estudo da ideologia jurídica observaria duas conclusões problemáticas deduzidas da suposta natureza não redistributiva do direito contratual: (1) o tribunal deveria apenas interpretar a vontade das partes, porque ir além seria passar de ser um instrumento do acordo das partes para ser um agente redistributivo independente; e (2) danos punitivos são inadequados no direito contratual, que funciona apenas para alcançar os resultados que o contrato teria alcançado. O conflito óbvio surge quando as partes aparentemente especificam danos punitivos. Se o tribunal compartilha desse pano de fundo ideológico, ele se depara com uma contradição. Essa contradição ajuda a explicar a distinção confusa entre "danos punitivos" ilegítimos e "danos compensatórios" legítimos e mutuamente acordados. A perspectiva de gestores racionais do sistema jurídico, lidando com um problema técnico da doutrina de cada vez, subestima o quanto essas respostas se encaixam em um mundo já estruturado pela história, ideologia e visão política.¹⁷⁰

Como essa perspicácia nos ajuda a entender a chantagem? Para responder a essa pergunta, devo retornar à minha discussão sobre público e privado. Minha tese aqui é que uma das principais razões pelas quais a chantagem é ilegal (e fortemente percebida como errada) é que existe uma forte

¹⁷⁰ Isso não quer dizer que, como as instituições sociais têm elementos não racionais, devemos abrir mão das ferramentas da razão (embora minha afirmação seja que essas ferramentas são menos poderosas do que geralmente se presume). Mas isso oferece uma visão interessante sobre o tipo de teorização que pressupõe a correção de uma crença social profundamente mantida e trabalha para criar uma justificação fundamentada para ela, algo semelhante a colocar uma capa em uma cadeira existente.

Examinar questões da maneira que sugiro aqui também nos ajuda a entender as conexões entre perguntas aparentemente diversas. A teoria da vontade nos contratos, a doutrina da ausência de dever de agir e os contínuos desafios constitucionais às indenizações punitivas, por exemplo, compartilham certas premissas sobre o papel do direito privado em relação à distribuição de riqueza. Assim, um ataque a um princípio muitas vezes é percebido como um ataque a todos eles.

crença social, às vezes conscientemente articulada e às vezes mantida inconscientemente, de que nem tudo deve ser reduzido à lógica universalizante da relação monetária. Em particular, o domínio privado do lar deve ser protegido contra o instrumentalismo implacável das transações de mercado. Essa crença recebe um "toque" particular pela nossa prática, dentro desse domínio, de definir a norma de proteção justificada em grande parte pela referência ao direito de reter e controlar informações. Intuitivamente, a chantagem parece ser a intrusão da lógica de mercado no domínio que deveria ser o mais "privado". Em outras palavras, não acreditamos que devemos mercantilizar relacionamentos no domínio privado. Mercantilizar é, em si, violar o domínio privado.¹⁷¹ Comercializar uma violação da privacidade, então, é duplamente repreensível.

Dois aspectos da doutrina da chantagem parecem apoiar essa interpretação. Primeiro, em grande parte permitimos que a vítima (e a avaliação do chantagista das crenças subjetivas da vítima) determine se determinada informação envolve um "defeito vergonhoso". Uma visão da chantagem que não se concentrasse na privacidade, mas sim desejasse proibir a mercantilização de informações sobre um menu específico de comportamentos e práticas, listaria tópicos sobre os quais indivíduos não poderiam ser chantageados ou apelaria para um padrão objetivo ou comunitário. Na verdade, escolhemos proteger o segredo carnívoro de George Bernard Shaw exatamente na mesma medida em que protegemos a infidelidade conjugal secreta, apesar da tolerância diferente para tais práticas na sociedade como um todo. A comparação com a lei da difamação é instrutiva.

Em segundo lugar, apenas proibimos a mercantilização de informações privadas. Isso reforça meus argumentos anteriores sobre os múltiplos estereótipos contraditórios sobre informações. A menos que eu tenha ido tão longe a ponto de cometer um ato ilícito adicional, como intrusão à solidão, tenho permissão para revelar todas as informações que descubro - sem penalidade. O privilégio é mantido, mas a venda do privilégio é criminalizada. Quando

¹⁷¹ Nisso, assim como em grande parte da discussão sobre a mercantilização neste artigo, achei o trabalho de Peggy Radin inestimável. Margaret J. Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849 (1987). A Professora Radin não discute chantagem, ou questões de informação como tal, nem usa a divisão público/privado para explicar a relutância social em mercantilizar certos tipos de informação. No entanto, ela aborda muitas das questões analisadas aqui, incluindo a mercantilização de partes do corpo, e achei essas discussões extremamente úteis. Ela também aborda a mercantilização das personas de celebridades, *id.* em 1857 n.33, e a questão da alienabilidade de mercado no direito civil, *id.* em 1876-78.

livremente revelada, a informação - mesmo a informação relativamente privada - se encaixa facilmente no estereótipo público da Primeira Emenda: a informação é o sangue vital do domínio público, aquilo que não devemos regular se quisermos manter o livre fluxo de ideias. A tentativa de mercantilizar, no entanto, mina o estereótipo da Primeira Emenda, permitindo que a visão da privacidade assuma. Na parte sobre venda de informações, argumentarei que o mecanismo reverso explica a proibição de negociação com informações materiais não públicas.¹⁷² Lá, a visão "pública" da informação, a ideia de igualdade presumida apenas neste recurso, opera para fornecer uma forte justificativa para a lei de venda de informações.

Visto dessa forma, a chantagem é análoga a um conjunto diferente de crimes. Para entender a chantagem, não a compararíamos com a exigência de um ladrão por uma carteira. Em vez disso, a compararíamos com outras situações em que a mercantilização de algo "privado" é tornada ilegal, apesar de o negócio parecer, a um nível ligeiramente mais abstrato, uma troca de mercado comum. Assim, as analogias seriam com a anulabilidade de contratos para serviços sexuais ou a proibição da venda de bebês. Posso oferecer favores sexuais, mas não posso fazer valer um contrato por eles. Tenho o poder de organizar uma adoção privada do meu filho, mas não posso vender esse poder, nem a criança.¹⁷³

Muitos estudiosos acham esse tipo de resposta insatisfatório. Mesmo que existam razões "irracionais", "sentimentais" ou "românticas" por trás de uma instituição legal, não deveríamos trabalhar para completar o projeto iluminista - levar instituições a prestarem contas no tribunal da razão? Eu tenho tanto uma resposta filosófica elaborada quanto uma resposta prática mundana para esta sugestão. O ponto filosófico elaborado é que não há uma realidade pré-teórica, pré-classificada da qual podemos começar a analisar nossas instituições.

¹⁷² Ver *infra* Parte VIII.

¹⁷³ Existem muitos outros exemplos. Nos casos de nascimento prejudicado, a recusa de muitos tribunais em incluir os custos de criar uma criança como parte do "dano" atribuível a uma operação de esterilização realizada negligentemente decorre, em parte, do desejo de manter o mercado fora do domínio do lar e do lar. Os tribunais apresentam uma série de argumentos que vão desde o benefício inefável de ter crianças extras até a dificuldade de quantificação, o dever de mitigar danos e a impossibilidade de rastrear a cadeia de causalidade. No entanto, uma análise rápida de cada um desses motivos revela que outros problemas de responsabilidade civil apresentam dificuldades muito maiores. No final, é difícil não concluir que o tribunal está realmente impondo uma crença específica sobre as áreas que não devem estar sujeitas à quantificação de mercado, não importa quão real seja a perda.

Esse contexto ou aquele contexto pode não ser inevitável, mas haverá algum contexto, alguma construção social prévia da realidade. A análise dos jogos de linguagem de Wittgenstein,¹⁷⁴ o trabalho de Feyerabend e Kuhn (muito diferentes) sobre o método científico,¹⁷⁵ o neopragmatismo de Rorty¹⁷⁶ - todos parecem lançar dúvidas sobre a ideia de um mundo que não seja socialmente construído, ao mesmo tempo em que deixam aberta a questão das consequências que decorrem da exploração dos limites dos contextos particulares e sobrepostos nos quais nos encontramos.

Minha resposta mais mundana é que é importante entender as limitações de um sistema que "decide" questões rotulando-as como públicas ou privadas. Dizer isso, no entanto, não é defender a possibilidade de uma análise pura que tratasse a questão da chantagem em um quadro "neutro". Nenhum tal quadro está disponível. Em uma base local, eu ainda acredito em argumentos sobre a desejabilidade da proibição da chantagem - argumentos baseados em julgamentos sobre consequências, em analogias com outros tipos de comportamento, até mesmo na ideia de incentivos para se envolver em tipos específicos de coleta de informações. No entanto, esses argumentos não descobrirão algum princípio universalizável que fundamenta tanto a proibição da chantagem quanto seu apoio social. Em vez disso, eles serão ao mesmo tempo excessivamente e insuficientemente inclusivos. Eles apontarão para a proibição de atos que permitimos, sem explicar nossa proibição de outras transações. O objetivo dos teóricos da chantagem, de fornecer a única explicação racional, não apenas não é atendido, mas, eu argumentaria, é inatingível.

Qual então é o benefício da análise que ofereço aqui? O que nos lucra entender que questões de informação são resolvidas em parte pela categorização delas em categorias "públicas" ou "privadas"? Como isso nos ajuda a entender que a chantagem impede a mercantilização de informações privadas definidas subjetivamente em parte por causa de uma noção romântica de privacidade, lar e lar, e uma crença associada de que devemos manter o mercado longe desse domínio se quisermos mantê-lo? Primeiro, eu acredito que é útil

¹⁷⁴ LUDWIG WITTGENSTEIN, *PHILOSOPHICAL INVESTIGATIONS* (G.E.M. Anscombe trans., 3d ed. 1953).

¹⁷⁵ PAUL K. FEYERABEND, *AGAINST METHOD: OUTLINE OF AN ANARCHIST THEORY OF KNOWLEDGE* (1975); PAUL K. FEYERABEND, *PROBLEMS OF EMPIRICISM* (1981); THOMAS S. KUHN, *THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTIONS* (1962).

¹⁷⁶ RICHARD RORTY, *CONSEQUENCES OF PRAGMATISM* (1982); RICHARD RORTY, *PHILOSOPHY AND THE MIRROR OF NATURE* (1979).

descriptivamente. Para entender como as questões de informação devem ser resolvidas, precisamos primeiro entender como elas são resolvidas.

Segundo, a análise nos dá a capacidade (embora muito limitada) de prognosticar. Na Conclusão, destaco que qualquer análise de uma "sociedade da informação" precisa lidar com as valências conflitantes de nossas diversas visões da informação como pública e privada, como mercadoria e como "aquilo que nunca deve ser mercantilizado". A doutrina da chantagem destaca até que ponto estamos dispostos a ir para dar às pessoas soberania sobre as informações que as dizem respeito. Isso certamente é uma ideia importante em qualquer sociedade em que a coleta, manipulação, distribuição e uso de informações desempenham um papel significativo.

Terceiro, lidando especificamente com o enigma da chantagem, a análise aponta uma razão para os problemas da literatura existente sobre chantagem. A própria noção de "razão", "teoria" e "princípio" adotada pelos teóricos da chantagem torna quase impossível para eles encontrar tal razão, teoria ou princípio subjacente à chantagem. Há uma piada antiga sobre um bêbado procurando suas chaves de carro embaixo de um poste de luz, mesmo que as tenha deixado a centenas de metros de distância. Quando questionado sobre seu comportamento, ele aponta que, embora as chaves possam não estar lá, era o único lugar onde ele conseguia ver alguma coisa. Até certo ponto, a antropologia kantiana dos teóricos da chantagem enfrenta o mesmo problema. Eles desejam tanto se envolver quanto ignorar a natureza socialmente construída de mercados, coerção e privacidade. Em outras palavras, a sociedade na qual o tipo de princípio que estão buscando poderia ser encontrado seria a sociedade em que as formas sociais já fossem transparentes para a análise racional; ou seja, a sociedade para a qual não seria necessário.

Finalmente, os erros persistentes cometidos pelos analistas mais sofisticados da chantagem - os erros de categoria e linha de base, a falha em levar em conta as mudanças no comportamento se uma nova regra for presumida, a confusão de diferentes interesses legalmente protegidos em um conceito "direito" indiferenciado - todos esses se revelam erros instrutivos para o restante da literatura sobre direito e informação. Na próxima parte, a análise da doutrina de venda de informações revelará a persistência de tais erros em um caso em que a mercantilização da informação é aparentemente proibida por causa do estereótipo público, e não privado, da informação. Ao mesmo tempo, a análise da crítica germinal à doutrina de venda de informações mostrará que a linguagem da autoria romântica pode aparecer onde menos se espera.

VII

VENDA DE INFORMAÇÕES PRIVILEGIADAS

Nossa era foi habilmente denominada e pode muito bem ser lembrada como a "era da informação". Francis Bacon reconheceu quase 400 anos atrás que "o conhecimento é poder", mas somente na última geração ele subiu ao equivalente à moeda do reino. Em nenhum lugar essa mercadoria é mais valiosa ou volátil do que no mundo das finanças, onde fatos que valem fortunas quando secretos podem se tornar inúteis uma vez revelados.¹⁷⁷

A citação acima vem de um caso de venda de informações privilegiadas. Anthony Materia trabalhava como copista para uma impressora financeira. Uma de suas funções envolvia a leitura em voz alta de documentos para um revisor de provas que verificava sua precisão. Neste caso, os documentos diziam respeito a uma oferta pública iminente. Embora os nomes das empresas tivessem sido apagados, o Sr. Materia - descrito pela Corte de Apelações como "um ávido observador do mercado"¹⁷⁸ - foi capaz de descobrir a identidade do alvo pretendido. Ele fez isso verificando os detalhes revelados nos documentos da oferta pública em comparação com uma variedade de tipos de informações disponíveis publicamente. Em outro contexto, poderíamos imaginar a perspicácia, o trabalho árduo e o olho aguçado de Materia como virtudes empreendedoras exemplares americanas. No contexto deste caso, no entanto, com suas persistentes conotações de fraude e decepção, o Segundo Circuito encontrou pouco para admirar na conduta do Sr. Materia e desaprovou o entusiasmo com que ele perseguiu seus interesses extracurriculares. Em certo ponto, o Juiz Kaufman observou ironicamente: "Se a cópia era a vocação de Materia, o mercado de ações parece ter sido igualmente consumidor".¹⁷⁹ Tendo determinado a identidade da empresa-alvo, o Sr. Materia investiu pesadamente. "Horas após cada descoberta, ele comprou ações e, em poucos dias - após a

¹⁷⁷ SEC v. Materia. 745 F.2d 197. 198 (2d Cir. 1984). cert. denied. 471 U.S. 1053 (1985).

¹⁷⁸ *Id.* em 199 n.2.

¹⁷⁹ *Id.* em 199.

oferta ter sido tornada pública - vendeu suas participações com ganhos substanciais."¹⁸⁰

Nos termos mais amplos possíveis, poderíamos dizer que a pergunta apresentada por *Materia* é: "Quando um indivíduo pode lucrar com o acesso a informações materiais, não públicas?" Em um caso anterior, *Estados Unidos v. Chiarella*,¹⁸¹ que tinha fatos surpreendentemente semelhantes, o mesmo tribunal havia decidido que "qualquer pessoa - insider corporativo ou não - que regularmente recebe informações materiais não públicas não pode usar essas informações para negociar em valores mobiliários sem incorrer em um dever afirmativo de divulgação."¹⁸² A Suprema Corte não concordou. Para o *Justice Powell*, escrevendo para a maioria, a decisão da corte de apelação estava muito preocupada com um objetivo específico da Lei de Valores Mobiliários.

Sua decisão ... repousava unicamente em sua crença de que as leis federais de valores mobiliários criaram um sistema que proporciona acesso igual à informação necessária para decisões de investimento racionais e inteligentes. O uso por qualquer pessoa de informações materiais não geralmente disponíveis é fraudulento, sugere esta teoria, porque tais informações dão a certos compradores ou vendedores uma vantagem injusta sobre compradores e vendedores menos informados.¹⁸³

Justice Powell não estava inclinado a ver a Lei de Valores Mobiliários como um documento com objetivos tão implacavelmente igualitários ou com um alcance tão amplo para efetivá-los. "A formulação de um dever tão amplo, que se afasta radicalmente da doutrina estabelecida de que o dever surge de uma relação específica entre duas partes, não deve ser empreendida sem alguma evidência explícita de intenção do Congresso."¹⁸⁴

¹⁸⁰ *Id.*

¹⁸¹ 588 F.2d 1358 (2d Cir. 1978). rev'd, 445 U.S. 222 (1980).

¹⁸² *Id.* em 199.

¹⁸³ *Chiarella v. United States*, 445 U.S. 222, 232 (1980) (citando *Chiarella*, 588 F.2d em 1362).

¹⁸⁴ Em *Chiarella v. United States*, 445 U.S. 222 (1980), a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu que nem toda desigualdade financeira constitui atividade fraudulenta sob a Seção 10(b) da Lei de Bolsas de Valores. O tribunal parecia sentir que algum grau de desigualdade está intrínseco à própria ideia de um mercado. Assim, "nem toda instância de injustiça financeira constitui atividade fraudulenta nos termos da Seção 10(b)." Posteriormente, no caso *Dirks v. SEC*, 463 U.S. 646 (1983), a Corte ampliou sua aceitação da ideia de

Em *Materia*, o Segundo Circuito tentou novamente. Após ter visto seu dever geral de “divulgar regularmente informações materiais não públicas recebidas” ser rejeitado pela Suprema Corte, eles reformularam a questão em termos de má apropriação.¹⁸⁵ Visto dessa forma, a ofensa do Sr. *Materia* foi que ele “mal apropriou informações não públicas em violação a um dever fiduciário e negociou com base nessas informações para seu próprio benefício.”¹⁸⁶ Foi essa ação que violou a Seção 10(b) da Lei de Valores Mobiliários e a Regra 10b-5. Desta vez, ao enquadrar a questão não como a existência de acesso público formalmente igual à informação, mas sim como a proteção da informação privada de algo que a corte chamou de “má apropriação”,¹⁸⁷ A Suprema Corte não mostrou inclinação para discordar.¹⁸⁸ Dada nossa discussão anterior sobre tensões na regulamentação da informação, essa escolha entre uma visão de acesso igual e uma visão de direitos quase proprietários não deveria ser surpreendente.¹⁸⁹

que certos participantes no mercado poderiam ser autorizados a explorar sua posição de vantagem informacional como uma forma de compensação por alguma função pública real ou imaginada.

O Congresso expressamente isentou muitos profissionais de mercado da proibição estatutária geral estabelecida na Seção 11(a)(1) da Lei de Bolsas de Valores. Como observado em *Chiarella*, “[a] exceção é baseada no reconhecimento do Congresso de que [os profissionais de mercado] contribuem para um mercado justo e ordenado ao mesmo tempo em que exploram a vantagem informacional que advém da posse de [informações não públicas].”

Profissionais de mercado são atores privados que desempenham uma função pública e recebem licença para explorar as informações que recebem como recompensa. O direito privado assegura o papel público. Novamente, o paralelo com os direitos autorais é notável.

¹⁸⁵ Essa teoria havia sido sugerida no caso *Chiarella*, mas como nunca foi submetida ao júri, a condenação de *Chiarella* foi anulada, e a resolução da questão foi deixada “para outro dia”. *Chiarella*, 445 U.S. em 238 (opinião concorrente do Juiz Stevens).

¹⁸⁶ *SEC v. Materia*, 745 F.2d 197, 203 (2d Cir. 1984), cert. denied, 471 U.S. 1053 (1985).

¹⁸⁷ *Chiarella*, 445 U.S. em 202-03. O tribunal estava compreensivelmente vago ao explicar a ideia de apropriação indébita. A informação era propriedade e, em caso afirmativo, de quem? Se não fosse propriedade, poderia ser apropriada indevidamente? Um terceiro, ouvindo a mesma informação em um elevador, estaria “apropriando-se indevidamente” dela? Ou o tribunal estava simplesmente dizendo que os deveres fiduciários contratuais do Sr. *Materia* alocavam autoritariamente oportunidades para a coleta de informações, condicionando assim o delito à violação de um acordo privado?

¹⁸⁸ *Materia v. SEC*, 471 U.S. 1053 (1985), denying cert. to 745 F.2d 197 (2d Cir. 1984).

¹⁸⁹ Essa escolha também dividiu a Suprema Corte. Enquanto a maioria em *Chiarella* via disparidades de informação como parte inevitável de um mercado, a dissidência acreditava que o simples fato de acesso desigual é crucial para um

Os conflitos entre o tribunal de apelações e a Suprema Corte em *Materia e Chiarella* são variações de um conflito temático mais profundo. Por que a venda de informações privilegiadas deveria ser ilegal em primeiro lugar? Mais cedo neste artigo, destaquei que vivemos em uma sociedade que distribui riqueza por meio de um sistema de mercado construído sobre a desigualdade de poder econômico e que normalmente exalta um indivíduo capaz de converter alguma vantagem temporária em uma posição de ganho no mercado. Mesmo aqueles que pensam que a venda de informações privilegiadas deveria ser criminalizada concordam que "[a] jurisprudência mal sugere por que a venda de informações privilegiadas é prejudicial."¹⁹⁰ Críticos da lei atual argumentam que a venda de informações privilegiadas é consistente com normas encontradas em outros lugares na sociedade,¹⁹¹ que não prejudica ninguém,¹⁹² que a venda de informações privilegiadas seria impossível em um mercado de capitais eficiente,¹⁹³ que a venda de informações privilegiadas opera como um método

caso sob a regra 10b-5. Assim, na visão dos Justices Blackmun e Marshall, um caso anterior da Suprema Corte "dava forte apoio ao princípio de que uma disparidade estrutural no acesso a informações relevantes é um fator crítico sob a Regra 10b-5 para estabelecer o dever de divulgar as informações ou abster-se de negociar". *Chiarella*, 445 U.S. at 251 (Blackmun, J., dissenting) (citando *Affiliated Ute Citizens v. United States*, 406 U.S. 128 (1972); ver também *United States v. Chestman*, 947 F.2d 551, 564-67 (2d Cir. 1991) (decisão em banc) (opinião majoritária), cert. negada, 112 S. Ct. 1759 (1992). Sobre as múltiplas confusões da jurisprudência, veja 6 ALAN R. BROMBERG & LEWIS D. LOWENFELS, *SECURITIES FRAUD & COMMODITIES FRAUD* § 7.5(510)-(513) (1991). Para reações acadêmicas à teoria da apropriação indébita, veja Manning G. Warren III, *Who's Suing Who? A Commentary on Investment Bankers and the Misappropriation Theory*, 46 MD. L. REV. 1222 (1987); Elliot Brecher, Note, *The Misappropriation Theory: Rule 10b-5 Insider Liability for Nonfiduciary Breach*, 15 FORDHAM URB. L.J. 1049 (1987); Karen A. Fischer, Comment, *The Misappropriation Theory: The Wrong Answer to the Chiarella Question*, 32 N.Y.L. SCH. L. REV. 701 (1987). Claro, como tentei mostrar anteriormente, o conflito vai muito além da negociação com informações privilegiadas. Para uma aplicação aos direitos de propriedade intelectual de princípios cognatos derivados do caso *INS*, veja texto supracitado acompanhando as notas 77-82, como revisado por um desejo contraposto de promover a concorrência, veja Leo J. Raskind, *The Misappropriation Doctrine as a Competitive Norm of Intellectual Property Law*, 75 MINN. L. REV. 875 (1991).

¹⁹⁰ Cox, ver nota supracitada 28, em 628.

¹⁹¹ Hetherington, ver nota supracitada 28.

¹⁹² "Os lucros dos insiders não são perdas para os outsiders, mas evidências de uma alocação de recursos mais eficiente." Moran, ver nota supracitada 28, em 1.

¹⁹³ "A SEC deveria primeiro reconhecer que em um mercado eficiente, onde os preços são, por definição, 'justos', é impossível que os investidores sejam enganados ao pagar mais por títulos do que seu verdadeiro valor." Saari, ver nota supracitada 66, p. 1069 (nota de rodapé omitida).

de compensação pela excelência empreendedora,¹⁹⁴ e que as corporações o regulariam por conta própria se acreditassem que isso fosse prejudicial.¹⁹⁵

Minha atitude em relação a essas críticas é um tanto incomum. Críticos da regulamentação da venda de informações privilegiadas poderiam afirmar com razão que ela é inconsistente com muitas das normas que aplicamos ao comportamento de mercado. Há algo estranho na descoberta de uma ilha estatutária de igualitarismo no coração do capitalismo. Mas essa ilha não é a única manifestação de ideais igualitários nas regras que definem as transações de mercado. A lei de fraude e erro, a regra contra a perpetuidade, a doutrina da iniquidade e (a compreensão popular) da legislação antitruste, todas têm componentes igualitários.¹⁹⁶ Essas regras nem sempre estão preocupadas com o igualitarismo da informação. No entanto, há algo inegavelmente contraintuitivo sobre a proibição da venda de informações. Pode-se esperar que aqueles que normalmente são céticos em relação à regulamentação igualitária de transações de mercado façam muito dessa aparente anomalia, enquanto aqueles mais receptivos às noções igualitárias estariam ansiosos para explorar a dinâmica desse tema igualitário no tratamento da informação. O primeiro grupo poderia ser esperado para defender a desigualdade neste contexto específico em termos normativos diretos - assim como Rand ou Hayek o fazem,¹⁹⁷ por exemplo. O último grupo poderia ser esperado para investigar essa aparente "exceção de informação" à nossa tolerância para a desigualdade de mercado. A estrutura de público e privado que descrevi anteriormente significa que é mais fácil argumentar a favor de resultados igualitários com questões apresentadas em termos de desigualdades de informação, em vez de desigualdades diretas de riqueza ou poder? O apoio popular à regulamentação da venda de informações privilegiadas oferece algum suporte para essa hipótese, assim como a notável ausência de explicações articuladas sobre o que há de errado com a venda de informações privilegiadas em primeiro lugar. Consequentemente, poderíamos

¹⁹⁴ Ver MANNE, nota supracitada 29, em 138-41.

¹⁹⁵ Ver Carlton & Fischel, nota supracitada 66, em 862-63.

¹⁹⁶ O trabalho de Kim Scheppele é especialmente bom ao mostrar como a análise econômica falha em explicar a preocupação dos tribunais que julgam casos de fraude com questões de poder e desigualdade - exatamente os tipos de questões que uma visão mais igualitária (ou, no caso dela, influenciada pelo contratualismo de Rawls) da lei do "segredo legal" se concentraria. Ver SCHEPPELE, nota supracitada 1; ver também Kronman, nota supracitada 55.

¹⁹⁷ Ver FRIEDRICH A. HAYEK, *THE CONSTITUTION OF LIBERTY* 81-102 (1960); FRIEDRICH A. HAYEK, *LAW, LEGISLATION AND LIBERTY* (1979); FRIEDRICH A. HAYEK, *THE ROAD TO SERFDOM* (1944); AYN RAND, *THE VIRTUE OF SELFISHNESS* (1964).

esperar encontrar a hipótese da igualdade de informação explorada em algum comprimento.

Na verdade, a pesquisa real sobre a venda de informações privilegiadas é frequentemente muito diferente. Em particular, a área é dominada por análises econômicas que, com algumas exceções significativas, exemplificam de maneira bastante não reflexiva a aporia na economia da informação que descrevi anteriormente.¹⁹⁸ As análises da regulamentação da venda de informações

¹⁹⁸ Ver o texto acima acompanhando as notas 82-93. Gilson e Kraakman propõem a legalização de (certos tipos de) negociação com informações privilegiadas, juntamente com a exigência de que os insiders se identifiquem e informem o tamanho de suas negociações no momento da operação. Gilson & Kraakman, ver nota supracitada 83, p. 629-34. Acredito que tal proposta deve ser baseada em uma análise empírica sólida dos custos e benefícios de permitir a negociação com informações privilegiadas (incluindo os incentivos resultantes das disparidades existentes na informação, ver Hirshleifer, nota supracitada 69) versus os custos e benefícios de proibir a negociação com informações privilegiadas (incluindo incentivos reduzidos para produzir a informação que, de outra forma, seria negociada, ver Fama & Laffer, nota supracitada 83, p. 297-98). Kraakman e Gilson reconhecem explicitamente esse problema, mas não o consideram uma falha fatal.

Certamente, qualquer aumento na eficiência informacional proveniente da negociação com informações privilegiadas pode alterar os incentivos para criar a informação, pois reduz a oportunidade de explorar disparidades informacionais por meio da negociação. No entanto, como o mecanismo de negociação derivada informacional não divulga a informação em si, isso não reduzirá os retornos para os criadores de informações que exploram sua informação por meio da produção em vez de negociação, e a preocupação com um impacto na alocação é assim minimizada.

Gilson & Kraakman, ver nota supracitada 83, em 632 n.218.

Esta alegação dependeria, presumivelmente, de duas coisas: primeiro, que existe a oportunidade de explorar a informação por meio da produção em vez de negociação e, segundo, que o mecanismo de negociação informa os traders o suficiente para fazer o mercado se mover em direção a um equilíbrio eficiente, mas insuficiente para permitir que outros adivinhem a informação, anulando assim a vantagem na negociação do criador de informação. Imagine um insider sob as regras antigas que investe tempo e dinheiro para deduzir que um dos concorrentes da Polaroid desenvolveu uma câmera instantânea mais nova e melhor. Essa pessoa poderia negociar com o conhecimento por meio da produção ou vendendo ações da Polaroid a descoberto. Como algumas regras de negociação com informações privilegiadas permitem atrasos na divulgação do trade ou na divulgação da informação, o trader poderia se beneficiar da defasagem temporal, novamente, seja na produção ou na negociação. Agora, imagine o mesmo trader sob as novas regras. Kraakman e Gilson parecem argumentar que, embora os incentivos oferecidos pela negociação tenham mudado, os retornos oferecidos pela produção não mudaram. Não tenho certeza por que isso seria o caso. Sob um regime de divulgação instantânea de identidade e tamanho da venda, muitos traders podem tirar conclusões negativas sobre a Polaroid a partir de vendas a descoberto por insiders do setor.

privilegiadas tendem a se dividir em dois grandes campos: aqueles estudiosos que veem a venda de informações privilegiadas como principalmente uma questão de incentivos necessários para produzir informação e aqueles estudiosos que se concentram na hipótese de mercados de capitais eficientes. Ambas as análises enfrentam um problema fundamental. Assim como os físicos devem pensar na luz tanto como partícula quanto como onda, os economistas devem ver a informação tanto como um pré-requisito para a eficiência do mercado quanto como um bem cujos produtores devem ser motivados. Se forem oferecidos incentivos para a coleta de informações, o mercado não pode ser eficiente em termos de informação. Por outro lado, se nenhum incentivo for oferecido, a teoria não pode explicar como a informação deve chegar ao mercado em primeiro lugar. Por si só, esse tipo de conflito teórico pode não parecer motivo de alarme. Afinal, os físicos podem nos dizer muito sobre refração, reflexão e velas solares, mesmo que precisem usar as metáforas contraditórias de partícula e onda para fazer isso. No entanto, como tentei

Certamente haveria menos incentivo para investir na criação de informações para negociação. Por que o investimento na produção seria diferente? Qual seria a diferença se o trader comprar a licença da Polaroid a baixo custo e inundar o mercado com Polaroids com preços reduzidos antes que a nova câmera chegue ao mercado, em vez de, por exemplo, vender a Polaroid a descoberto? Parece duvidoso presumir que, porque isso é classificado como "produção", os retornos não seriam diminuídos - "produção" também é um dado, e outros traders e consumidores podem tirar inferências negativas semelhantes. Não parece haver motivo para assumir que, em geral, as decisões de produção podem se beneficiar mais do conhecimento preciso (ou seja, que uma nova câmera está prestes a ser lançada, em vez de apenas que o preço das ações está caindo). A distinção importante não é tanto entre produção e negociação, mas entre a criação de informações que são e que não são socialmente valiosas. Na verdade, poderíamos nos beneficiar proibindo traders de investir nesse tipo de criação de informações, embora para ter certeza disso precisaríamos saber mais sobre a frequência de descobertas inesperadas e socialmente valiosas ocorrendo em pesquisas originalmente destinadas a proporcionar uma vantagem na negociação.

Talvez, quando Kraakman e Gilson falam sobre "produção", eles tenham em mente algo como a produção da câmera Polaroid em primeiro lugar, e, portanto, os incentivos sobre os quais estão falando são incentivos para se envolver em pesquisa e desenvolvimento fundamentais, não pesquisa de mercado vantajosa em termos de distribuição. Nesse caso, a conclusão parece mais intuitivamente convincente. Parte da razão para isso ser convincente, no entanto, pode ser que o criador da informação teria algum tipo de direito de propriedade intelectual para explorar por meio da produção, em vez de ter apenas o privilégio de negociar. No entanto, como argumentei na discussão sobre economia da informação, para identificar aqueles "criadores" que devem ser os beneficiários dos direitos de propriedade, devemos primeiro resolver exatamente a tensão com a qual Kraakman e Gilson estão lidando - a tensão entre incentivo e eficiência. Ver Parte IV supracitada.

mostrar anteriormente,¹⁹⁹ quando se trata de algumas questões práticas de regulamentação de informações, como exceção de uso aceitável ou venda de informações privilegiadas, a escolha entre qual aspecto da informação deve ser enfatizado parece criar uma correspondente incerteza nos resultados da análise.

Nas próximas seções, tento estender esta análise focando em algumas das pesquisas econômicas mais influentes sobre a divulgação de informações e depois no primeiro desafio acadêmico real para a venda de informações privilegiadas. Alego que um estudo concentrado da literatura econômica sobre divulgação mostra até que ponto a indeterminação da análise subjacente é ocultada apenas por uma série de erros conceituais básicos e suposições *ad hoc*. Quando me volto para o desafio de Henry Manne à regulamentação da venda de informações privilegiadas, argumento que é a dependência de uma noção notavelmente semelhante à autoria romântica que dá à sua análise sua aparente determinação. Na conclusão, argumento que esse conjunto de erro básico, *non sequitur* e romance é digno de estudo porque é usado para justificar direitos expansivos de propriedade intelectual muito além da venda de informações

A. Análise Econômica das Disparidades de Informação

A literatura jurídica e econômica mais abrangente trata a venda de informações privilegiadas como um estudo de caso na regulamentação da divulgação de informações valiosas. Para um observador cético, as características destacadas dessa análise, quer apoiando ou se opondo à proibição da venda de informações privilegiadas, parecem ser: (1) erros de referência persistentes, (2) o uso de reivindicações *ad hoc* sobre comportamento para conferir à análise uma suposta determinidade e (3) a tendência de ignorar contradições ou aporias na teoria no momento em que conclusões de formulação de políticas devem ser tiradas.

1. Erros de Referência

Os melhores exemplos de erros de referência em discussões sobre a venda de informações privilegiadas provavelmente vêm dos casos,²⁰⁰ mas a

¹⁹⁹ Ver o texto que acompanha as notas 74-97.

²⁰⁰ Por exemplo, o Chefe de Justiça Burger em *Chiarella* afirmou: Como regra geral, nem uma das partes em uma transação comercial à distância de um braço tem a obrigação de divulgar informações à outra, a menos que as partes estejam em alguma relação confidencial ou fiduciária. Essa regra permite que um empresário capitalize sua experiência e habilidade em obter e avaliar informações relevantes; ela fornece um incentivo para o trabalho árduo, análise

literatura jurídica e econômica ocupa um segundo lugar próximo. Considere a seguinte análise dos aspectos econômicos dos requisitos de divulgação, extraída do livro do Professor Levmore, "Securities and Secrets: Insider Trading and the Law of Contracts",²⁰¹ o artigo que introduziu a feliz expressão "desonestidade ótima."²⁰² O argumento do Professor Levmore se baseia na exploração das interseções e analogias entre a venda de informações privilegiadas e as regras mais gerais de divulgação no direito contratual. Segundo o Professor Levmore, regras legais que forcem uma corporação de mineração a divulgar a descoberta de um grande depósito de minério em terras de um fazendeiro "prejudicariam tanto os acionistas atuais quanto futuros e, em alguns casos, a sociedade como um todo."²⁰³ Mas os acionistas são "prejudicados" apenas se assumirmos que têm direito ao montante de lucro a ser obtido em situações de não divulgação. E isso é exatamente o que estamos tentando decidir. Os acionistas do Chicago Bears são "prejudicados" pelas regras da lei criminal que proíbem o emprego de seus linebackers como assaltantes depois que o jogo acaba? As suposições sobre o regime de regras ditam quais vantagens (em força, conhecimento, informação) podem ser exploradas e quais não podem. O comentário de Levmore é redundante (qualquer mudança de direitos prejudicará aqueles que perdem proteção e ajudará aqueles que ganham) ou circular. Ele assume que a regra atual está correta, usa isso como a linha de base para medir perdas - mas não ganhos - e depois descobre misteriosamente a escolha da regra confirmada.²⁰⁴

cuidadosa e previsão perspicaz. No entanto, as políticas que fundamentam a regra também devem limitar seu alcance. Em particular, a regra deve ceder quando uma vantagem informacional é obtida, não por experiência superior, previsão ou indústria, mas por meios ilegais.

Chiarella v. United States, 445 U.S. 222, 239-40 (1980) (Burger, C.J., dissenting) (ênfase adicionada) (citação omitida). Uma vez que a definição de venda de informação privilegiada identifica exatamente o que são os "meios ilegais", o uso de "meios ilegais" para definir venda de informação privilegiada é uma técnica analítica pouco convincente.

²⁰¹ Levmore, ver nota supracitada 55, em 133-44.

²⁰² *Id.* em 140.

²⁰³ *Id.* em 133.

²⁰⁴ O mesmo problema aflige muitos outros artigos. Por exemplo, Carlton e Fischel argumentam que, se a negociação de informações privilegiadas fosse prejudicial, as próprias empresas a proibiriam. Veja Carlton & Fischel, nota supracitada 66, em 862-66. Isso parece subestimar dramaticamente a importância do fato de que, sob as regras atuais, a negociação de informações privilegiadas já é ilegal. O argumento de Manne de que empreendedores buscarão emprego dentro das empresas para se envolverem em negociações de informações privilegiadas está sujeito às mesmas dificuldades. Ver MANNE, nota supracitada 29, em 138-41.

O Juiz Easterbrook usa exatamente o mesmo exemplo e comete um erro de referência semelhante, embora, no caso dele, isso o leve a uma generalização excessiva e a um *non sequitur*. "É injusto para um geólogo, depois de estudar os atributos de terras agrícolas, comprar a terra sem revelar que a terra provavelmente cobre ricos depósitos minerais? Se a resposta for sim, então a justiça significa que ninguém pode apropriar-se do valor das informações que ele criou."²⁰⁵ Mas isso simplesmente não é verdade. Imagine um argumento de que, se proibirmos um atleta de usar sua força para pegar meu dinheiro à força, a justiça significa que também devemos proibi-lo de usar sua força para conseguir um emprego em um time de futebol. Novamente, as suposições sobre o regime de regras ditam quais vantagens podem ser exploradas e quais não podem. Dizer que uma vantagem específica não pode ser explorada em uma área não nos compromete a acreditar que ela não pode ser explorada em outra.

Encontramos um erro semelhante no argumento de Easterbrook de que um ataque à venda de informações privilegiadas é um ataque à divisão do trabalho em si.

As pessoas não têm ou não têm 'acesso' em algum sentido absoluto. Existem, em vez disso, diferentes custos de obtenção de informações. Os custos de um outsider são altos; ele pode ter que comprar as informações da empresa. Os gerentes têm custos mais baixos (a quantidade de salário renunciado); os corretores têm custos relativamente baixos (o valor do tempo que passaram investigando); Sherlock Holmes também pode inferir fatos extraordinários de ocorrências comuns a um custo baixo. Os diferentes custos de acesso são simplesmente uma função da divisão do trabalho. Um gerente (ou um médico) sempre sabe mais do que um acionista (ou paciente) em alguns aspectos, mas, a menos que haja algo antiético sobre a divisão do trabalho, a diferença não é injusta.²⁰⁶

Novamente, a conclusão simplesmente não "bate". Easterbrook parece estar operando com duas suposições. A primeira é que qualquer pessoa em posição de poder tem algum tipo de direito natural às vantagens que seria capaz de extrair dessa posição se não fosse restrita por regras. O exemplo do jogador de futebol demonstra suficientemente as falhas nesse argumento.

²⁰⁵ Easterbrook, ver nota supracitada I, em 324.

²⁰⁶ *Id.* em 330.

Alternativamente, talvez a suposição seja que um mercado vem com um conjunto automático de posições padrão e uma delas é "permitir a negociação com informações superiores." Seria difícil encontrar qualquer advogado desde os realistas jurídicos que defenderia essa posição. Sua segunda suposição parece ser que, se proibirmos qualquer pessoa de lucrar com qualquer posição de desigualdade, estamos logicamente comprometidos com um ataque radical a todas as desigualdades em todos os lugares. Mas isso seria obviamente incoerente. Se a suposição for a mais estreita - que proibir os cidadãos de lucrar com uma única vantagem conferida pela divisão do trabalho implica que devemos proibir qualquer pessoa de lucrar com qualquer vantagem da divisão do trabalho - então o Juiz Easterbrook está cometendo um erro de categoria. Cães têm quatro patas e gatos têm quatro patas, mas isso não implica que gatos são cães ou que regras que afetam gatos devem ser aplicadas a cães - a menos, é claro, que já tenhamos nos comprometido anteriormente a tratar todos os animais de quatro patas da mesma forma.

O segundo problema típico de linha de base na discussão sobre negociação com informações superiores ocorre no momento em que o analista imagina uma mudança nas regras, mas deixa de modificar o restante da análise. Por exemplo, quando Levmore pensa em mudar a linha de base para um padrão diferente de direitos, ele assume comportamento irracional ou uma falha em ajustar o comportamento ao novo regime. Em seu argumento sobre exploração mineral, por exemplo, ele afirma que, sob um regime de divulgação completa, os fazendeiros pediriam preços tão altos que segurariam a venda ou até interromperiam a exploração por completo - assumindo que nenhuma empresa prospectaria se tivesse que divulgar os frutos de seus esforços aos vendedores.²⁰⁷ Ele não oferece razões pelas quais partes racionais começariam subitamente a adotar um comportamento de recusa após a mudança nas regras. Ele também parece ignorar o fato de que mudanças nas regras produzem mudanças no comportamento. Sob o novo regime, esperaríamos o uso extensivo de contratos de opção pré-exploração em pedaços promissores de terra, por exemplo. Tais contratos permitiriam que as empresas considerassem estimativas de custos de exploração, lucros potenciais descontados pela probabilidade de uma descoberta, etc. Os fazendeiros fariam simplesmente o mesmo tipo de cálculo ao contrário. Ao ignorar esse tipo de possibilidade, Levmore pode fundamentar seu exame de uma nova regra na continuação do padrão de negociação que teria

²⁰⁷ Levmore, ver nota supracitada 55, em 133.

sido produzido pela antiga regra. Desnecessário dizer que a nova regra parece irracional.

Nada disso deve ser interpretado como se estivesse errado se preocupar com o nível de recompensa necessário para produzir informações. Poderíamos imaginar uma situação, não construída com falácias de linha de base, definições circulares de "dano" e suposições inconsistentes de comportamento irracional, em que uma sociedade seria prejudicada por contratos feitos com base em divulgação mais completa.²⁰⁸ Mas para ter qualquer impacto na política, a

²⁰⁸ Um ensaio inédito de Steven Shavell da Harvard Law School, da "Série de Documentos de Discussão", evita a maioria dessas armadilhas. Steven Shavell, *Aquisição e Divulgação de Informações Antes da Troca Econômica*, Documento de Discussão No. 91 (abr. 1991) (manuscrito não publicado, disponível na Harvard Law School). Limitando suas conclusões ao mundo de seu modelo, o Professor Shavell argumenta que os vendedores devem ser obrigados a divulgar para que não tenham incentivos excessivamente altos para adquirir informações, mas que, às vezes, os compradores devem ser autorizados a ocultar suas informações. Em resumo, o argumento é que devemos distinguir entre informações que têm valor social e aquelas que não têm valor social. Queremos apenas incentivar a produção da primeira. O Professor Shavell adota como definição de "informação socialmente valiosa" aquela que "permite a realização de uma ação que aumenta o valor do bem para a parte que a possui." Id. em 4 n.6. O Professor Shavell deseja evitar regras que simplesmente alcançariam um efeito distributivo diferente sem impacto na eficiência alocativa. Não desejamos dar incentivos para adquirir informações que apenas enriqueceriam uma das partes, mas desejamos dar incentivos para produzir informações se isso ajudar a mover recursos para seu valor de uso. Sob uma regra de divulgação obrigatória para vendedores, estes só investirão na coleta de informações quando as chances de a informação revelar algo positivo, multiplicado pela quantidade do aumento no valor que a informação permitiria ao vendedor recuperar, forem maiores do que a chance de a informação revelar algo que diminuiria o valor da propriedade multiplicado pela quantidade da diminuição de valor.

Shavell tem o cuidado de não generalizar sua abordagem para outras questões de desigualdade de informação. Interessado no método, tentei imaginar como isso poderia ser feito. Uma dificuldade seria que, uma vez que ultrapassamos o modelo, podemos contemplar situações em que o vendedor pode lucrar com "venda a descoberto" (como na venda de informação privilegiada), compensando as perdas envolvidas na venda de sua carteira atual através da negociação com o conhecimento de que o preço de bens similares provavelmente cairá. Isso levanta alguns problemas para a medida básica de informação socialmente valiosa. Em certos tipos de mercados, o vendedor poderá "aumentar o valor" de sua propriedade, quer a informação seja positiva ou negativa. Mas o valor aumentado depende pelo menos, em parte, da possibilidade de silêncio. Um problema básico parece surgir aqui. A decisão de querermos ou não que indivíduos invistam em informação depende do efeito da pesquisa sobre o preço do ativo, mas o "preço" do ativo depende das regras postuladas de divulgação. No exemplo concreto dado, a regra de divulgação obrigatória tenderia a minar a possibilidade de venda a descoberto. Portanto, os

análise teria que mostrar que a situação hipotética era realmente provável de ser a nossa situação. Isso é exatamente o que Levmore não faz.

2. Alegações Ad Hoc Sobre Comportamento

O mesmo artigo oferece um excelente exemplo de alegações ad hoc sobre o comportamento de diferentes partes sob conjuntos diferentes de regras. O Professor Levmore se propõe a decidir se as regras de divulgação são necessárias para (1) vendedores de casas infestadas por cupins e (2) agricultores e empresas de mineração. "Os proprietários de casas... não precisam receber ofertas de um incentivo [por uma regra que permite aos vendedores ocultarem informações] para inspecionar cupins. Assim que houver um rumor passageiro de uma infestação de cupins no bairro, todo proprietário sensato chama os especialistas e se prepara para tomar medidas corretivas."²⁰⁹ Assim, Levmore argumenta que, quando a sociedade não obriga a divulgação, tanto compradores quanto vendedores inspecionarão, levando a um desperdício de recursos.

Essa distinção baseada na eficiência é mais convincente no caso da descoberta de minério. Ao contrário do proprietário de uma casa infestada, não é provável que o agricultor faça perfurações em seus campos em busca de minerais. Se não encorajarmos a exploração haverá uma perda líquida para a sociedade, e não há

vendedores não investiriam na aquisição de informações quando soubessem que provavelmente seriam desse tipo. (Como o "vendedor" é também um "comprador" em relação a outras unidades do bem fungível, a possibilidade de negociar vantajosamente parece depender da eficiência relativa dos mecanismos de mercado de informação semelhantes aos discutidos em Gilson & Kraakman, ver nota supracitada 83.)

Considerando as incertezas empíricas dos custos de informação, poderíamos descobrir que uma regra de divulgação obrigatória levaria a um subinvestimento por parte dos vendedores em informações provavelmente negativas, ou que a ausência de uma regra de divulgação obrigatória levaria a investimentos ineficientes na coleta de informações apenas para obter uma vantagem sobre outros negociantes, causando assim mudanças distributivas, mas sem aumento na eficiência alocativa. Veja Fama & Laffer, ver nota supracitada 83, em 292. Mais uma vez, as reivindicações de eficiência parecem estar em tensão com as reivindicações de incentivo, veja Grossman & Stiglitz, ver nota supracitada 69, enquanto a medida de preço básica parece tanto decidir quanto depender do regime de divulgação de informações. Não tenho certeza se um ponto semelhante poderia ser feito sobre o modelo de precificação de ativos de capital usado para determinar a existência de mercados eficientes. Veja Gilson & Kraakman, ver nota supracitada 83, em 561 n.41.

²⁰⁹ Levmore, ver nota supracitada 55, em 135.

motivo para pensar que o agricultor terá inclinação para explorar, a menos que tenha acesso às informações do comprador. O comprador, é claro, não explorará se tiver que divulgar os resultados de seus esforços.²¹⁰

Levmore não oferece prova para nenhuma dessas generalizações. As duas primeiras parecem basear-se em suposições estereotipadas sobre a previsão relativa e a sofisticação de compradores de imóveis e agricultores. Da mesma forma, elas pressupõem a ausência de um mercado secundário bem-sucedido em especialistas em geologia ou opções de mineração. A última afirmação, de que nenhuma exploração mineral acontecerá se o explorador tiver que pagar o preço de mercado (pós-divulgação) por terras ricas em minerais, é simplesmente falsa. Coletar informações tem custos, mas não se pode estipular a priori que eles devem sempre ser tão altos a ponto de exigir o sigilo para proteger as informações.²¹¹ Essa afirmação também é analiticamente incoerente pelos motivos discutidos na subseção sobre erros de referência inicial.²¹²

²¹⁰ *Id.* (ênfase adicionada).

²¹¹ Conferir Hirshleifer, conforme nota supracitada 69.

²¹² Veja a Seção VIII.A.1. E essas deficiências se tornam ainda mais perturbadoras pelo fato de que muitos desses artigos utilizam uma retórica persistente de certeza científica para encobrir seu moralismo extremo e condenatório. Aqui está o Professor Levmore criticando um agricultor que é rude o suficiente para fazer perguntas à empresa mineral sobre suas atividades. Ele começa comparando o agricultor a um proprietário que se recusa a colaborar (e atrasa) um empreendimento.

O proprietário do terreno 3001 que exige um preço alto é realmente o personagem desprezível. Da mesma forma, o vendedor que, para preservar uma alegação de fraude, faz perguntas específicas sobre atividades nas quais ele de outra forma nunca se envolveria é realmente a parte desprezível. Como a desapropriação, a desonestidade ótima opera para negar um ganho inesperado a uma parte passiva quando fazer o contrário poderia resultar em uma perda líquida para a sociedade.

Levmore, conforme nota supracitada 55, p. 142 (ênfase adicionada). Claro, a questão de se o agricultor se envolveria ou não nas atividades por si mesmo é irrelevante. (Não era esse o ponto básico de Adam Smith?) E chamar o agricultor de "passivo" parece mais um rótulo julgamental do que uma ciência econômica. Isso também parece ir contra tudo o que Coase nos ensinou sobre atividades conjuntas. Se, por outro lado, essas declarações refletem a ideologia do autor romântico, então poderíamos esperar que as partes que obtêm os direitos sejam aquelas que podem ser mais prontamente retratadas como inovadores românticos ativos, em vez de fontes passivas e pouco originais. Essa imagem parece se encaixar bastante bem.

3. Ignorando Contradições na Teoria

A influente nota, "A Hipótese do Mercado de Capital Eficiente, Teoria Econômica e Regulamentação da Indústria de Valores Mobiliários,"²¹³ fornece um exemplo do uso engenhoso de análise econômica contraditória e erros de base ao mesmo tempo. O autor da nota, Christopher Saari, admite que mercados não regulamentados "podem ou não" levar à produção ótima de informações e desafia os economistas a provarem isso. A nota menciona que Kenneth Arrow argumenta que a produção de informações será "menos do que ótima, porque os produtores de informações não serão capazes de capturar seu valor real devido à incapacidade de adquirir os direitos de propriedade necessários" nas informações que produzem.²¹⁴ A mesma nota cita Jack Hirshleifer, Eugene Fama e Arthur Laffer, que argumentam que a "produção de informações será maior do que ótima, porque algumas informações serão produzidas exclusivamente para vantagens comerciais que produzem distribuição de riqueza em vez de propósitos de alocação".²¹⁵ Esses dois argumentos encantadoramente contraditórios não levam o autor a questionar a determinação da análise, mas sim a citar outro economista para a proposição de que a "produção de informações em mercados não regulamentados pode não ser estritamente ótima, mas levará a uma melhor alocação de recursos do que qualquer outra alternativa".²¹⁶ Ou seja, não podemos concordar com o que acontece em mercados "não regulamentados", mas os mercados "regulamentados" têm a probabilidade de ser piores.

Essa avaliação é um dogma político disfarçado de análise. Na verdade, dado o reconhecimento dos economistas de que "bens públicos" podem exigir regulamentação para evitar problemas de carona e a alegação frequente de que a informação é um bem público, este é o pior lugar para fazer tal afirmação. Não ajuda o fato de que Arrow e Laffer concordam que os mercados "não regulamentados" não produzirão a quantidade certa de informação, mas não conseguem concordar se eles vão produzir em excesso ou em falta. Pior ainda, mais tarde, em sua análise dos mercados de produção de informação, Arrow afirma que, mesmo permitindo a mercantilização da informação, os mercados

²¹³ Saari, conforme nota supracitada 66.

²¹⁴ Id. Em 1068, nota de rodapé 197 (ênfase adicionada) (citando Arrow, conforme nota supracitada 94, p. 617, nota de rodapé 190).

²¹⁵ Id. (ênfase adicionada) (citando Fama & Laffer, conforme nota supracitada 83; Hirshleifer, conforme nota supracitada 69).

²¹⁶ Id. (citando Harold Demsetz, *Informação e Eficiência: Outra Perspectiva*, 12 J. Direito & Econ. 1 (1969)).

"não regulamentados" produzirão em falta e que alguma forma significativa de intervenção estatal é provavelmente necessária.²¹⁷ Essa posição dificilmente é consistente com a proposição anterior de que a "produção de informações em mercados não regulamentados... levará a uma melhor alocação de recursos do que qualquer outra alternativa."

A afirmação não apenas carece de apoio analítico, mas também é conceitualmente incoerente, dependendo de um conjunto completamente insustentável de pressupostos sobre as regras fundamentais em um mercado "natural". Seriam essas regras necessárias para divulgação, ou não? A pergunta não tem resposta, em parte porque não existe um estado de coisas "natural" e não regulamentado. Sem as regras de contrato, responsabilidade civil e propriedade, não haveria mercado. A menos que se acredite no pensamento jurídico clássico, como poderíamos afirmar que o conjunto particular de regras (lei comum?) encontradas neste país neste momento é mais natural, neutro ou não regulamentado do que as regras impostas pela SEC? Como mencionei antes, lendo boa parte da literatura econômica, poderíamos imaginar que o sistema jurídico veio com posições predefinidas, padrão, que soavam algo como: "Proteger proprietários contra invasão física de terra, permitir a formação de contratos quando informações são ocultadas, anular contratos nos quais mentiras são contadas."²¹⁸ Mas isso é bobagem. A escolha não é entre "regulamentado" e "não regulamentado", mas entre diferentes tipos de regulamentação.²¹⁹ O juiz Posner alegou que a análise econômica é a verdadeira herdeira do realismo jurídico. Com base nessas argumentações, é tentador chamar isso de "o caso do herdeiro assassino".

B. Venda de informações privilegiadas como um quebra-cabeça

Para os meus propósitos, o aspecto interessante da legislação sobre insider trading (a venda de informações privilegiadas) é que ela representa um compromisso com um programa de regulamentação abrangente, popular entre o público e igualitário - um compromisso valorizado apesar do fato de que o programa é caro de administrar e difícil de fiscalizar. Além disso, a proibição da venda de informações privilegiadas é apenas o ponto culminante de uma

²¹⁷ Arrow, conforme nota supracitada 94, p. 623.

²¹⁸ Veja, por exemplo, os argumentos de Easterbrook discutidos acima, no texto acompanhando as notas 205-06.

²¹⁹ Veja Hale, conforme nota supracitada 168, pp. 626-28.

estrutura maior que impõe obrigações afirmativas de divulgar informações às empresas envolvidas no mercado de valores mobiliários. Essa estrutura é defendida por apelos abrangentes a normas igualitárias.

A SEC impõe requisitos de relatórios relativamente onerosos tanto para empresas quanto para indivíduos, e até mesmo tenta fiscalizar as informações divulgadas para garantir que não sejam enganosas. Assim, por exemplo, projeções de receitas que podem enganar um investidor desprevenido são proibidas, e a forma de divulgação exigida é explicitamente projetada para colocar o novato, na medida do possível, em pé de igualdade com o investidor experiente.²²⁰ Tribunais, administradores e estudiosos dizem coisas sobre os males do acesso desigual à informação que jamais diriam sobre o acesso desigual à riqueza ou a outras formas de poder ou propriedade. Eles até se preocupam com os males de disparidades estruturais no acesso, não apenas em casos em que um indivíduo tenha prejudicado outro. Essa preocupação dificilmente é popular nos dias de hoje, mesmo em um campo presumivelmente receptivo, como os direitos civis.²²¹ No entanto, tudo isso ocorre no mercado de valores mobiliários, no próprio coração do capitalismo, e diante de dificuldades práticas de administração e críticas acadêmicas contínuas. Certamente, isso é um enigma.

Nesta seção, examino a estrutura interna desse enigma, rastreando seus argumentos concorrentes e circulares, bem como suas definições que se anulam. Minha afirmação é que a estrutura interna do debate sobre a venda de informações privilegiadas reproduz mais uma vez a matriz de tensões ideológicas na teoria liberal da justiça que identifiquei anteriormente - público versus privado, livre fluxo de informações versus propriedade, a norma da igualdade versus a norma de retorno ao status quo ante, e assim por diante.

Usando esse quadro, argumentaria que é precisamente o fato de a venda de informações privilegiadas envolver a negociação com base em informações

²²⁰ O Professor Epstein provavelmente argumentaria que foi uma apropriação não compensada da expertise árdua deste último. Veja RICHARD A. EPSTEIN, *TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN* (1985).

²²¹ Veja *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989) (a evidência de que empregos qualificados e bem remunerados são predominantemente ocupados por brancos e empregos não qualificados e mal remunerados são ocupados predominantemente por minorias é insuficiente para estabelecer um caso *prima facie* de discriminação).

que nos ajuda a entender por que é ideologicamente viável sujeitá-lo a uma regulamentação igualitária. Afinal, essa negociação é uma transação de mercado. Na divisão repetitiva e contraditória do mundo entre público e privado, o mercado é supostamente o lugar que fica fora da norma da igualdade. Ricos e pobres têm direito a um voto cada. Ao saírem da cabine de votação como cidadãos formalmente iguais, eles se transformam instantaneamente em membros da sociedade civil. Um volta para a bolsa de valores, o outro para a fila de desemprego. O mandado de igualdade não se estende ao mercado. No entanto, a associação não racional da informação com a esfera pública, com o mundo do debate e da discussão, facilita falar sobre a venda de informações privilegiadas usando a linguagem da igualdade e da justiça.

Além disso, lidamos com algo comumente considerado como "informação de mercado". Como mencionei anteriormente, o modelo básico do mercado perfeito na microeconomia depende da ideia de que todas as partes são "informacionalmente iguais", pois todas possuem informações perfeitas. Não depende, é claro, de todas as partes serem iguais em riqueza ou posse de interesses legalmente protegidos. Assim, à primeira vista, pode parecer que seria "descer a ladeira" argumentar que uma parte não deve poder negociar com base em informações materiais não públicas não divulgadas.²²² Pelo menos, pareceria que o discurso microeconômico seria mais receptivo a essa forma específica de regulamentação igualitária. Como veremos, as coisas são realmente muito mais complicadas. No entanto, o mapeamento ideológico intuitivo que estamos fazendo parece ser vital para a aceitabilidade política das leis sobre a venda de informações privilegiadas.²²³ Uma tese deste artigo é que nosso mapeamento

²²² Embora, é claro, os custos de transação envolvidos tornem essa suposição simplista extremamente problemática, e a seção sobre direito e economia mostra algumas das outras conclusões possíveis que se poderia tirar. Em certo sentido, vejo essa questão como uma manifestação do "paradoxo" proposto anteriormente. Veja texto supracitado acompanhando a nota 70.

²²³ Se essa hipótese estiver correta, seria de se esperar ver um padrão divergente no tratamento das desigualdades informacionais e das desigualdades de riqueza (outras) - especialmente após o abandono das visões mais Lochnerianas do *laissez-faire*. No final do século XIX, os tribunais raramente permitiam que os autores de contratos se livrassem deles mostrando evidências de desigualdades monetárias ou desigualdades de informação. (Embora haja certamente uma história convincente na história jurídica americana que afirma que os pensadores jurídicos clássicos tiveram que trabalhar bastante para ignorar doutrinas mais antigas como 'preço justo'. Essas eram doutrinas que permitiam aos jurados investigar a riqueza e o poder relativos das partes - se esse comerciante específico estava "moendo os rostos dos pobres". Como tal, essas doutrinas eram anátemas a uma consciência jurídica construída sobre as crenças que Marx

ideológico intuitivo importa, independentemente do resultado de reflexões mais prolongadas.

Se a análise apresentada até agora estiver correta, alguma ideia semelhante à "autoria" deve ser oferecida como um dispositivo para mediar essas tensões entre público e privado, entre a norma da igualdade e a norma de retorno ao status quo, entre a informação imperfeita como propriedade em um mercado e a informação perfeita como propriedade de um mercado. Como seria uma figura autoral na venda de informações privilegiadas, e qual seria sua característica mais importante? Na minha perspectiva, a característica-chave da autoria como dispositivo mediador reside em seu romantismo - o que quero dizer tanto pela homenagem à imaginação, originalidade e ao espírito único típico do movimento romântico na literatura, quanto pela romantização real do caráter desse criador e destruidor original - essa figura faustiana.

Na história estereotipada que acompanha essa construção, o autor romântico despreza a convenção e detesta a rotina. Ele pode até violar os costumes sociais. No entanto, a sociedade ganha tanto com as criações originais que ele produz que essas questões podem ser ignoradas ou talvez até mesmo apreciadas. Se o tema da originalidade fornece a base conceitual sobre a qual repousa a reivindicação de propriedade, a romantização do autor fornece tanto a justificativa emocional para a reivindicação normativa quanto o dispositivo pelo qual ela pode ser limitada quando necessário. Quem pode resistir ao argumento: "Senador, você não é um Van Gogh"? (Embora, como Bleistein mostra, a mesma retórica permita até mesmo presumir conclusivamente que as contribuições mais humildes são "únicas".)

descreveu - a ideia de que as desigualdades da sociedade civil eram tabu no que diz respeito ao estado.) Em qualquer caso, sob a influência de uma teoria da vontade do contrato e uma teoria do comprador da barganha, era difícil explicar até mesmo por que deveria haver reparação contratual para disparidades de informação ou poder.

Mas observe as mudanças relativas nessas doutrinas desde o início do século XX. Os tribunais ainda estão inquietos em derrubar acordos apenas por causa de disparidades de riqueza ou poder entre as partes. No entanto, eles parecem muito mais confortáveis em impor requisitos de divulgação, "deveres de advertência" extensivos e não derogáveis e até mesmo requisitos de que as características particulares e os requisitos educacionais dos potenciais compradores sejam levados em consideração na construção de avisos. O igualitarismo informacional claramente não é tão ameaçador quanto o igualitarismo econômico - um fato certamente não desimportante de se entender ao entrarmos na "era da informação".

O estudo da venda de informações privilegiadas é o último lugar em que se esperaria encontrar ode à autoria romântica. No entanto, minha afirmação é que o dispositivo autoral é quase irresistível devido à clareza conceitual e ao apelo emocional da maneira como ele media as contradições na regulamentação da informação. Se encontrarmos a linguagem da autoria romântica usada de forma incongruente para defender a venda de informações privilegiadas, eu afirmaria que meu argumento é fortalecido.

A defesa seminal da venda de informações privilegiadas vem de Henry Manne.²²⁴ Seus apoiadores afirmam que todas as discussões subsequentes sobre a criminalização da venda de informações privilegiadas "levantam, sem reconhecê-lo, às questões primeiro levantadas por Henry Manne".²²⁵ O livro de Manne começa com uma extensa análise econômica da venda de informações privilegiadas e com uma consideração dos efeitos de várias regras de venda de informações privilegiadas. Mas após 110 páginas desse tipo de análise, ele tem isso a dizer:

Esta discussão um tanto trabalhosa sobre o que acontece no mercado de ações não constitui um argumento forte contra uma proposta de proibir todo a venda de informações privilegiadas. Na verdade, não é destinada a esse propósito, mas apenas para apontar que não existem argumentos fortes nesse sentido disponíveis para a defesa de tal proposta...

Mas o debate está longe de terminar....[A] argumentação desenvolvida nos três capítulos seguintes é que uma regra permitindo que os insiders negociem livremente pode ser fundamental para a sobrevivência de nosso sistema corporativo. As pessoas pressionando pela regra que proíbe a venda de informações privilegiadas podem inadvertidamente estar mexendo com uma das fontes da prosperidade americana.²²⁶

A fonte à qual ele se refere é o empreendedorismo. Manne inicia seu argumento normativo com uma recapitulação do argumento de Schumpeter sobre o papel do empreendedorismo e sua provável extinção nas condições

²²⁴ MANNE, nota supracitada 29.

²²⁵ Carney, nota supracitada 66, p. 868.

²²⁶ MANNE, nota supracitada 29, p. 110

rígidas e rotineiras da vida organizacional moderna - condições que poderiam parecer hostis ao espírito empreendedor.²²⁷

O argumento básico de Schumpeter era que, sem inovação dinâmica de inventores e empreendedores, a competição levaria a retornos decrescentes sobre o capital - à medida que mais bens de capital fossem adicionados a um mercado em que a oferta de trabalho era (pelo menos relativamente) fixa.²²⁸ Eventualmente, esse processo poderia levar ao ponto em que não ocorresse mais acumulação de capital. Invenções e combinações de fatores produtivos tornam o capital mais produtivo, deslocando a fronteira de preço do fator para a direita. No entanto, assim que surge um grande inovador, os concorrentes imitarão a inovação, os retornos sobre o capital serão reduzidos novamente, e o processo se repetirá. Assim, tanto para Manne quanto para Schumpeter, originalidade, iconoclastia e inovação são simultaneamente as chaves para o desenvolvimento econômico e as características identificadoras do empreendedor.²²⁹ Manne faz

²²⁷ Id. em 124-27. Manne precisa pisar com cuidado aqui. Como Schumpeter o descreve, o empreendedor é o inimigo da tradição cuja "conduta e ... motivo são 'racionais' em nenhum outro sentido. E em nenhum sentido sua motivação característica é do tipo hedonista." SCHUMPETER, nota supracitada 14, em 92. Isso tende a se encaixar na ideia de que a rotinização e a burocracia minarão as oportunidades para o empreendedorismo. Mas quando Manne passa a argumentar que os empreendedores precisam de mais lucros se forem ser motivados, o empreendedor muda subitamente de chapéu do criador e destruidor não-razional para o ator economicamente racional que, presumivelmente, encontraria uma corporação moderna inteiramente congenial.

²²⁸ SCHUMPETER, nota supracitada 14; veja PAUL A. SAMUELSON & WILLIAM D. NORDHAUS, *ECONOMICS* 113, 188-89 (14th ed. 1992).

²²⁹ Schumpeter lista as principais motivações do empreendedor como o sonho e a vontade de fundar um reino privado ... a vontade de conquistar: o impulso de lutar, de provar ser superior aos outros, de ter sucesso pelo bem ... do sucesso em si ... Finalmente, há a alegria de criar, de fazer as coisas acontecerem, ou simplesmente de exercer sua energia e engenhosidade. SCHUMPETER, nota supracitada 14, em 93. Sonho, vontade, sucesso pelo bem do sucesso, imperativos não-rationais e, acima de tudo, a alegria de criar e transformar - essas descrições pintam um quadro do autor romântico genial, especialmente quando ele afirma que o empreendedor vem da porção da sociedade distinguível por "qualidades super-normais de intelecto e vontade." Id. em 82 n.2. Sua análise é certamente uma resposta interessante a uma questão mais ampla: a quem atribuímos o crescimento da civilização, da cultura, do capital - ao indivíduo que faz a mudança, ou à sociedade, cultura, domínio público e força de trabalho que tornam essa mudança possível? O livro de Schumpeter é um exemplo principal (e incomumente convincente) do argumento que atribui o crescimento ao indivíduo iconoclasta. O argumento assume a forma de causalidade "mas por" - "mas pelo empreendedor ..." Manne vai um passo além, concluindo do argumento "mas por" um direito a alguma

questão de destacar que essa inovação é crucial, mesmo que o empreendedor pareça (como o autor) apenas recombina elementos que já existem. Esses elementos são informações e fatores produtivos no primeiro caso, linguagem, gênero e talvez até enredo no último.

Para Schumpeter, a função do empreendedor é fazer novas combinações de fatores produtivos, ou seja, reuni-los de uma nova maneira. A gestão empresarial rotineira é uma função crítica na operação bem-sucedida de uma empresa, mas caracterizará o trabalho dos executivos corporativos apenas depois que os fatores produtivos tiverem sido combinados com sucesso pela primeira vez.²³⁰

Os empreendedores foram identificados como agentes de desenvolvimento, e a originalidade criativa foi identificada como a marca do empreendedor.²³¹ Manne volta agora à questão dos incentivos. Seguindo Berle

parcela dos lucros - tanto por motivos de mero merecimento quanto por motivos utilitários para incentivar a produção adicional. Esse estilo de argumento é, claro, exatamente o estilo de argumento que justifica os direitos de propriedade para o (grande) autor e, por analogia, para todos os autores - desde que façam algo original. Originalidade e individualidade tornam-se as qualidades centrais que buscamos ao conferir direitos de propriedade. Deve-se observar, no entanto, que Schumpeter pensa que a recompensa econômica para o empreendedor não é central para o empreendedorismo - precisamente porque as motivações do ícone não são "racionalis" voltadas para o dinheiro. Essa tensão entre romantizar o autor e fazer argumentos utilitários sobre a necessidade de incentivar a autoria reaparece ao longo deste estudo. Na edição inglesa do livro, Schumpeter também negou a acusação de que estava glorificando o empreendedor.

"[N]ossa análise do papel do empreendedor não envolve qualquer 'glorificação' do tipo, como alguns leitores da primeira edição deste livro pareceram pensar. Nós afirmamos que os empreendedores têm uma função econômica, diferentemente, por exemplo, de ladrões. Mas nós nem denominamos todo empreendedor um gênio ou um benfeitor da humanidade, nem desejamos expressar qualquer opinião sobre os méritos comparativos da organização social na qual ele desempenha seu papel, ou sobre a questão se o que ele faz não poderia ser efetuado de maneira mais barata ou eficiente de outras formas." Id. em 90 n.1.

²³⁰ MANNE, nota supracitada 29, em 116. Em outro ponto, Manne descreve o empreendedor em termos decididamente faustianos, como "esse perturbador de sociedades estáveis, esse criador de forças disruptivas." Id. em 119.

²³¹ "[O] empreendedor típico é mais centrado em si mesmo do que outros tipos, porque ele conta menos do que eles com a tradição e a conexão e porque sua tarefa característica - teoricamente, assim como historicamente - consiste

e Means, ele acredita que a propriedade e o controle estão separados na empresa moderna. Divergindo deles, ele argumenta que os empreendedores provavelmente buscarão posições dentro das empresas e ganharão dinheiro com a negociação de ações, em vez da propriedade de ações. Ao fazer esse argumento, ele também se afasta de Schumpeter, que não acreditava que grandes retornos fossem necessários para motivar o empreendedor. Schumpeter acreditava que a satisfação da inovação ou criação era suficiente.²³²

A princípio, o ponto de Schumpeter de que grandes retornos não são um incentivo necessário para o esforço empreendedor, parece correto. A oferta pareceria ser determinada exclusivamente por forças pessoais e psicológicas. Os empreendedores aparecem até mesmo no governo e em posições assalariadas, e o temperamento para a inovação pode aparecer em profissões não empreendedoras, como o clero ou o ensino. Mas certamente esses são casos excepcionais, e, embora os dados sejam difíceis de obter, as indicações são de que o talento empreendedor tende a se concentrar nas indústrias, profissões e posições que oferecem o maior potencial para lucros muito substanciais.²³³

Assim, onde Schumpeter via a rigidez do capitalismo burocratizado moderno e os altos e baixos do ciclo de negócios como os principais inimigos do empreendedorismo, Manne vê a ausência de recompensa para o empreendedor como o maior problema. Em um de seus momentos mais líricos e românticos, ele usa exatamente a imagem faustiana que vimos anteriormente para introduzir sua afirmação de que precisamos garantir aos empreendedores os frutos de seus esforços: "Qual é então a natureza do retorno a esse perturbador de sociedades estáveis, a esse criador de forças disruptivas?"²³⁴ Sua resposta?

precisamente em romper com antigas e criar novas tradições." SCHUMPETER, nota supracitada 14, em 91-92.

²³² Schumpeter torna explícito o ponto de que, embora ele veja o empreendedor como o motor do desenvolvimento capitalista, o ganho econômico não é uma motivação vital para o empreendedor. Em sua visão, dois dos três objetivos do empreendedor "podem, em princípio, ser cuidados por ... arranjos sociais" que não o motivo de lucro. Id. em 94.

²³³ MANNE, nota supracitada 29, em 122-23. Dada a própria tese de Manne, isso implicaria que, atualmente, poucos empreendedores estão em grandes empresas ou que estão lá e estão negociando ilegalmente.

²³⁴ Id. em 119.

Lucros provenientes da venda de informações privilegiadas. O argumento aqui fica um pouco incoerente.

Certos eventos ou desenvolvimentos se prestam peculiarmente à exploração por parte dos insiders. Não surpreendentemente, muitos desses itens serão produzidos por funcionários corporativos ou por outros próximos à corporação. Aumento de ganhos ou o aumento de dividendos concomitante são exemplos claros. Novos produtos ou invenções, novas descobertas de minério, descobertas de petróleo ou técnicas de marketing ou gestão bem-sucedidas também serão geralmente conhecidos primeiro por aqueles na empresa responsáveis pelo desenvolvimento.²³⁵

A clara implicação é que a venda de informações privilegiadas será o resultado de mudanças benéficas produzidas por inovadores "perturbadores de sociedades e criadores de forças disruptivas". A sociedade se beneficia pela alocação aprimorada de recursos produtivos e, portanto, não deveria se opor ao corte do empreendedor/insider.²³⁶ Esta é uma retórica agradável, mas uma análise ruim. O insider ganha dinheiro com informações que farão com que o preço futuro das ações divirja amplamente do preço atual em qualquer direção. Assim, ser um gestor incompetente e fazer vendas a descoberto antes da iminente falência se tornar conhecida pelo público resultará no mesmo ganho que ser um bom gestor e recuperar parte do aumento no preço das ações. Manne fundamenta seu argumento na originalidade e singularidade, mas algo pode ser singularmente ruim assim como singularmente bom.

A ideia é confusa de outras maneiras. As alegações não fundamentadas sobre a colocação de empreendedores e seus hábitos de negociação de ações, os erros de categoria inerentes em algumas de suas generalizações, a dificuldade em delinear as oportunidades de a venda de informações privilegiadas que foram resultado de atividade empreendedora, tudo isso nos leva a questionar se algo mais está acontecendo sob o texto. Em certo ponto, Manne se pergunta quem deveria ser autorizado a negociar. De repente, da linguagem exaltada do criador e destruidor de sociedades, o inovador romântico implacável, Manne desce para as realidades do pessoal corporativo. O contraste conceitual é um

²³⁵ Id. em 55.

²³⁶ Na verdade, pelas razões apresentadas acima, é apenas por meio da inovação que a acumulação de capital continuará.

pouco como o produzido em Bleistein quando a retórica de um Van Gogh ou de um Monet é usada para justificar propriedade intelectual em um cartaz publicitário.

A última forma de objeção de que "a pessoa não tem direito" à venda de informações privilegiadas é que indivíduos que obtêm lucros como insiders frequentemente estão muito distantes de um momento, lugar ou cargo em que poderiam prestar algum serviço empreendedor para a empresa. No entanto, é extremamente difícil identificar indivíduos desempenhando a função empreendedora ou saber o momento preciso em que um indivíduo realiza um ato empreendedor...

Diretores, acionistas majoritários, executivos, advogados, banqueiros de investimento ou muitos outros indivíduos podem, em algum momento, desempenhar uma função empreendedora. Na maioria das vezes, no entanto, eles não estarão inovando. E para qualquer desenvolvimento específico, muitos indivíduos podem ter feito contribuições. Quem, entre os advogados, banqueiros e executivos envolvidos, pode receber todo o crédito ou as porções corretas do crédito por conceber a desejabilidade de uma fusão, buscar a empresa mais provável e efetivar o plano desejado? Uma função empreendedora foi realizada, e os indivíduos envolvidos terão alguma reivindicação contra o subsequente fluxo de informações internas. Mas qualquer tentativa por um externo de correlacionar a contribuição e a recompensa numa base um para um provavelmente falhará. A contribuição de um indivíduo pode ser tão sutil, tão resultado simplesmente de sua presença, e ainda assim tão crucial que devemos ser muito cautelosos ao concluir que nenhuma recompensa é merecida.²³⁷

Essa magnanimidade não se estende aos trabalhadores simples cujos empregos são considerados incapazes de dar origem a contribuições originais e, portanto, não merecem nenhuma parte da recompensa. Mais uma vez, as "fontes" têm uma situação difícil se não se aproximarem o suficiente da imagem do grande autor. Além disso, a linha divisória parece um pouco arbitrária. Advogados são autores/empreendedores, mas secretárias não são. Novamente,

²³⁷ MANNE, nota supracitada 29, em 156-57.

o público-alvo de Manne é jurídico, então podemos entender uma certa visão cor-de-rosa do papel do advogado.

Para revisar: depois de passar metade de seu livro em análise econômica do mercado de informações, Manne conclui que sua "discussão um tanto trabalhosa... não constitui um argumento forte contra a proposta de proibir todo a venda de informação privilegiada."²³⁸ Retomando minha discussão sobre economia da informação, eu concordaria, pelo menos no que diz respeito ao julgamento cético sobre a determinação da análise econômica.²³⁹ Alguma moral ou teoria a priori moral é necessário para fundamentar a análise. Em última análise, Manne deposita suas esperanças em uma visão faustiana do empreendedorismo, uma visão que coloca a inovação (e não apenas o trabalho) no centro da questão e que busca reconciliar a sociedade com a concessão de uma renda de monopólio, prometendo ao empreendedor os lucros decorrentes de suas ações inovadoras. Em todos os aspectos significativos, esta é a teoria romântica da autoria mais uma vez.

A teoria de Manne falha porque não consegue separar a originalidade "ruim" da originalidade "boa". Falha porque não pode justificar nem limitar a classe de pessoas com direito a lucrar com informações internas. Falha porque ele tem apenas o argumento mais tênue para conectar insiders e empreendedores em primeiro lugar. Por essas razões e outras, o livro de Manne provou ser mais influente em levantar o tópico da regulamentação da venda de informação privilegiada do que em realmente resolver esse problema. No entanto, embora os opositores à regulamentação da venda de informação privilegiada possam afirmar que foram além de sua abordagem, eles deixam escapar o momento crucial na análise de Manne - o momento em que um corpo indefinido de ideias econômicas sobre informação recebe conteúdo normativo através do romance.²⁴⁰ Neste caso, o romance está ligado ao inovador dinâmico, a pessoa que é colocada no centro de todo o desenvolvimento econômico. Embora a teoria de Manne falhe em convencer, ela oferece uma imagem reveladora do

²³⁸ Id. em 110.

²³⁹ Veja texto supracitado acompanhando as notas 69-97.

²⁴⁰ Com base nas ideias apresentadas na discussão de economia da informação. Veja Parte supracitada IV, poderíamos perguntar aos outros críticos da regulamentação da negociação com informação privilegiada até que ponto suas ideias alcançam uma aparente determinação sem recorrer a noções românticas apenas ao subestimar os tipos de paradoxos discutidos em Grossman & Stiglitz, nota de rodapé supracitada 69.

papel da autoria romântica nas discussões sobre a regulamentação da informação. Na próxima parte, esse mesmo romance é usado para conceder aos manipuladores, em vez das fontes, do direito de lucrar com o desenvolvimento da informação genética.

VIII

BAÇOS

Até agora, argumentei que as questões de informação tenderão a girar em torno de um conjunto de tensões - entre o público e o privado, entre a norma da igualdade e a norma do retorno ao status quo, entre o domínio público e o direito privado, entre a ideia de propriedade como um escudo absoluto contra outros potencialmente opressivos e a ideia de propriedade como um conjunto de direitos utilitários, tanto em derivação quanto em aplicação. O discurso público em geral e o discurso jurídico em particular devem parecer mediar essas tensões. Caso contrário, regimes específicos de regulamentação da informação parecerão "sem fundamento", "contrários à lógica institucional", "perigosos em suas implicações jurisprudenciais" ou simplesmente "errados".

Por exemplo, poderíamos ter uma teoria normativa que argumentasse que qualquer indivíduo que misture seu trabalho com informações deve adquirir, assim, um interesse legalmente protegido nelas.²⁴¹ No entanto, se aceitarmos a teoria do trabalho como base para a propriedade da informação, por que não para toda a propriedade? A menos que tenhamos algum princípio limitador articulado, nosso regime de propriedade da informação "subverterá" nosso regime geral de propriedade.

²⁴¹ Esta certamente é uma teoria que reaparece repetidamente na regulamentação da informação. Veja *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 234-42 (1918) (reconhecendo um direito quase propriedade nas notícias); veja também *Feist Publications v. Rural Tel. Serv. Co.*, 111 S. Ct. 1282, 1294-95 (1991) (rejeitando a teoria do "suor do rosto", mas sustentando que escolhas de seleção e arranjo podem impregnar uma compilação com originalidade suficiente para o copyright).

Ao mesmo tempo, qualquer regime de propriedade da informação requer uma justificação moral pelo fato de que ao indivíduo está sendo concedido um aluguel monopolista privado por recombinar linguagem, gênero e ideias que foram colhidas gratuitamente do domínio público. Aliada a esse argumento moral, precisaríamos de um argumento prudente de que esse nível particular de direitos de propriedade não levaria à privatização dos campos férteis do domínio público - convertendo-o em um mosaico de propriedades privadas inacessíveis e cada vez mais estéreis.²⁴² Para dar um exemplo extremo, pense em conceder aos herdeiros de Shakespeare um direito de propriedade perpétuo sobre a trama de Romeu e Julieta, ou ao espólio de Turing um direito de propriedade em toda a tecnologia de computadores. Quão prováveis seriam futuros Turgings ou Shakespeares sob tal regime?

Finalmente, uma vez que a propriedade da informação é mais obviamente desmaterializada do que outros direitos de propriedade, precisaríamos de algum gancho no qual ancorar o interesse legalmente protegido. Em outras palavras, precisaríamos de um conjunto convincente e aparentemente firme de atributos que pudéssemos identificar como a

²⁴² Wendy Gordon e William Fisher fornecem os dois exemplos mais impressionantes de uma análise moral-utilitária combinada no campo do direito autoral. Veja Fisher, nota supracitada 22; Gordon, Méritos do Direito Autoral, nota supracitada 74. No entanto, em suas análises prudenciais do nível ótimo de direitos de propriedade, ambos os artigos se concentram mais no nível de direitos de propriedade necessário para incentivar os autores a produzir do que na necessidade contraposta de manter uma grande quantidade de informações livre de direitos de propriedade para que autores e criadores tenham as matérias-primas necessárias com as quais trabalhar. Usando a linguagem deste artigo, o componente de propriedade privada dos pré-requisitos da produção de informações recebe mais atenção do que o componente de domínio público. Veja Litman, nota supracitada 2. Esse problema ocorre mesmo na literatura sobre direitos autorais mais sofisticada. Uma explicação para essa ênfase pode ser o poder da visão de autoria que descrevi neste artigo. A visão romântica da autoria enfatiza a criatividade e a originalidade e desvaloriza a importância das fontes, do gênero e das convenções de linguagem e enredo. Assim, quando economistas e estudiosos do direito fazem suas análises, a maioria vê a questão como determinar a extensão da propriedade necessária para motivar e recompensar o espírito criativo, em vez da extensão do domínio público necessária para dar à genialidade do corvo as matérias-primas de que ela precisa. (Emerson sobre Shakespeare.) O trabalho de Landes e Posner sobre direitos autorais oferece uma exceção significativa; no entanto, eles mesmos apontam que esta é uma "consideração negligenciada". Landes & Posner, nota supracitada 22, p. 332. Nesta parte, a tendência do discurso do autor de desvalorizar as "fontes" será um elemento importante da minha análise do caso Moore.

propriedade que o autor, inventor ou artista poderia possuir, mesmo depois que o livro, máquina ou impressão específicos fossem vendidos. Se a propriedade deve cumprir sua função ideológica de aparentemente proteger o indivíduo das afeições duvidosas do estado e de outras partes, esse conjunto de atributos teria que ser algo mais concreto do que alguma injunção geral para proteger o que quer que o cálculo utilitário de hoje indique que deveríamos.

Na parte sobre a lei de direitos autorais, argumentei que a figura usada para "resolver" esses problemas é o autor romântico. O dispositivo conceitual do autor romântico torna crível a divisão entre ideia e expressão. O autor romântico fica com um pé na sociedade civil e o outro no domínio público da interação política, artística e científica. O autor utiliza fatos, gênero e linguagem do domínio público, trabalha neles, adiciona a originalidade de espírito presumivelmente conferida a ele pelos temas do romantismo e produz uma obra acabada. As ideias (e os fatos sobre os quais estão baseadas) retornam ao domínio público, enriquecendo-o para o futuro. Mas porque sua originalidade marcou a forma da obra como "única", a forma ou expressão torna-se exclusivamente sua. Juntos, a figura do autor romântico, o tema da originalidade e a distinção conceitual entre ideia e expressão parecem oferecer uma das mediações mais convincentes das tensões descritas anteriormente. Este conjunto de dispositivos de mediação é tão convincente, de fato, que argumentei que deveríamos esperar encontrá-lo bem além do familiar domínio do direito autorial. *Moore v. Regents da Universidade da Califórnia*²⁴³ parece apoiar essa tese.

Anteriormente neste artigo, descrevi algumas das características bizarras da decisão no caso *Moore*.²⁴⁴ À primeira vista, o caso parece ter sido deliberadamente construído para servir como um contraste nas palestras de professores de direito sobre raciocínio jurídico ruim. O tribunal se atrapalha e pontifica, aparentemente de forma aleatória. O leitor fica responsável por fazer as transições da melhor forma possível. O que conecta essa discussão confusa sobre a diferença entre o direito de publicidade e o direito de propriedade à alegação de que direitos de propriedade limitados não são realmente direitos de propriedade? Qual relevância, se houver, tem a discussão tendenciosa sobre se as células do Sr. Moore eram únicas para a imagem idílica que o tribunal pinta da pesquisa realizada livre da mão morta dos direitos de propriedade? Como a imagem idílica se reconcilia com a afirmação posterior do tribunal de que os

²⁴³ 793 P.2d 479 (Cal. 1990), cert. negado, 111 S. Ct. 1388 (1991).

²⁴⁴ Veja texto supracitado acompanhando as notas 31-39.

pesquisadores devem ser concedidos direitos de propriedade para fornecer os incentivos vitais necessários para o seu trabalho? Minha alegação é que essas características aparentemente inexplicáveis do caso apoiam a teoria desenvolvida neste artigo. As mudanças aparentemente aleatórias de tópicos, jurisprudências inconsistentes de propriedade e reivindicações ostensivamente conflitantes sobre originalidade e incentivos são melhor explicadas como uma manifestação da estrutura que descrevi ao discutir o direito autoral.²⁴⁵

A. Preocupação com a Propriedade

O tribunal em Moore preocupa-se com a classificação, limitação e relativização da propriedade. Também se preocupa com a justificação utilitária para a propriedade. Um tema deste artigo é sugerir que esses fios da opinião expressam as mesmas preocupações em palavras diferentes.

1. Limitações à Propriedade

O melhor lugar para começar o argumento é no momento em que o tribunal enfrenta essas questões de frente, em sua discussão sobre limitações regulatórias à propriedade. Neste caso, as limitações que preocupam o tribunal não vêm do direito autoral, mas sim de uma lei que regula o uso e a disposição de tecido humano. "Ao restringir como as células excisadas podem ser usadas e exigir sua destruição eventual, a lei elimina tantos dos direitos normalmente ligados à propriedade que não se pode simplesmente presumir que o que resta constitui 'propriedade' ou 'propriedade' para fins da lei de conversão."²⁴⁶

²⁴⁵ Minha análise aqui se concentra nas razões que o tribunal apresenta para sua decisão, nas suposições em que essa decisão se baseia e na estrutura da retórica com a qual a decisão é justificada. Não estou implicando que a decisão do tribunal seja indefensável por outros motivos. Uma preocupação óbvia ao conceder direitos de propriedade aos pacientes sobre seus próprios corpos é que isso abre a possibilidade de um mercado de órgãos no qual os pobres e necessitados vendam desde rins até córneas. Um tribunal ou legislatura convencido dos males desse sistema pode rejeitar a comercialização de órgãos por razões totalmente diferentes do tribunal em Moore - embora o argumento para proibir a venda seja menos convincente em situações em que o órgão deve ser removido por outros motivos. Preocupações como essas parecem ter sido a raiz da Lei Nacional de Transplante de Órgãos, 42 U.S.C. §§ 273-274f (1988). Uma das coisas interessantes sobre o caso Moore é que ele diz tão pouco sobre esses tipos de preocupações e tanto sobre as preocupações que predominariam se a questão estivesse sendo vista através do paradigma do autor. Como minha preocupação é com o efeito geral do pensamento do autor nos interesses das fontes e da audiência, é nesse aspecto do caso que eu me concentro aqui.

²⁴⁶ Moore, 793 P.2d em 492.

Essa limitação não é tão extrema quanto a reivindicação apresentada anteriormente por Krause em seu ataque do século XVIII à própria noção de propriedade intelectual: "Não, não, é muito óbvio que o conceito de propriedade intelectual é inútil. Minha propriedade deve ser exclusivamente minha; eu devo poder dispor dela e recuperá-la incondicionalmente."²⁴⁷ No entanto, há algo peculiar em ver um tribunal da Califórnia do final do século XX falar sobre as implicações que podemos extrair da eliminação dos direitos normalmente ligados à propriedade. Do ponto de vista prático, tais comentários convidam a contraexemplos. A maioria dos países impõe extensas restrições ao uso, reprodução, transferência e disposição de notas bancárias sem provocar uma reflexão profunda sobre os direitos de propriedade no dinheiro.²⁴⁸ Em maior ou menor medida, tipos semelhantes de restrições poderiam ser encontrados para carros, plutônio, óleo de motor, casas à beira-mar e condicionadores de ar.

De uma perspectiva ligeiramente mais teórica, o comentário do tribunal é ainda mais intrigante. Afinal, no discurso jurídico contemporâneo, a concepção mais comum de propriedade é a de um conjunto de interesses legalmente protegidos, unidos por objetivos políticos concorrentes e conflitantes. A remoção de um ou mais elementos desse conjunto não deveria ter implicações particulares para os interesses legalmente protegidos que permanecem. Esse ponto deveria ser mais, em vez de menos, óbvio em questões de propriedade intelectual. O autor reivindica um direito sobre a obra que é separável do objeto material comprado pelo leitor. Um autor não pode proibir o leitor de queimar o livro, nem de contar a amigos sobre ele, nem de roubar as ideias. Até as piadas podem ser justas, se contadas nas circunstâncias certas. O único ato proibido é a cópia da expressão, e mesmo nesse caso existem exceções. Portanto, raciocinar a partir dos "incidentes normais de propriedade" em um caso como este é adotar uma visão formalista e absolutista da propriedade, semelhante à de Krause, e fazê-lo na área menos adequada para isso.

2. Justificação Utilitária da Propriedade

O tribunal não se vê como formalista, é claro. A maioria afirma explicitamente que "quando a aplicação proposta de uma teoria muito geral de responsabilidade em um novo contexto levanta preocupações importantes de política, é especialmente importante enfrentar essas preocupações e abordá-las

²⁴⁷ Krause, nota supracitada 118, p. 415-17, citado em Woodmansee, nota supracitada 1, p. 444.

²⁴⁸ Agradeço a David Seipp por este exemplo.

abertamente".²⁴⁹ No entanto, quando o tribunal o faz, faz algo muito curioso. A opinião majoritária descreve o estado atual das coisas - um mundo em que as "fontes" não têm direitos de propriedade sobre os produtos desenvolvidos a partir de seus fluidos corporais, tecidos ou informações genéticas. "Atualmente, as linhas celulares humanas são rotineiramente copiadas e distribuídas a outros pesquisadores para fins experimentais, geralmente sem custos. Essa troca de materiais científicos, que ainda é relativamente livre e eficiente, certamente será comprometida se cada amostra de célula se tornar o possível objeto de um processo."²⁵⁰ Essa avaliação é um bom exemplo da retórica do domínio público. Os direitos de propriedade das "fontes" são retratados como obstáculos à inovação, um peso desnecessário para a pesquisa. Esse princípio é potencialmente imperialista. Pode-se imaginar o mesmo argumento sendo feito contra o direito autoral, ou a favor da legalização de negociações internas. Como apontei no início deste artigo, a mercantilização da informação sempre pode ser retratada como um impedimento demorado e injusto ou como um pré-requisito necessário para a livre circulação da informação.²⁵¹

De fato, é exatamente isso que acontece. Um momento depois, os direitos de propriedade da informação dos cientistas são retratados como incentivos necessários para a inovação. Essa afirmação não é sustentada por dados ou análises. Ela simplesmente deriva das suposições da autoria romântica. Como minha discussão sobre economia da informação deixa claro,²⁵² é possível que, se não dermos direitos de propriedade às fontes de informações genéticas, não o suficiente será disponibilizado aos pesquisadores em primeiro lugar. Também é possível que os pesquisadores recebam incentivos adequados pela busca da preeminência científica e pela alegria da pesquisa, e que a vantagem competitiva daqueles que são os primeiros a lançar um produto no mercado seja um incentivo suficiente para pesquisa e desenvolvimento. O tribunal não considera essas possibilidades alternativas, não porque sejam ponderadas e

²⁴⁹ Moore, 793 P.2d em 488. É interessante contrastar essa visão com sua opinião igualmente forte de que as "importantes preocupações políticas" que preocupam a dissidência devem ser tratadas em outro lugar. "Não lançando luz sobre a intenção do Legislativo, questões filosóficas sobre 'cientistas se tornarem empreendedores' são melhor debatidas em outro fórum". Id. em 492 n.34 (citando id. em 514 (Mosk, J., dissentindo) (citação omitida).

²⁵⁰ Id. em 495 (nota de rodapé omitida).

²⁵¹ Compare International News Servo v. Associated Press, 248 U.S. 215 (1918) com Feist Publications v. Rural Tel. Servo Co., 111 S. Ct. 1282 (1991).

²⁵² Compare International News Servo v. Associated Press, 248 U.S. 215 (1918) com Feist Publications v. Rural Tel. Servo Co., 111 S. Ct. 1282 (1991).

rejeitadas ou porque a existência do sistema de patentes as exclua completamente, mas porque a ideologia da autoria romântica as faz desaparecer.

3. Caracterização como Propriedade

O tribunal também se preocupa com a caracterização de certos interesses legalmente protegidos como direitos de "propriedade". O autor e o tribunal de apelação haviam se baseado fortemente em analogias de casos de direito à privacidade lidando com o chamado "direito de publicidade". Quando a Suprema Corte da Califórnia abordou os casos citados pelo autor,²⁵³ sua principal preocupação era se o direito de publicidade é "realmente" um direito de propriedade.

Essas opiniões sustentam que cada pessoa tem um interesse proprietário em sua própria imagem e que o uso não autorizado, com fins comerciais, de uma imagem é passível de reparação como um ato ilícito. Mas em nenhuma das opiniões o tribunal autor explicou expressamente sua decisão com base no direito de propriedade. Cada tribunal afirmou, seguindo Prosser, que era "inútil" debater a caracterização apropriada do interesse proprietário em uma imagem.²⁵⁴

De uma perspectiva realista do direito de interesses legalmente protegidos, a questão é de fato inútil: a classificação do interesse legalmente protegido depende do propósito que o interesse tem que servir. Assim, em vez de examinar o interesse legalmente protegido na tentativa de saber se era "realmente" propriedade,²⁵⁵ decidiríamos os objetivos desse interesse específico

²⁵³ Moore, 793 P.2d em 490 (citando *Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974); *Lugosi v. Universal Pictures*, 603 P.2d 425 (Cal. 1979)).

²⁵⁴ Id. (citações omitidas).

²⁵⁵ Veja geralmente WITTGENSTEIN, nota supracitada 174.

Isso está relacionado com a concepção de nomear como, por assim dizer, um processo oculto. Nomear parece ser uma conexão estranha de uma palavra com um objeto. E você realmente obtém uma conexão estranha quando o filósofo tenta destacar a relação entre nome e coisa, olhando fixamente para um objeto à sua frente e repetindo um nome ou mesmo a palavra "isto" inúmeras vezes. Pois os problemas filosóficos surgem quando a linguagem sai de férias. E aqui podemos realmente imaginar o ato de nomear como algo notável da mente, como se fosse um batismo de um objeto. E também podemos dizer a palavra "isto" ao objeto, como se repetindo um nome ou mesmo a palavra "isto" inúmeras vezes. Pois os problemas filosóficos surgem quando a linguagem sai de férias. E aqui podemos realmente imaginar o ato de nomear como algo

e então discutiríamos se os remédios associados a um direito de "propriedade" seriam suficientes para alcançá-los. O tribunal, no entanto, depois de cumprimentar Dean Prosser, não está disposto a segui-lo. "Para fins de determinar se a ação de conversão é cabível, no entanto, a caracterização do direito em questão está longe de ser inútil. Apenas a propriedade pode ser convertida."²⁵⁶ No entanto, tendo levantado a questão da classificação, o tribunal se recusa a resolvê-la. Em vez disso, a maioria simplesmente assume que o "direito de publicidade" não é um direito de propriedade, em parte devido à sua classificação como um direito que protege a privacidade. Isso é uma pena porque, se visto um pouco menos formalisticamente, os casos de direitos de publicidade em si apresentam um exemplo fascinante das tensões discutidas neste artigo.

B. Público e Privado; Publicidade e Privacidade

O famoso artigo de Warren e Brandeis, que formou a base de grande parte da lei de privacidade²⁵⁷ tentou fundamentar o direito de excluir outras pessoas no interesse à privacidade de uma pessoa - o desejo legítimo de manter certas informações longe dos olhos do público. Seu artigo sugere que o interesse é mais do que apenas um direito de propriedade nas informações sobre si mesmo. A visão que eles evocam é a acolhedora esfera privada do lar, não a movimentada esfera privada do mercado. De fato, permitir que o mercado mercantilize a privacidade de alguém pode acelerar exatamente as tendências que Warren e Brandeis achavam tão perturbadoras. Se entendermos a preocupação que anima essa área do direito como sendo a proteção da privacidade, e não a proteção da propriedade privada, a analogia do Sr. Moore pode parecer correspondentemente mais fraca. Para um juiz, a aquisição das informações genéticas de alguém é improvável de parecer intuitivamente tão violadora da "privacidade" quanto publicar fatos de um diário sem o consentimento do autor.

No entanto, apesar de sua classificação sob o direito à privacidade, os casos de direitos de publicidade nos quais o autor se baseou prestam grande

notável da mente, como se fosse um batismo de um objeto. E também podemos dizer a palavra "isto" ao objeto, como se estivéssemos dirigindo a palavra ao objeto como "isto" - um uso estranho dessa palavra, que certamente só ocorre ao fazer filosofia.

Id. em 1ge.

²⁵⁶ Moore, 793 P.2d em 490.

²⁵⁷ Louis D. Brandeis & Samuel D. Warren, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

atenção à importância da mercantilização, alienação e transferência do interesse protegido, e pouca ou nenhuma atenção às preocupações que preocupavam tanto Warren e Brandeis. O caso *Motschenbacher*²⁵⁸ gira em torno da capacidade de um piloto de corridas de mercantilizar a imagem distinta de seu carro e usá-la para anunciar cigarros. O caso *Carson*²⁵⁹ explica detalhadamente que o Sr. Carson já licencia a frase "Here's Johnny" para uma cadeia de lojas de roupas, na qual ele detém uma participação de vinte por cento. O caso *Hirsch*²⁶⁰ determina que "Crazylegs" Hirsch deve poder vender o direito de usar seu apelido, e assim não pode ser usado sem seu consentimento para promover a venda de produtos que removem pelos das pernas das mulheres. O caso *Lugosi*²⁶¹ permite que o Sr. Lugosi tenha um monopólio parcial sobre a exploração comercial de uma imagem específica de Drácula.

Também vale notar que, em cada caso, os autores não dedicaram grande trabalho, emoção ou mesmo originalidade na criação da "marca" protegível. Foi a voz e a entonação distintivas de Ed McMahon que tornaram a introdução do Sr. Carson mais do que uma amenidade. O Sr. *Motschenbacher* não projetou o carro que formava a base tangível da imagem que ele tinha permissão para explorar. "Crazylegs" Hirsch recebeu seu apelido de outra pessoa. O direito de publicidade do Sr. *Lugosi* protegia uma figura tirada de um livro que o Sr. *Lugosi* não escreveu, retratada em filmes que ele não escreveu, dirigiu ou produziu, e baseada em uma figura histórica²⁶² que realmente fez coisas muito diferentes (embora igualmente desagradáveis).

Até certo ponto, portanto, cada caso trata a fama como um bem público parcial - algo único e pessoal que só pode ser explorado de maneira lucrativa se puder ser mercantilizado e outros excluídos de seu uso, exceto mediante pagamento. Isso, é claro, era exatamente o que o Sr. *Moore* queria que o tribunal dissesse sobre suas informações genéticas. Por que eles se recusaram? Nem o formalismo, nem os requisitos funcionais da indústria de biotecnologia, nem os ditames da eficiência econômica parecem ser suficientes para explicar a decisão.

Talvez o tribunal esteja aplicando uma teoria de autoria afinal. Talvez a suposição subjacente aqui seja que uma celebridade é o autor de sua fama, e que as frases, apelidos e imagens associadas à fama são, como o Juiz *Kennedy*

²⁵⁸ *Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974).

²⁵⁹ *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc.*, 698 F.2d 831 (6th Cir. 1983).

²⁶⁰ *Hirsch v. S.C. Johnson & Son, Inc.*, 280 N.W.2d 129 (Wis. 1979).

²⁶¹ *Lugosi v. Universal Pictures*, 603 P.2d 425 (Cal. 1979).

²⁶² também conhecido como Vlad, o Empalador.

afirmou em sua discordância no caso Carson, na verdade expressões da celebridade essencial.²⁶³ Ser famoso, afinal, é destacar-se da multidão, ser considerado único. Há também uma forte crença popular de que, tendo trabalhado para criar essa marca única, a celebridade tem o direito de tê-la protegida. A endowment genética do Sr. Moore certamente poderia ser vista como algo que ele recebeu sem gastar trabalho.²⁶⁴

Mas e quanto à singularidade e originalidade, os outros requisitos fundamentais para um autor ter direitos de propriedade exclusivos em sua criação? Em uma de suas passagens mais surpreendentes, o tribunal diz que não apenas as informações genéticas do Sr. Moore foram produzidas sem o trabalho relevante, mas também eram insuficientemente originais para justificar direitos de propriedade.

As linfocinas, ao contrário de um nome ou de um rosto, têm a mesma estrutura molecular em todos os seres humanos e as mesmas funções importantes no sistema imunológico de todos os seres humanos. Além disso, o material genético específico responsável pela produção natural de linfocinas, e que os réus usam para fabricar linfocinas em laboratório, também é o mesmo em todas as pessoas; não é mais único para Moore do que o número de vértebras na coluna ou a fórmula química da hemoglobina.²⁶⁵

Esta passagem é notável, parcialmente, porque é sem sentido. Foram precisamente as propriedades sem igual dos "programas" genéticos do Sr. Moore, o fato de que suas células infectadas por vírus superproduziam linfocinas, que tornaram seu tecido e fluidos corporais uma parte tão importante da pesquisa do Dr. Golde. Se a questão era de valor único, ou facilidade incomum de extração, claramente as células do Sr. Moore não são como as de todos os outros. Tanto a água do mar quanto o minério de ouro contêm moléculas de ouro. Isso não impede que um pé cúbico de minério de ouro seja

²⁶³ De longe, o desenvolvimento mais sofisticado dessa ideia está em Rosemary J. Coombe, *Author/izing the Celebrity: PubliCity Rights, Postmodern Politics and Unauthorized Genders*, 10 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 365 (1992).

²⁶⁴ Embora a maioria das teorias trabalhistas da propriedade tenha como postulado mais básico a propriedade do próprio corpo. É a partir desse direito naturalista a priori à propriedade que os teóricos do trabalho deduzem o argumento para a propriedade dos frutos do trabalho desse corpo.

²⁶⁵ *Moore v. Regents of the Univ. of Cal.*, 793 P.2d 479, 490 (Cal. 1990), cert. denied, 111 S. Ct. 1388 (1991).

mais valioso do que água do mar contendo a mesma quantidade de ouro. Se a questão é a singularidade estatística, novamente é exatamente o grau incomum com que as células do Sr. Moore superproduziam linfocinas que as tornava dignas de disputa. O tribunal oferece um argumento fraco em apoio à sua posição de que "[p]or definição, um gene responsável por produzir uma proteína encontrada em mais de um indivíduo será o mesmo em cada um".²⁶⁶ Tanto Steve Timmons quanto eu podemos pular e acertar uma bola de vôlei. Apenas um de nós, no entanto, será solicitado a endossar sapatos ou a jogar na equipe olímpica dos EUA. Mas, pela lógica do tribunal, uma vez que ambos Steve e eu estamos "jogando vôlei", ambos somos "jogadores de vôlei" e, portanto, "iguais".

Mas o argumento sobre a singularidade não é apenas sem sentido. Ele também é irrelevante para a questão de saber se o Sr. Moore deveria poder processar por conversão - irrelevante, a menos que a questão esteja sendo novamente formulada, consciente ou inconscientemente, em termos da ideologia da autoria.

Assim, existem duas razões distintas pelas quais o Sr. Moore está argumentando contra a estrutura implícita que descrevi. Primeiro, o mercado tirou dele a informação mais "privada" de todas, informações sobre sua própria estrutura genética. No entanto, nossas noções intuitivas de privacidade são construídas em torno da ideia de evitar a divulgação de fatos íntimos, embaraçosos ou simplesmente "pessoais" socialmente construídos sobre nós mesmos para outros como nós. Eu poderia olhar para o meu próprio código genético o dia todo e nem mesmo saber que era meu. Mesmo se eu pudesse "ler" o DNA, é difícil imaginar que ficaria chateado com a revelação do meu código genético, ou pelo menos, que experimentaria o complexo específico de raiva, vergonha e indignação justificada que associamos a "uma violação de privacidade". Por exemplo, eu ficaria menos chateado se alguém escolhesse revelar que eu carrego o gene recessivo para olhos azuis do que se divulgassem minha preferência por roupas íntimas - embora nenhum seja incomum ou (até onde eu sei) esteticamente ou socialmente repreensível. Há algo na forma como nossa cultura construiu a noção de privacidade que a torna mais propícia à proteção de fatos "sociais" do que fatos "naturais".²⁶⁷ Mesmo nos casos de

²⁶⁶ Id. em 490 n.30.

²⁶⁷ Claro, essa distinção se desfaz bastante rapidamente. Por um lado, não há tal coisa como uma descrição "teoricamente livre" de fatos, de modo que todos os fatos "naturais" podem ser vistos como fatos "sociais" se apenas escolhermos a definição certa de "sociedade". Assim, mais precisamente, poderíamos dizer que a noção de privacidade da linguagem comum protege as "informações pessoais"

fronteira óbvia - doenças hereditárias, por exemplo -, as revelações só são consideradas violadoras da privacidade de uma pessoa quando algum significado social particular foi atribuído à codificação genética.

A dificuldade com o caso do Sr. Moore é que (1) ninguém pensaria pior dele por ter uma composição genética que poderia ser explorada para um medicamento socialmente valioso e (2) conhecimento especializado seria necessário para fazer a conexão entre os "fatos revelados" por sua composição genética e sua "vida interior". Pode-se tirar a conclusão branda e reformista de que nossa noção de privacidade, baseada como é na revelação de fatos sociais íntimos compreensíveis para um público leigo, não protege adequadamente os interesses individuais em informações genéticas.

Em segundo lugar, se a tese deste artigo estiver correta, os tomadores de decisão tenderão - consciente ou inconscientemente - a analisar questões de informação através da lente da visão romântica da autoria. Os casos de direitos de publicidade parecem ver apelidos protegidos, frases de efeito, presas e carros como a expressão de alguma persona de celebridade subjacente - as marcas de uma fama que é, de forma definitiva, original e, presumivelmente, resultado de muito trabalho árduo. Essas qualidades soam suspeitosamente como a estrutura analítica da autoria romântica no direito autoral. Se a reivindicação do Sr. Moore não é para a proteção de sua "privacidade" *tout court*, mas sim a proteção de sua capacidade de mercantilizar as informações genéticas derivadas de suas células, então a investigação muda de privacidade para o "direito de publicidade", do lar e do segredo para o mercado e a mercadoria. Uma vez feita essa mudança, somos levados a perguntar: "Quem é o verdadeiro autor das informações genéticas em questão aqui?" Lendo este caso, no entanto, temos a sensação de que o tribunal pensa que o Sr. Moore não exibiu aquela mistura de trabalho arcana e originalidade deslumbrante que associamos ao autor romântico. Essa

definidas subjetivamente por um indivíduo do olhar do grupo de pares que o indivíduo escolheu reconhecer.

Quanto mais a parte reveladora parece lucrar com a informação, mais permitimos que a "vítima" da divulgação indesejada defina a esfera da privacidade. Assim, um açougueiro provavelmente não seria considerado violador dos direitos de privacidade de George Bernard Shaw se revelasse em uma carta ao *The Times* que o Sr. Shaw secretamente quebrava seus princípios vegetarianos comendo tortas de carne de porco. Se, por outro lado, o açougueiro exigisse £100 sob ameaça de divulgação, chamamos de "chantagem" e proibimos a comercialização da informação.

sensação é aprofundada quando o tribunal passa a falar sobre os direitos comparativos do Sr. Moore e dos médicos e pesquisadores.

C. O Autor e a Fonte

Após decidir que o Sr. Moore não é proprietário das células retiradas de seu próprio corpo, o tribunal usa a patente da Universidade da Califórnia para anular sua reivindicação sobre a linha celular desenvolvida pelo Dr. Golde e outros pesquisadores.

Finalmente, o objeto da patente da Universidade - a linha celular patenteada e os produtos derivados dela - não pode ser propriedade de Moore. Isso ocorre porque a linha celular patenteada é tanto factual quanto legalmente distinta das células retiradas do corpo de Moore. A lei federal permite a patente de organismos que representam o produto de "engenhosidade humana", mas não organismos que ocorrem naturalmente. Linhas celulares humanas são patenteáveis porque "[a] adaptação e crescimento de longo prazo de tecidos e células humanas em cultura é difícil - frequentemente considerado uma arte ...", e a probabilidade de sucesso é baixa. É esse esforço inventivo que a lei de patentes recompensa, não a descoberta de matérias-primas naturalmente ocorrentes.²⁶⁸

A estrutura conceitual da lei de patentes contém muitas das mesmas oposições que a do direito autoral, e neste trecho o tribunal as utiliza com grande efeito. Há algo maravilhoso na maneira como o Sr. Moore se torna uma "matéria-prima naturalmente ocorrente", cujo material genético "não original" é tornado único e valioso pelo "esforço inventivo", "engenhosidade" e "arte" de seus médicos. Se olharmos para este caso através da lente do autor romântico, então a reivindicação do Sr. Moore é tão ridícula quanto se Huey Long reivindicasse direitos de propriedade sobre "All the King's Men" ou o padeiro de madeleines reivindicasse "Em Busca do Tempo Perdido". A autoria desvaloriza as fontes. Em sua aplicação implícita da análise da autoria a este

²⁶⁸ Moore, 793 P.2d em 492-93 (primeiro destaque adicionado) (citações e notas de rodapé omitidas). Deve ser observado que, embora o tribunal possa justificadamente dizer que os temas de originalidade, esforço inventivo e uso funcional são apropriados para uma discussão sobre direito de patentes, estes são de fato os temas que organizam toda a opinião, e não apenas a seção sobre direito de patentes. A menção de arte - em grande parte irrelevante no contexto do direito de patentes - reforça ainda mais minha tese.

caso, o tribunal igualmente desvaloriza as fontes. O fato de isso poder ser realizado diante da forte presunção naturalista de que se é dono do próprio corpo, e diante do comportamento eticamente pouco atraente dos médicos do Sr. Moore, é um testemunho do poder retórico das ideias envolvidas.

Assim, em maior medida do que as outras questões discutidas neste artigo, o caso Moore pode indicar tanto os julgamentos de valor controversos carregados na aparelhagem conceitual da autoria quanto a maneira como as discussões sobre direito de controle da informação são conduzidas por meio da metáfora da "autoria", mesmo em campos distantes do direito autoral. Visto dessa forma, o caso do Sr. Moore parece ter sido projetado para falhar no teste da autoria. O tribunal acredita que seus direitos já são muito limitados para serem propriedade, que suas informações genéticas são muito naturais para serem uma criação, que não são suficientemente privadas para serem protegidas pela lei de privacidade nem originais ou criativas o suficiente para serem protegidas pelos direitos de publicidade. Visto através da lente da autoria, a reivindicação do Sr. Moore parece ser uma tentativa perigosa de privatizar o domínio público e inibir a pesquisa.²⁶⁹ No entanto, os cientistas, com sua arte transformadora e faustiana, se encaixam no modelo de trabalho original e criativo. Para eles, os direitos de propriedade são necessários para incentivar a pesquisa. O que devemos pensar sobre esse desejo de buscar em cada situação as pessoas que mais se assemelham a autores e depois conferir-lhes direitos de propriedade?

Há uma última ironia no caso Moore. A Suprema Corte da Califórnia não deixa o Sr. Moore totalmente sem recurso. Como mencionei na introdução deste artigo, o tribunal reconhece que os médicos têm o dever de divulgar quaisquer interesses financeiros que tenham no tratamento de um paciente. Assim, ao discutir informações genéticas, o tribunal vê o Sr. Moore como uma "matéria-prima naturalmente ocorrente", um domínio público a ser explorado por gênios inventivos. Inversamente, ao discutir seu papel como consumidor de

²⁶⁹ Há um paralelo aqui com a discussão de Levmore sobre agricultores que possuem terras que, sem o conhecimento deles, contêm depósitos minerais valiosos. Se uma empresa de mineração buscar comprar a terra, ela deve ser capaz de responder desonestamente à pergunta do agricultor sobre possíveis depósitos minerais? Levmore está convencido de que a resposta é sim: na verdade, ele chama isso de "desonestidade ótima" e diz que o comportamento do agricultor ao tentar descobrir o valor total de sua terra é "desprezível" porque ele não tem intenção de explorar a terra ele mesmo. Levmore, nota supracitada 55, em 137-42.

serviços médicos, o Sr. Moore é transformado em um indivíduo soberano com um direito incontestável aos fatos necessários para tomar decisões informadas.²⁷⁰ No que diz respeito à maioria, o Sr. Moore é o autor de seu próprio destino, mas não de seu baço.

IX

CONCLUSÃO

A. “Typing”** os problemas da informação

Existem diversas razões pelas quais alguém poderia classificar os tipos de problemas que discuti aqui sob o título “informação”. Pode acreditar que possui uma teoria mestra - um único conjunto de princípios capazes de resolver todos os conflitos significativos, ou simplesmente um exclusivo conjunto de objetivos funcionais a serem resgatados da complicada particularidade doutrinária. Por exemplo, como anteriormente mencionado, o Juiz Easterbrook estava preocupado que, ao enquadrar casos de informação em categorias legais tradicionais, o Tribunal iria “ignorar a necessidade de considerar a maneira como o incentivo para produzir informações e as demandas de uso atual entram em conflito”²⁷¹. Meu objetivo aqui era bastante diferente.

²⁷⁰ Esta parte da decisão gera um novo conjunto de quebra-cabeças. Qual será a medida dos danos pela violação desse interesse legalmente protegido? Os danos serão decididos sem referência ao valor dos medicamentos ou linhas celulares produzidos a partir do paciente que não deu consentimento? E se o médico acreditar que o paciente não dará seu consentimento para tal pesquisa, mas também acreditar que as células do paciente provavelmente serão inestimáveis no desenvolvimento de um medicamento altamente lucrativo? Nessa situação, um médico racional em uma posição semelhante à do Dr. Golde decidirá não informar, pagará os danos por violação do dever de informar ou por agressão e ainda se sairá bem. A maneira óbvia de evitar minar o poder soberano de decisão do paciente seria basear os danos em parte na contribuição proporcional do paciente para o medicamento lucrativo. Mas quão diferente é isso de um direito “de propriedade”?

²⁷¹ Easterbrook, verificar a nota supracitada 1, em 314.

****NOTA DO TRADUTOR:** O autor originalmente utiliza o termo “Typing”, ele faz um trocadilho, pois *typing* pode significar digitando, o que é sua ação ao

Antes de mais nada, eu tinha um objetivo descritivo e analítico. Eu desejava abordar de uma maneira diferente uma série de problemas que têm intrigado estudiosos e frustrado tribunais. A abordagem convencional dessas questões é particularista. O sistema jurídico torna mercadoria, recusa-se a tornar mercadoria ou torna ilegal o ato de tornar mercadoria certos tipos de informação. Os acadêmicos então abordam cada questão com base em seus méritos individuais. Eles perguntam, “Por que a chantagem é ilegal?” ou “Por que o estado proíbe a venda de informações privilegiadas?” ou até mesmo “Por que a doutrina de direitos autorais estende proteção à expressão, mas a nega às ideias?”. Em vez disso, eu formulei uma série de perguntas sobre os papéis que se espera que a informação desempenhe nas instituições de um estado liberal - na família, no mercado, no mundo da política e do debate público. Meu objetivo era permanecer fiel à sutileza e complexidade do material, lidando com cada questão com alguma profundidade. Se eu tivesse que temporariamente abandonar esse objetivo para resumir minhas conclusões aqui, eu diria que a ideologia de uma sociedade liberal apresenta visões reificadas diferentes sobre informação - como o elemento vital do debate não influenciado por interesses no mundo público, como a onisciência instantânea dos atores no mercado perfeito, como aquilo que deve se tornar mercadoria se quisermos incentivar a produção de mais informação, como aquela potencial manifestação pública de si mesmos que os indivíduos devem ser capazes de controlar se quisermos proteger o mundo acolhedor do lar, da família e da persona. E assim por diante.

A maioria dos analistas começa assumindo um certo nível de racionalidade dedutiva na construção de nossas instituições sociais.²⁷² Eles assumem que realmente existe alguma razão lógica pela qual a chantagem deve ser proibida. Afinal, a maioria de nós sente tão profundamente que a chantagem é “errada” que é de fácil imaginar que uma ponderação um pouco mais aprofundada e um conjunto melhor de ferramentas analíticas revelarão o princípio que distingue a chantagem da conta de aluguel, ou da negociação do estádio de beisebol com a cidade anfitriã. Alternativamente, analistas criticam a posição atual, mas novamente, assumem a racionalidade dedutiva das instituições que estão analisando. Assim, os críticos da regulamentação da venda de informações privilegiadas ficam confusos pelo fato de que a história

escrever essa seção do texto, mas também pode significar classificar, o que ele faz ao longo desta seção.

²⁷² Para uma discussão sobre a relevância da suposição de que as instituições sociais estão sujeitas a críticas racionais e uma análise das objeções conservadoras a essa ideia, consulte James Boyle, “*A Process of Denial: Bork and Post-Modern Conservatism*” 3 YALE J.L. & HUMAN. 263, 299-314 (1991).

legislativa, análises acadêmicas e exposições judiciais não oferecem nenhuma justificativa para proibir uma prática que, quando descrita em termos abstratos, parece totalmente compatível com as normas de uma sociedade de mercado livre. No lugar desses pensamentos vagos, eles oferecem análises econômicas de sigilo, justificativas de “desonestidade mais eficaz” e modelos do mercado de capital eficiente, confiantes de que suas curas não são maculadas pelas falhas das ideias que criticam.

Na minha opinião, a chantagem é ilegal porque temos uma visão de “privacidade” que é construída, em parte, em torno do controle da informação,²⁷³ ao contrário do que ocorre, por exemplo, com riqueza, cuidados

²⁷³ Veja, por exemplo, o caso *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589, 599-600 (1977) (definindo privacidade como o “interesse individual em evitar a divulgação de assuntos pessoais e ... o interesse na independência para tomar certos tipos de decisões importantes”) (notas de rodapé omitidas). Essa definição de privacidade concentra-se na retenção e controle da informação para proteger a pessoa e seu plano de vida. Uma interpretação dessa ideia é que a informação é o único recurso ou forma de riqueza cuja necessidade pode ser convincentemente derivada da teoria liberal da pessoa. Isso pode ser uma razão pela qual as leis estaduais que regulamentam o aborto e incorporam teorias sobre quando começa a vida podem ser perturbadoras. Veja, por exemplo, o caso *Webster v. Reproductive Health Servs.*, 492 U.S. 490, 504-07 (1989) (recusando-se a considerar a constitucionalidade do preâmbulo da lei de aborto do Missouri, onde a teoria da vida contida não foi usada para justificar a regulamentação do aborto). Para uma análise interessante dos direitos de informação à luz da doutrina atual da Suprema Corte, consulte *Francis S. Chlapowski*, verificar a nota, “The Constitutional Protection of Informational Privacy”, 71 B.U. L. REv. 133 (1991).

de saúde ou habitação.²⁷⁴ Nós “romantizamos”²⁷⁵ uma noção de controle subjetivo de informações privadas, recusando-se a permitir que a informação seja mercantilizada. A melhor analogia para chantagem, então, não é o monopólio ou o monopsonio, mas algo semelhante aos casos de “nascimento indesejado” nos quais muitos tribunais se recusam a reconhecer os custos de criar uma criança como “dano” decorrente de uma operação de esterilização conduzida de forma negligente. Em ambos os casos, fazemos um julgamento pré-teórico de que uma atividade é “privada” e, somente então, “deduzimos” que ela deve ser protegida da lógica impiedosa e instrumental do mercado.

A venda de informações privilegiadas é outra situação em que alguém negocia a partir de uma posição superior em informações que não são públicas. Não é apenas qualquer informação, mas informações de grande valor. Na

²⁷⁴ Uma analogia inexacta pode ajudar a demonstrar a natureza contingente e socialmente construída de nossa noção de “esfera pública” e “privacidade”. Imagine uma sociedade em que todos vivem em dormitórios comunitários com a criação de crianças sendo feita pelo estado, poucos tabus sobre comportamento sexual público, etc. Imagine também que o acesso universal a excelentes cuidados de saúde seja visto como uma qualidade definidora e essencial da sociedade. Agora, imagine uma pessoa nessa sociedade que se disponha a renunciar permanentemente ao seu direito a cuidados de saúde em troca de alguma liberdade das obrigações comunitárias. Tal transação poderia ser vista como tão ilegítima quanto a de um cidadão de nossa sociedade que busca renunciar permanentemente ao seu voto ou ao seu direito a um advogado, seria talvez equiparável a tentar se vender como escravo. Tal transação poderia parecer violar a “lógica” da esfera pública. Da mesma forma, imagine como a “privacidade” seria vista em tal sociedade. Certamente, um indivíduo cujo vizinho no dormitório ameaçasse revelar algum fato desagradável sobre ele ficaria infeliz, mas será que essa sociedade necessariamente teria considerado o “controle da informação sobre si mesmo” como um princípio importante de organização social, em oposição, por exemplo, a “policiar aqueles que negligenciam seus deveres sociais”? Meu ponto não é que certas formas de organização social necessariamente produzem certas preocupações normativas principiológicas. Pelo contrário, um processo pelo qual imaginamos mudanças em aspectos fundamentais de nossa vida social revela a contingência de nossas próprias crenças. Na verdade, a relação entre forma social e estrutura normativa é altamente contingente, talvez um sistema social baseado em dormitórios se preocuparia mais com a privacidade do que nós, mas essa contingência é ocultada precisamente pelo fato de que os membros de qualquer sociedade compartilham uma estrutura normativa básica.

²⁷⁵ Eu utilizo a palavra “romantizar” para expressar que, como sociedade, projetamos sobre uma instituição ou conjunto de ações uma carga emocional e intelectual - neste caso, uma carga positiva - e depois passamos a perceber essa carga como algo inerente ao objeto romantizado. Consulte PETER L. BERGER & THOMAS LUCKMANN, “The Social Construction of Reality” (1980); Boyle, verificar nota supracitada 9.

chantagem, enquadrámos a questão no mundo “privado” das informações sobre o lar e a família. Com a venda de informações privilegiadas, por outro lado, rotulamos a questão como “pública”, sujeita às normas de igualdade em vez das normas do mercado, precisamente porque é informação material e não alguma outra forma de riqueza ou poder. Portanto, há uma linha nos casos e nos escritos acadêmicos que aplica a norma de igualdade a todas as transações regulares em informações materiais não públicas. Mas também há uma forte visão de que informação deve ser negociada como qualquer outra mercadoria, uma visão que negaria o status público especial da informação. Assim, há uma tendência igualmente forte, talvez agora uma tendência mais forte, de ver a venda de informações privilegiadas não em termos de igualdade pública formal, mas sim em termos de apropriação indevida e furto.

As discordâncias nos tribunais e revistas acadêmicas sobre o enquadramento adequado da venda de informações privilegiadas ajudam a mostrar os limites do meu argumento. O tipo de categorização que estou descrevendo não está enraizado tão profundamente na cultura que nunca pode ser criticado, nem é tão determinado que dita apenas uma solução. No máximo, estou tentando delinear a estrutura dentro da qual as questões são atualmente formuladas, as possibilidades são excluídas, e assim por diante. A estrutura é importante porque exclui algumas opções de serem consideradas (talvez as exclua até de serem vistas), ou provoca um salto precipitado para um julgamento, ou porque é uma das muitas forças que moldam o terreno da luta política. Mas o processo de categorização não é nem uma conspiração gigante, nem uma estrutura profunda de pensamento determinista e inevitável.

Finalmente, deixe-me dizer que esse processo de classificar as questões sobre informação como públicas ou privadas²⁷⁶ não é “irracional”, ao menos não no sentido pejorativo dessa expressão. Existem, com certeza, razões pelas quais pensamos que o controle de informações sobre nós mesmos é fundamental para a preservação do “eu”. Existem razões pelas quais um direito de controlar informações privadas terá mais apoio nesta sociedade do que um direito de controlar algum outro recurso crítico, como alimentos, por exemplo. Existem razões pelas quais a alegação de que “todos deveriam negociar possuindo quantidades de informações similares” aparenta ser nada mais do que “justa”, enquanto alegações como “todos deveriam negociar a partir de uma posição de riqueza similar” são percebidas como socialismo. Essas razões são uma

²⁷⁶ E enquadrar essas questões nas ideias conflitantes sobre o que significa público e privado.

complexa mistura de ideologia, antropologia, história, instituições do “*New Deal*”, interesses de classe, ideais nobres, epistemologia Iluminista, entre outros. Seria necessário um filósofo melhor do que eu para apresentá-las completamente, e seria ainda necessário um com grande húbris para acreditar poder identificar precisamente qual é a mistura correta. Mas é no processo que essas “razões” explicam (o processo de classificar as questões sobre informação que descrevi neste artigo). Elas explicam mais nesse processo do que na linguagem da microeconomia ou na teoria dos direitos de Rawls. Encontramos nisso a resposta para a pergunta “Por que a venda de informações privilegiadas e a chantagem são ilegais?”

Eu também tiraria outra conclusão, modestamente realista, deste processo e dos estereótipos conflitantes sobre informações nos quais ele se baseia. Durante o processo de classificar questões como públicas ou privadas, analogias e metáforas desempenham um papel vital. Em alguns casos, no entanto, nos tornamos prisioneiros de nossas metáforas. Embora essa observação tenha uma longa e profunda história em outras áreas da doutrina legal,²⁷⁷ curiosamente, o campo da informação tem sido imune a ela.

Na área de serviços de informação eletrônica, o caso *Prodigy* é um exemplo especialmente bom.²⁷⁸ *Prodigy* tem se defendido de acusações de que seus quadros de aviso censuram notícias que a criticam e não censuram discursos antissemitas. A ACLU não queria nenhuma forma de restrição da liberdade de expressão; a B’nai Brith queria apenas a última. Um artigo da *Network World* apresenta uma série de caracterizações clássicas de “público e privado”, sustentadas por metáforas que remetem à tecnologia da informação do passado.

As políticas de edição dos quadros de avisos da *Prodigy* são, essencialmente, publicações eletrônicas, afirmou o porta-voz. Ele disse que a *Prodigy* tem o direito de editar ou excluir material,

²⁷⁷ Cohen, verificar nota supracitada 12.

²⁷⁸ Veja Barnaby J. Feder, “*Computer Concern Assailed on Anti-Semitic Notes*”, N.Y. TIMES, 24 de outubro de 1991, na A21; Barnaby J. Feder, “*Computer Speech – Also Free*”, N.Y. TIMES, 30 de outubro de 1991, na A24; Barnaby J. Feder, “*Toward Defining Free Speech in the Computer Age*”, N.Y. TIMES, 3 de novembro de 1991, seção 4, na página 5; Michael W. Miller, “*Prodigy Computer Network Bans Bias Notes from Bulletin Board*”, WALL ST. J., 24 de outubro de 1991, na B1, B6.

assim como os jornais têm o direito de não publicar cartas ao editor.

Jerry Berman, diretor do Projeto Tecnologia da Informação em Washington, D.C. pertencente à ACLU, afirmou que a ACLU concorda com a afirmação da *Prodigy* de que ela tem o direito de editar sistemas de quadros de avisos públicos. No entanto, ele disse que uma política da *Prodigy* que limita os tipos de mensagens eletrônicas privadas que os usuários podem enviar é uma área cinzenta.

Algumas novas regras da *Prodigy* proíbem os usuários de enviar mensagens protestando contra as políticas de preços aos anunciantes da *Prodigy* quando essas não foram solicitadas...

Berman afirmou que essas restrições podem ser justificadas porque a *Prodigy* é um serviço privado, mas também podem ser vistas como uma restrição injustificável à liberdade de expressão.²⁷⁹

As metáforas são contestadas, é claro. Organizações como a *Electronic Frontier* equiparam quadros de aviso eletrônicos a parques públicos.²⁸⁰ Em outro artigo, Berman recorreu aos casos de shopping centers para sugerir que “[...] os tribunais podem algum dia decidir que as redes de compras eletrônicas, como a *Prodigy*, são os fóruns públicos do século XXI.”²⁸¹ O processo pelo qual quadros de aviso eletrônicos são comparados a shopping centers, que no passado foram comparados ao fórum romano, é fascinante. Berman sugere então que o Congresso deveria regular o correio eletrônico sob “princípios de transportador comum”.²⁸² Parte superior do formulário

Os entendimentos mudam conforme o contexto muda. Em casos de difamação, por exemplo, os tribunais têm comparado serviços de informação eletrônica à livrarias ou bibliotecas com fins lucrativos,²⁸³ em vez de jornais que

²⁷⁹ Barton Crockett, “DA Probes BBS Practices at Prodigy”. NETWORK WORLD, 15 de abril de 1991, p. 4.

²⁸⁰ Verificar nota 305.

²⁸¹ Jerry Berman & Marc Rotenberg, “Forum: Free Speech in Electronic Age” N.Y. TIMES, 6 de janeiro de 1991, seção 3, na p. 13.

²⁸² *Id.*

²⁸³ “O produto CIS da CompuServe é, essencialmente, uma biblioteca eletrônica com fins lucrativos que oferece uma ampla variedade de publicações e cobra

publicam informações difamatórias. A dificuldade surge quando a analogia por si só parece decidir a questão.

“Existe discussão nos círculos jurídicos sobre a extensão pela qual os provedores de serviços de videotexto devem filtrar mensagens postadas publicamente”, disse Benjamin Wright, um advogado em Dallas especializado em direito de comunicações eletrônicas. “Se a lei considera o provedor mais como um jornal, então o dever de filtragem é maior. Mas se a lei considera o provedor mais como uma empresa telefônica, um transportador comum de comunicações, então o dever é menor.”²⁸⁴

Parques? O Serviço Postal dos EUA? Federal Express? Uma empresa telefônica? Jornal comunitário? Estação de televisão regulamentada? Transportador comum? Quem pode dizer? Existem vantagens - em familiaridade, evocação e tradição - para esse tipo específico de raciocínio analógico. No entanto, é difícil reprimir um desejo ocasional de enquadrar a questão como se uma regulamentação específica ajudará ou prejudicará o tipo de sociedade que desejamos criar,²⁸⁵ em vez de filtrá-la por meio de uma camada adicional de comparação e metáfora. A diferença entre os dois métodos não é a diferença entre análise racional e discurso figurado²⁸⁶ - nossa visão da boa

taxas de uso e de filiação de seus assinantes em troca de acesso às publicações.” *Cubby, Inc. v. Compuserve Inc.*, 776 F. Supp. 135, 140 (S.D.N.Y. 1991).

²⁸⁴ Peter H. Lewis, “O Computador Executivo: Sobre Quadros de Avisos Eletrônicos. Quais Direitos Estão em Jogo?” *N.Y. TIMES*, 23 de dezembro de 1990, seção 3, p. 8.

²⁸⁵ A melhor síntese do próprio debate sobre a *Prodigy* pode ter surgido no final de um artigo do *Boston Globe*:

O analista da indústria, Gary Arlen, tem uma visão diferente. O que pode ter acontecido, segundo ele, é que a *Prodigy* atraiu inadvertidamente pessoas em busca de uma verdadeira rede de comunicação, em vez de consumidores ansiosos para gastar dinheiro em um shopping eletrônico.

Citando um editorial de uma revista de computadores, ele diz: “A mensagem da *Prodigy* para seus assinantes parece ser ‘Cale a boca e compre’.”

Chris Reidy, “Flap de Computadores: A Liberdade de Expressão na *Prodigy* é Gratuita?”, *BOSTON GLOBE*, 30 de janeiro de 1991, p. 35.

²⁸⁶ Esta é uma das minhas discordâncias com os analistas econômicos das questões de informação. Easterbrook, por exemplo, acredita que o problema com questões de propriedade intelectual é que termos abstratos (e eu diria, metafóricos) ocultam do tribunal as reais exigências funcionais do mercado de informação. No entanto, envolver-se em análise econômica é (pelo menos da maneira como o Juiz Easterbrook o faz) abstrair certos aspectos de uma situação social complexa, seja ela relacionada a chantagem, venda de bebês, escrita de livros ou cobertura de barcos, e declarar que isso é realmente um mercado. E isso, é claro, é um processo metafórico e analógico.

sociedade é, por necessidade, também analógica. Ainda assim, seria lamentável decidir como regular as tecnologias mais importantes do próximo século com base em suas semelhanças formais com os ambientes físicos ou configurações comerciais nos quais a informação pública do século XIX encontrou seu lar.

B. A busca por um autor

O segundo objetivo deste artigo foi mais complicado. Reconhecer a existência de ideias contraditórias sobre informação e o papel da distinção público/privado em questões de informação é apenas o começo do projeto. No final da minha descrição dos elementos conceituais das questões de informação - propriedade, a distinção público/privado e economia da informação - eu esbocei os pré-requisitos ideológicos e práticos para a lei de propriedade intelectual. Nossas noções sobre Estado, mercado, família e informação apresentam uma tarefa para a lei da informação. Com base nessas noções, a lei de propriedade intelectual e a lei da informação em geral devem reconciliar uma série de demandas aparentemente incompatíveis para serem consideradas críveis.

Deve fornecer um aparato conceitual que aparentemente medie as várias tensões associadas ao papel da informação na sociedade liberal. Assim, por exemplo, deve explicar por que uma pessoa que recombina informações da esfera pública não está simplesmente se apropriando privadamente da riqueza pública. Deve explicar como podemos motivar indivíduos, que às vezes são postulados como essencialmente egoístas e às vezes como almas nobres e idealistas, a produzir informações. Se a resposta for “dar a eles direitos de propriedade”, também deve explicar por que isso não diminuirá tão drasticamente o fundo comum ou o domínio público a ponto de resultar em uma diminuição líquida na produção de informações. (Pense na pesca excessiva.) Deve delinear uma esfera de privacidade e, ao mesmo tempo, garantir uma esfera vigorosa de debate público e ampla informação sobre um estado potencialmente opressor. Deve fazer tudo isso dentro de uma visão de justiça que espera igualdade formal na esfera pública, mas respeita disparidades existentes em riqueza, status e poder na esfera privada. E todas essas coisas devem ser realizadas usando uma concepção de propriedade que evita as

impossibilidades teóricas da concepção fiscalista e absolutista, mas que, ao mesmo tempo, não seja muito evidentemente relativista, parcial e utilitária.²⁸⁷

O conjunto de ideias que parece ser mais bem-sucedida em reduzir a saliência dessas tensões no direito autoral é a *figura* do autor romântico, o *tema* associado da originalidade e a distinção *conceitual* entre ideia e expressão. Essa tríade consegue fazer parecer que os direitos de propriedade intelectual são mais do que apenas uma concessão utilitária do Estado; limitam o alcance de algo que soa muito como uma teoria trabalhista dos direitos de propriedade; e dividem a criação do autor de modo que a ideia entre no mundo da troca pública, enquanto a expressão permanece na posse do autor. Ao explicar a história desse conjunto de ideias, procurei mostrar que a ideia de autoria é socialmente construída e historicamente contingente. Isso se mostra explicitamente na visão romântica da autoria, ela minimiza a importância de fontes externas, enfatizando o gênio único do autor e a originalidade da obra. Esse “gambito do autor” é tão atraente que é encontrado muito além do direito autoral convencional, um fato de grande importância.

A tendência atual parece ser assumir que a economia é a linguagem teórica mais apropriada para discutir questões sobre a regulação da informação. No entanto, a preferência pela microeconomia não tira da extirpa por completo a importância da autoria romântica. Na minha discussão sobre a economia da informação, procurei mostrar que a análise econômica de questões relacionadas à informação é paradoxal ou, pelo menos, aporética. Sugerir que esses problemas podem ser rastreados ao fato de que a informação perfeita é um elemento conceitual definidor da estrutura analítica usada para analisar mercados impulsionados pela ausência de informação, nos quais a própria informação imperfeita é uma mercadoria. O significado dessa análise era que mercados informacionalmente eficientes não são apenas difíceis de alcançar, mas impossíveis.

Os paradoxos da informação na teoria do estado liberal reaparecem na microeconomia. Economistas analisam algumas informações como “mercadoria” e outras informações como “informação perfeita”, mas eles não conseguem nem produzir um metaprincípio teórico que justifique essas mudanças, nem purgar completamente o aspecto desfavorecido de sua análise. Parece perfeitamente possível inverter as hierarquias, de modo que seja possível

²⁸⁷ Verificar na p. 47-49.

analisar a livre disponibilidade de preços de mercado de futuros como um problema de bens públicos, ou direitos autorais como um custo de transação intolerável.

A manifestação mais óbvia dessa indeterminação básica é a dificuldade que os economistas têm em teorizar sobre a quantidade de informação que será produzida em um mercado “não regulamentado”. Será que será demais ou de menos? Muitos economistas afirmam que a informação é um bem público clássico, aparentemente assumindo como um pressuposto teórico sobre problemas de bens públicos a suposição de que será produzido muito pouco do bem. No entanto, alguns economistas pensam que a ausência de direitos de propriedade levará à produção excessiva de informação. Assim, o uso de algum corpo geral de “teoria de bens públicos” para analisar questões de informação parece impossível.²⁸⁸ Cada questão de informação precisa ser examinada individualmente, de maneira particularista e altamente empírica - um estilo não

²⁸⁸ O Professor Steven Shavell sugere para mim que, quando os economistas profissionais falam sobre “bens públicos”, não estão afirmando que existe uma categoria geral de bens que compartilham as mesmas características econômicas, manifestam as mesmas disfunções e, portanto, se beneficiam de soluções corretivas similares. A maioria dos economistas, segundo ele, concordaria que não há algo como “bens públicos” - apenas uma série infinita de problemas específicos (alguns de superprodução, alguns de subprodução, e assim por diante), cada um com uma solução específica que não pode ser deduzida da teoria, mas que dependeria de fatores empíricos locais. Se isso é o que os economistas pensam, eu ficaria feliz em concordar. Certamente, os economistas-juristas frequentemente parecem ter ideias mais expansivas. Veja *Landes & Posner*, verificar nota supracitada 22, na página 326 (“Uma característica distinta da propriedade intelectual é seu aspecto de ‘bem público’.”); veja também Demsetz, verificar nota supracitada 28; Easterbrook, verificar nota supracitada 1; Kitch, verificar nota supracitada 1. Textos e artigos de economia mainstream também fazem reivindicações mais gerais. JAMES M. BUCHANAN, “The Demand and Supply of Public Goods” (1968); Paul A. Samuelson, “Contrast Between Welfare Conditions for Joint Supply of Public Goods”, 51 REV. ECON. & STAT. 26 (1969); Earl A. Thompson, “The Perfectly Competitive Production of Collective Goods”, 50 REV. ECON. & STAT. I (1968). Isso parece ser verdade para economistas de todas as opiniões políticas e tipos teóricos. DAVID HEMENWAY, “Prices and Choice: Microeconomic Vignettes” (1977); Perelman, verificar nota supracitada 94. Finalmente, artigos detalhados de economistas frequentemente cometem os mesmos erros que se esperaria de alguém trabalhando com uma visão de “bem público” reificada e excessivamente geral acerca de informação. Arrow, verificar nota supracitada 94. No entanto, existem artigos que apresentam ideias consistentes com o ponto de vista de Shavell, como Hirshleifer, verificar nota supracitada 69, embora seja notável que esses artigos geralmente adotem o tom de um dissidente protestante, em vez do tom da ciência normal. No final, minha conclusão tem que ser que o Professor Shavell está cometendo o erro completamente louvável de ser muito gentil com seus colegas.

frequentemente encontrado na literatura atual. Na ausência de dados empíricos particulares e de fundamentação teórica convincente, a economia oferece pouco mais do que uma lista parcial de problemas e *tradeoffs*. E é aí que o autor entra novamente. Em uma estranha mistura de Wordsworth e Coase, Byron e Stigler, os ideais da autoria romântica parecem infiltrar-se - consciente ou inconscientemente - na análise econômica. E porque, na maioria dos conflitos, o paradigma da autoria tende a se encaixar melhor de um lado do que do outro, essa fundamentação romântica fornece à análise econômica ao menos a ilusão de certeza. Os autores tendem a vencer.

Nas Partes VIII e IX, afirmei que tanto estudiosos quanto tribunais recorrem amplamente ao “gambito do autor”. No caso Moore, o tribunal constatou, assim como Krause,²⁸⁹ que as alegações do Sr. Moore levantam preocupações sobre a limitação e justificação da propriedade e a natureza da privacidade. No final, é a exaltação da modificação original, criativa e artística de material bruto naturalmente existente e a necessidade de motivar os criadores da sociedade que justificam a concessão de direitos de propriedade aos médicos, mas não ao Sr. Moore.²⁹⁰ Até mesmo os casos de direito de publicidade parecem refletir esse conjunto de ideias, permitindo a mercantilização das “expressões” da persona de uma celebridade única. Em ambas as áreas, aqueles que não se parecem com autores descobrem que suas reivindicações de propriedade são rejeitadas. O Sr. Moore nos apresenta um exemplo poderoso das consequências infelizes que podem ocorrer se o tribunal decidir que você faz parte do domínio público. Ed McMahon, o Comediante Supremo do Mundo, e os fabricantes do creme depilatório *Crazylegs* podem apresentar reivindicações menos convincentes à nossa simpatia, mas todos sofrem alguma consequência severa, em parte, porque não se encaixam no paradigma do autor.

²⁸⁹ Veja Krause, verificar nota supracitada 118.

²⁹⁰ Em outras palavras, o argumento em favor dos médicos de que devemos garantir para os produtores os frutos de seus esforços para incentivar a pesquisa tem um contraponto igual e oposto. O argumento oposto identifica o Sr. Moore como um co-produtor em termos de merecimento e argumenta que, a menos que os indivíduos sejam recompensados por permitir que seu material genético seja usado para pesquisa, muito pouco material genético estará disponível para os pesquisadores. A Suprema Corte da Califórnia evita, suprime ou contrapõe esse argumento apelando para a reverência de seu público pelo trabalhador original e criativo que transforma o ambiente, e cujos direitos de propriedade são apropriadamente limitados por sua própria função. O ideal de autoria primeiro identifica os pesquisadores como as partes relevantes e então justifica seus direitos de propriedade.

Na Parte VIII, a relevância do autor romântico para a análise econômica e utilitária torna-se ainda mais clara. Como exemplo, usei a defesa original da prática de venda de informações privilegiadas por Henry Manne. Manne admite que sua análise econômica da venda de informações privilegiadas não fornece fortes razões para legalizar a prática. Novamente, é uma figura semelhante ao autor romântico que fornece a determinação do resultado que a análise, de outra forma, carece. Baseando-se na teoria do desenvolvimento econômico de Schumpeter, Manne evoca uma visão romantizada do empreendedor/inovador como criador e destruidor de arranjos estabelecidos. Manne, com a ajuda de alguns erros de categorização, declara que os lucros provenientes da venda de informações privilegiadas funcionarão como a recompensa do empreendedor - rendas temporárias de monopólio que estão no cerne do capitalismo. O paralelo com o direito autoral e a patente é notável.

Em outros escritos sobre venda de informações privilegiadas e sobre o direito de reter informações valiosas, ecoam repetidamente elementos do autor. O artigo do Professor Levmore sobre venda de informações privilegiadas e direito contratual rotula como “desprezível” o fazendeiro que “para preservar uma reivindicação de fraude, faz perguntas específicas sobre atividades nas quais ele nunca se envolveria de outra forma” e defende sua própria doutrina como uma maneira “de negar um ganho inesperado a uma parte passiva quando agir de outra forma poderia levar a uma perda líquida para a sociedade.”²⁹¹

O moralismo julgador e a preferência pela empresa exploradora de minérios que é ativa, dinâmica e exploradora em detrimento do fazendeiro “desprezível” e “passivo” não são exigidos pela análise econômica. Realmente, seria possível elaborar uma série perfeitamente respeitável de vinhetas econômicas em que a ausência do direito de receber a divulgação de informações impediria transações e incentivaria o comportamento estratégico por parte dos fazendeiros que nunca poderiam confiar nas ideias dos compradores de suas terras. Em vez disso, a escolha de começar a análise a partir de uma preferência pela parte “ativa” e inventiva parece representar a mesma romantização da figura do autor inovador e transformador. Se alguém parte dessa perspectiva, então o fazendeiro, assim como o padeiro das madeleines de Proust ou o Sr. Moore, não tem direito moral aos lucros que o inovador obtém do novo objeto - mesmo que esse objeto tenha sido criado a partir de matéria-prima fornecida pela fonte desafortunada. Independentemente do revestimento econômico posteriormente aplicado a essa orientação pré-teórica, o resultado

²⁹¹ Levmore, verificar nota supracitada 55, em 142.

deriva do momento inicialmente oculto e provavelmente inconsciente de romantismo. Os argumentos do Juiz Easterbrook sobre a divisão do trabalho parecem ser marcados por uma semelhante preferência pré-teórica por Faust e o criador individual, em vez de Job e o domínio público.

Certamente não estou dizendo que os autores são maus, nem afirmando que nunca precisamos conceder direitos de propriedade aos criadores de informações para incentivar uma produção contínua. A proteção e exaltação da autoria são ideias cativantes e atraentes. A necessidade de recompensar os produtores para incentivar uma produção contínua é uma preocupação real, embora, é claro, a questão de quem é um “produtor” continue a ser um problema. Assim como a classificação de questões de informação em públicas e privadas pode produzir resultados felizes e atraentes, a preocupação com a motivação dos autores pode, em casos individuais, ser exatamente o que é necessário. Mas eu enfatizo o “pode”. Dos exemplos que dei acima, o padeiro de Proust pode não ter direito aos nossos sentimentos ou aos nossos objetivos utilitários, enquanto o fazendeiro e o Sr. Moore podem ter consideravelmente mais. No entanto, na medida em que decidimos questões de informação ao forçá-las em um conceito procrustiano de autoria, corremos o risco de tender a ignorar as preocupações morais e utilitárias contrárias. Esse risco surge não porque rejeitamos essas preocupações, mas porque o véu da autoria as obscurece. Considere o seguinte.

Séculos de cultivo por agricultores de países em desenvolvimento produzem variedades de trigo e arroz com qualidades valiosas, como resistência a doenças ou a capacidade de proporcionar boas colheitas em altitudes elevadas. Biólogos, agrônomos e engenheiros genéticos de uma empresa química ocidental coletam amostras dessas variedades, fazem algumas modificações para adicionar maior resistência a fungos ou uma casca mais fina. Os cientistas da empresa química se encaixam no paradigma da autoria. Os agricultores são tudo o que os autores não deveriam ser: sua contribuição vem de uma comunidade em vez de um indivíduo, tradição em vez de inovação, evolução em vez de transformação. Adivinhe quem obtém o direito de propriedade intelectual? No próximo ano, os agricultores podem precisar de uma licença para replantar o grão de suas colheitas. Chamando essa prática de “o grande roubo de sementes”, o deputado John Porter realmente apresentou uma resolução ao Congresso que pediria aos Estados Unidos que não avançassem nas negociações de propriedade intelectual sob o GATT até que fosse feito um

estudo sobre “proteger os direitos daqueles no Terceiro Mundo”.²⁹² Uma notícia sobre a resolução imediatamente segue esta observação oferecendo uma visão desta questão do outro lado, ou seja, de dentro da visão centrada no autor da propriedade intelectual: “A visão do ‘mundo industrial’ sobre o problema é que países pobres pirateiam receitas de medicamentos ou sementes de alto rendimento, violando as leis de patentes dos países industriais para evitar o pagamento de royalties em magnitudes de 3 bilhões de dólares por ano para empresas dos Estados Unidos, Japão e Europa”.²⁹³

Outros exemplos são abundantes. Xamãs da bacia amazônica frequentemente têm gerações de conhecimento sobre as propriedades de ervas e flores. Algumas dessas plantas são placebos; outras são extremamente valiosas.²⁹⁴ As empresas farmacêuticas descobriram que, se testarem as plantas da “bolsa preta” dos xamãs, obtêm um alto percentual de medicamentos valiosos.

Enquanto céticos podem argumentar que o conhecimento dos curandeiros nativos é mera superstição, os etnobotânicos veem o conhecimento xamânico como o resultado de um processo de tentativa e erro refinado ao longo de milhares de anos. Os etnobotânicos esperam tomar um atalho científico para descobrir novos usos para dezenas de milhares de plantas com as quais os povos nativos estão intimamente familiarizados.²⁹⁵

Um dos experimentos mais fascinantes relatados pelo *New York Times* envolveu o vírus da AIDS. Em testes em tubos de ensaio, “das 20 plantas coletadas com base no conselho do xamã, cinco mataram o vírus da AIDS, mas pouparam as células T. Porém, de 18 espécies de plantas coletadas aleatoriamente, apenas uma fez isso.”²⁹⁶ Naturalmente, não há garantia de que alguma dessas plantas seja adequada para consumo humano, mas estão sendo realizados testes.

²⁹² David Judson, “Lawmaker Urges U.S. to Come Clean on ‘Seed Ripoffs.’” GANNETT NEWS SERVICE, 19 de julho de 1990, disponível no LEXIS, Nexis Library, GNS File.

²⁹³ *Id.*

²⁹⁴ Daniel Goleman, “Shamans and Their Lore May Vanish with Forests.” N.Y. TIMES, 11 de junho de 1991, na página C1.

²⁹⁵ *Id.*

²⁹⁶ *Id.*

Um exemplo mais amplamente divulgado diz respeito aos alcalóides de vinca da vinca-rosa, uma planta nativa de Madagascar. A planta era usada localmente para tratar diabetes. Foi investigada pela empresa Lilly e é a base de um composto agora utilizado no tratamento quimioterápico.²⁹⁷ De acordo com o jornal britânico *The Independent*, a planta “forneceu um medicamento para curar a doença de Hodgkin e o comércio do medicamento no valor de 100 milhões de dólares por ano.”²⁹⁸ O artigo continua citando a *World Wide Fund for Nature*, afirmando que “se Madagascar tivesse recebido uma parte significativa dessa receita, teria sido uma das maiores (se não a maior) fontes de renda do país.”²⁹⁹ Nos dias das técnicas de recombinação de DNA, a informação genética pode ser um dos maiores recursos dos países em desenvolvimento. “Madagascar é o único lar de talvez 5 por cento das espécies do mundo. É o equivalente biológico a um principado árabe do petróleo. No entanto, sem uma renda de sua vasta riqueza biológica, derrubou a maior parte de suas florestas para alimentar seu povo.”³⁰⁰ Agora, aqui está um lugar para empregar nossas análises econômicas de bens públicos, caronas grátis e a tragédia dos comuns. Precisamente porque não encontram lugar em um regime legal construído em torno de uma visão de gênio individual, transformador e original, os povos originais são levados ao desmatamento ou à agricultura de corte e queima. Quem sabe quais outras plantas únicas e potencialmente valiosas desaparecem com a floresta, que gerações de experiência farmacológica desaparecem à medida que a cultura original é destruída. Em ambos os casos, uma grande parte do problema é que os povos originários não compartilham dos lucros do desenvolvimento. Embora seja sempre possível que lucros enormes possam destruir a cultura tão eficazmente quanto a penúria, a decisão de impor a visão do autor sem reconhecer, ou mesmo entender, suas implicações é também a decisão de ignorar esses problemas.

Esses fatos não passaram completamente despercebidos. Grupos ambientalistas e grupos dedicados à preservação de povos indígenas têm

²⁹⁷ O exemplo é, na verdade, mais complexo. Quando testados como um medicamento para amenizar os sintomas do diabetes, os alcalóides derivados da vinca-rosa não se saíram bem. Testes subsequentes mostraram que o medicamento tinha outros usos igualmente valiosos. Como, então, devemos valorizar a contribuição da flora de Madagascar e do conhecimento médico indígena? Como zero? Se o fizermos, como evitaremos os problemas de bens públicos ou os problemas da tragédia dos comuns que discuto abaixo?

²⁹⁸ Fred Pearce, “Science and Technology: Bargaining for the Life of the Forest”, *INDEPENDENT*, 17 de março de 1991, p. 37.

²⁹⁹ *Id.*

³⁰⁰ *Id.*

criticado a maneira como o conhecimento tribal e a generosidade biológica não encontram lugar na linguagem da propriedade intelectual. O Dr. Jason Gray, Diretor da *Cultural Survival*, expressou a posição de forma simples:

“É uma questão de direitos de propriedade intelectual. Pessoas cujo conhecimento médico leva a um produto útil devem ter uma participação nos lucros. A menos que devolvamos alguns lucros a eles, é uma espécie de furto. Precisamos encontrar maneiras de fazer com que as florestas tropicais se sustentem, para que esses povos possam continuar a existir.”³⁰¹

Essa forma “colonial” de propriedade intelectual existe há centenas de anos. Em 1800, os índios Makushi mostraram aos exploradores a planta da qual extraíam o curare para suas pontas de flechas. Os químicos ocidentais descobriram que o curare era um excelente relaxante muscular. Ainda é utilizado até hoje. Segundo o Dr. Mark Plotkin, da *Conservation International*, “Os Makushis nunca receberam qualquer compensação pela descoberta de um produto que vale milhões.”³⁰²

No futuro, planos de criar bancos de dados sobre os recursos genéticos das florestas tropicais geram preocupações de que as empresas não terão mais incentivo para preservar a floresta ou recompensar seus habitantes pelo uso de seu conhecimento tradicional. Precisamente devido à nossa crescente capacidade de registrar informações genéticas como dados, a conexão dessa informação ao seu habitat natural se tornará menos necessária. Conrad Gorinsky, um biólogo da Guiana que trabalha no Reino Unido,

chama os planos atuais de “biologia de bunker”, porque eles ignoram o conhecimento tradicional tribal que é a fonte de nossa sabedoria. Ele teme que o [tratado proposto sobre soberania genética] possa servir como um incentivo para as empresas saquearem as riquezas biológicas das florestas tropicais ao longo de alguns anos, escondendo os resultados em seus laboratórios e bancos de genes. Um gene no laboratório, argumentarão, vale dois no mato. Mas uma vez que as riquezas são retiradas, quem salvará a floresta tropical então?³⁰³

³⁰¹ Goleman, verificar nota supracitada 294, em C6.

³⁰² *Id.*

³⁰³ Pearce, verificar nota supracitada 298.

Um advogado de patentes ou um economista poderia argumentar que não podemos criticar os regimes de propriedade intelectual por não conseguirem manter a diversidade genética da biomassa (ou algo do tipo). Talvez isso seja verdade, embora me pareça altamente problemático. Mas mesmo que fechemos os olhos para os efeitos distributivos, ambientais e outros efeitos “subsidiários” de nossos regimes de propriedade intelectual, mesmo que analisemos esses regimes apenas por sua capacidade de manter e aumentar a produção de informações, descobrimos que, pelas razões desenvolvidas neste artigo, eles provavelmente não alcançarão esse objetivo muito restrito. Um regime focado no autor que torna as contribuições das fontes “invisíveis” provavelmente não recompensará essas contribuições, mesmo quando uma análise econômica poderia mostrar que isso é desejável. Fontes podem se tornar um “comum” cuja exploração é justificada ou obscurecida por uma teoria do autor, levando a resultados previsivelmente trágicos, como derrubar o milagre genético de uma floresta tropical para cultivar colheitas de subsistência, por exemplo. O resultado pode ser uma redução do fluxo de material genético para laboratórios e, conseqüentemente, uma redução na pesquisa e inovação. A mesma análise geral pode ser aplicada a decisões restritivas sobre a exceção de uso aceitável em direitos autorais,³⁰⁴ à aplicação da lei de patentes a truques de programação de computadores elaborados há muito tempo por hackers,³⁰⁵ e até mesmo à participação voluntária em programas de pesquisa genética.

³⁰⁴ A decisão da Kinko's, por exemplo. *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp.*, 758 F. Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1991). A restrição da doutrina de uso aceitável pode parecer inicialmente ir na direção oposta. Em um sentido, uma exceção de uso aceitável restrita garantirá um nível mais alto de pagamento para as “fontes”. A diferença, é claro, é que você só se beneficia da restrição do uso aceitável se o sistema legal já o classificar como autor.

³⁰⁵ Alguns cientistas da computação e desenvolvedores de software têm sido fortemente contra a aplicação de propriedade intelectual à tecnologia da informação. Um dos desenvolvedores do programa Lotus, Mitch Kapor, tem sido um crítico poderoso dos efeitos da propriedade intelectual na “fronteira eletrônica”, fundando um grupo com esse nome para contestar a sabedoria ortodoxa sobre a necessidade de direitos de propriedade para incentivar o desenvolvimento. Richard Stallman, um cientista da computação do MIT, fundou um grupo chamado “Liga pela Liberdade de Programação” especificamente para desafiar o que ele vê como os efeitos inibidores da mercantilização tanto no desenvolvimento de novas tecnologias quanto na dispersão do poder de mercado sobre a tecnologia da informação. Finalmente, um grupo clandestino chamado “Nu Prometheus” dedicou-se a furtar e revelar os “códigos-fonte” de CPUs de fornecedores únicos, como o MacIntosh, como uma forma de incentivar outros fornecedores a competir com a Apple. A ideia de furto a serviço da concorrência é um exemplo perfeito dos conflitos que descrevo neste artigo.

Não são apenas as “fontes” que tendem a sofrer com a cegueira da visão autoral. A audiência também sofre, mesmo que por vezes se beneficiem do incentivo exigido pela visão autoral. Como aponte na discussão dos papéis conflitantes da informação, os estudiosos de direitos autorais recentemente começaram a comentar criticamente sobre as tensões entre sua disciplina e os ideais da Primeira Emenda. Eles estão certos ao fazer isso. Seja a questão o acesso à informação eletrônica, a fotocópia de materiais para uso em sala de aula, a citação e parafraseamento de trechos de uma biografia de um ex-presidente, ou a questão geral da privatização do domínio público, a linguagem autoral muitas vezes presume a relação entre os incentivos dos direitos de propriedade e a disponibilidade de informação que ela deve provar. As posições opostas dos Estados Unidos e do Terceiro Mundo nas disposições de propriedade intelectual debatidas durante a Rodada do Uruguai de negociações do GATT mostram as consequências que essas presunções têm para o desenvolvimento internacional, bem como para o debate doméstico.³⁰⁶ Menos óbvios, mas igualmente importantes, são os efeitos que o regime de propriedade intelectual terá no público internacional de obras literárias, debate político ou intercâmbio científico.

Meu ponto aqui é simples. Grande parte da jurisprudência atual e da literatura acadêmica dá a impressão de que, se quisermos considerar questões de justiça distributiva, desenvolvimento internacional ou interesse dos cidadãos em um domínio público próspero, teríamos que abandonar um sistema analítico rigoroso que equilibra cuidadosamente os incentivos para a produção com as necessidades de uso atual. Do meu ponto de vista, nada poderia estar mais longe da verdade. A análise atual é massivamente indeterminada em cada estágio. Baseia-se em alegações para as quais há evidências empíricas inadequadas. Confiar em um conjunto aporético de ideias econômicas em que a maioria das questões poderiam ser convincentemente retratadas tanto como um problema de bens públicos exigindo mercantilização quanto como um problema de monopólio / custo de transação exigindo concorrência e livre circulação de ideias. Como sistema, é mantido por meio de uma definição arbitrária, apesar de as definições de “ideia”, “expressão”, “paródia”, “originalidade”, “obra factual”, “uso aceitável”, “não obviedade” e “lei natural” reproduzirem as

³⁰⁶ Veja, por exemplo, Clyde H. Farnsworth, “U.S. Warns on Global Trade Talks”, N.Y. TIMES, 30 de novembro de 1988, na DI (“O Brasil se opõe a uma proteção mais forte para propriedade intelectual e a um comércio mais livre de serviços - dois grandes objetivos americanos.”). Veja geralmente Eric Wolfhard, “International Trade in Intellectual Property: The Emerging GATT”, 49 U. TORONTO FAc. L. REv. 106 (1991).

próprias tensões que foram projetadas para resolver. Finalmente, o sistema é ao mesmo tempo fundamentado e imbuído de uma visão ahistórica e romantizada da criação autoral: ele toma como premissa universal o que deveria ser sua conclusão eventual.

É inegável que a visão autoral realiza algumas coisas de forma eficaz. Ela oculta a indeterminação de grande parte da análise utilitária. De maneira mais positiva, as preocupações que ela destaca são reais. Autores e inventores muitas vezes precisam ser incentivados, protegidos, elogiados e recompensados. A visão romântica da autoria oferece uma ideia atraente do trabalho criativo, transcendendo as normas de mercado, incorporando tanto trabalho quanto lazer, e envolvendo um mundo no qual os trabalhadores têm uma conexão real e controle sobre os frutos de seu trabalho. Esta é uma visão que poderíamos desejar expandir muito além do reino limitado da propriedade da informação. No entanto, como está atualmente construída, a propriedade intelectual em particular e as questões de informação, em geral parecem estar sob o domínio de uma ideia que é aceita como verdadeira quando deveria ser questionada como dogma.

C. O Futuro

Neste artigo, assumi que estamos caminhando para uma sociedade mais centralmente preocupada com a produção, manipulação e uso da informação. Em termos de suposições, isso parece ser razoável. Obviamente, qualquer julgamento sobre a melhor maneira de analisar questões de informação dependerá, em parte, dos medos (e esperanças) que temos sobre esse processo. O liberalismo clássico destaca os perigos representados por um Estado descontrolado, e, portanto, o liberalismo como doutrina política tem muito a dizer sobre os melhores meios para conter o poder do Estado. Quais são os receios que temos sobre a informação e a tão aclamada era da informação? Daqui é difícil dizer o que o futuro reserva, ou que tipo de ideias e tradições culturais serão úteis. Inevitavelmente, confiamos em analogias históricas para entender a situação, e, igualmente de forma igualmente inevitável, as analogias tanto enganam quanto iluminam. Em um mundo da informação, qual seria o equivalente às análises de Hegel e Weber sobre a divisão público/privado, à teoria do valor do trabalho de Marx ou à análise de externalidades de Pigou? Aqui estão três possibilidades que se baseiam nas ideias desenvolvidas neste artigo.

1. Classe da informação

Minha preocupação neste artigo tem sido com ideias e linhas de pensamento que tendem a ser suprimidas pela forma atual de pensar sobre informação e sociedade. Este é um exercício intelectual familiar. Ao escrever sobre a Revolução Industrial e a transformação do capitalismo, Marx inverteu a retórica da propriedade privada e do empreendedorismo, argumentando que a riqueza era socialmente produzida, mas apropriada de forma privada. Segundo Marx, o direito, a ideologia, a religião e a filosofia operavam para obscurecer esse “desvio” do valor excedente. Em vez de uma teoria de valor de mercado e da confusa teoria positivista/direito natural da propriedade de sua época, ele ofereceu uma teoria do valor do trabalho, transformando os trabalhadores de “outro fator de produção” em “os verdadeiros produtores de valor”.³⁰⁷

Um perigo que pode ser vagamente prefigurado neste artigo é que estamos caminhando para um novo sistema de classes altamente estratificado - um mundo amplamente dividido entre manipuladores de informações e “fontes”. Em uma sociedade onde um grupo compila, modifica, redesenha e mercantiliza informações obtidas em parte dos genes, padrões de consumo e cultura do restante da população, a retórica de justificação e direitos tende a ser baseada na fala do autor. Assim como a visão de propriedade baseada em mercado/direito natural podia ser usada para afirmar que os trabalhadores estavam recebendo exatamente a proporção da riqueza social à qual tinham direito, a visão de autoria pode ser usada - tanto retórica quanto teoricamente - para obscurecer, subvalorizar ou simplesmente ignorar as contribuições das “fontes”. Precisamente porque a fala autoral é genuinamente atraente, porque expressa ideias morais e utilitárias desejáveis, seu poder é provavelmente ainda maior. Como quebrar o domínio de uma retórica de direitos que sistematicamente obscurece e subvaloriza as contribuições de uma parte da população e magnifica as de outra parte da população? Um método é propor uma retórica alternativa de direitos. Para Marx, a teoria do valor-trabalho era a verdadeira teoria, em vez de uma maneira de pensar que ajudava a expor a parcialidade e a qualidade controversa dos arranjos estabelecidos de sua sociedade. Em contraste, o argumento deste artigo aspira apenas a mostrar o

³⁰⁷ Isso não significa que estou argumentando a favor da teoria do valor-trabalho. Uma das conquistas do marginalismo na economia e do realismo jurídico no direito de propriedade foi apontar as falhas tanto da teoria marxista do valor-trabalho quanto da visão convencional de propriedade que ela combatia.

lado suprimido da informação e da propriedade intelectual, não a destronar o autor e coroar a fonte em seu lugar.

Os exemplos aqui variaram desde o caso Moore até a venda de informações privilegiadas, da doutrina de direitos autorais ao conhecimento médico indígena na Amazônia e à tragédia dos comuns nas florestas de Madagascar. Utilizando-os, argumentei que, por razões complexas relacionadas à ideologia das esferas pública e privada em uma sociedade liberal, o regime de propriedade intelectual é construído em torno de uma concepção romantizada específica da autoria. Argumentei que esse regime muitas vezes tem o efeito de desvalorizar as fontes e que, mesmo dentro da linguagem convencional de análise de políticas, tal desvalorização parece ter, por vezes, consequências muito ruins (às vezes, tem consequências muito boas, mas mais por acaso do que por projeto). Isso, certamente, é algo que queremos saber. Além dessa preocupação pragmática, tenho uma mais intangível - *Ideologiekritik* em vez de análise de políticas. Apesar dos erros de Marx, é importante ver as lacunas e as pressuposições contenciosas envolvidas no discurso de direitos de uma sociedade específica - a linguagem na qual o direito aos recursos primários dessa sociedade é tanto descrito quanto justificado.³⁰⁸ Para ter uma compreensão crítica da retórica de direitos em uma sociedade de informação, seria necessário uma análise do discurso convencional sobre informações, assim como da versão mais complicada, sofisticada e formalizada desse discurso fornecida pela linguagem da microeconomia. Tentei fornecer ambos aqui.

2. Sobrecarga de informações

A minha segunda alternativa para o futuro é fortemente contraintuitiva, pois descarta não apenas a suposição básica do pensamento pós-Iluminista de que mais informação é sempre boa,³⁰⁹ mas também a suposição de que a taxa de progresso da ciência e da sociedade variará diretamente com a taxa de acumulação de informação. Eu apresento a ideia mesmo assim, não porque eu acredite que isso necessariamente acontecerá, mas porque a própria possibilidade desse conjunto de eventos tende a ser suprimida pela aceitação acrítica de uma visão iluminista da informação.³¹⁰

³⁰⁸ Eu acredito que Foucault teria concordado com este ponto, mesmo enquanto insistiria (novamente, corretamente na minha opinião) que a grande teoria oferece exatamente o método errado para encontrar e criticar esse “discurso”.

³⁰⁹ Veja DREZE, verifique a nota supracitada 73.

³¹⁰ Digo isso, em parte, porque a pouca literatura sobre o impacto da “sociedade da informação” no direito tem sido profundamente meliorista e otimista. Veja,

Pode ser que estejamos indo para uma sobrecarga de informação - uma queda de energia causada pela superprodução e consumo de informação. Esta é uma ideia que deveria ser familiar à profissão jurídica. Durante os anos 80, jovens advogados brilhantes trabalharam centenas de milhares de horas em ofertas públicas de aquisição contestadas e alavancadas. Eles vasculharam documentos corporativos, construíram bancos de dados eletrônicos para acompanhar suas pesquisas, procuraram por qualquer caso, tratado ou artigo de revista jurídica que pudesse dar vantagem ao seu lado, e verificaram todas as possíveis linhas de autoridade em serviços de pesquisa jurídica computadorizados. Eles até revisaram o produto final uma hora antes de apresentarem para ter certeza de que nenhuma decisão mais recente havia sido adicionada. Do outro lado, advogados adversários fizeram exatamente a mesma coisa. Mesmo que alguém acredite que todas essas aquisições realmente levaram a uma alocação mais eficiente de recursos, é difícil acreditar que o processo legal não teria sido tão eficiente e equitativo se ambos os lados tivessem comandado um nível ligeiramente inferior de esforço.

Poderíamos descrever essa corrida armamentista legal como equivalente à corrida armamentista nuclear em termos de falha de mercado, regras de descoberta ineficientes, dilemas do prisioneiro ou hiperlexia. Mas qualquer análise aprofundada teria que admitir que um dos problemas não era apenas a hiperlexia, mas Hiper-LEXIA - uma explosão na disponibilidade de informações que, sob um conjunto específico de pressupostos e regras sociais, às vezes leva a um investimento socialmente irracional de recursos. Não há

por exemplo, M. ETHAN KATSCH, *“THE ELECTRONIC MEDIA AND THE TRANSFORMATION OF LAW”* (1989). O Professor Katsch acredita que um maior acesso à informação pode minar “abstrações do direito”, “como direitos subjetivos”. *Id.* em 262-65. Parece acreditar que esse processo tornará a lei mais “humana”, uma palavra que aparece aqui - como faz em algumas teorias jurídicas críticas iniciais, veja Boyle, verificar a nota supracitada 272 - como um antônimo de “abstrato”. No entanto, suas outras posições parecem marcadas por um liberalismo convencional que me leva a perguntar se ele quer que “abstrações” como “o direito à liberdade de expressão” sejam minadas. Quando ele diz que a era da informação tornará a lei mais parecida com uma conversa, me pego perguntando quem terá permissão para falar e quem terá que ouvir. Finalmente, quando ele diz que a privacidade “mudará”, *id.* em 168-97, me vejo assolado por imagens distópicas completamente diferentes das que parecem ser pretendidas por essa frase, a julgar pelo seu tom. Todas as avaliações do Professor Katsch podem estar corretas - uma transformação devotamente desejada, sem dúvidas - mas é difícil escapar da conclusão de que ele consegue ser tão vago e ainda assim tão otimista precisamente porque está falando sobre informação - a linfa vital do Iluminismo. É desse sentimento de possibilidades não examinadas, contraditórias e geral “falsidade” que surge essa distopia.

razão a priori para que a ideia deva se limitar ao sistema adversarial. Podemos imaginar um mundo em que inventores foram sobrecarregados pela dificuldade de buscar bancos de patentes, onde especialistas acharam impossível acompanhar o progresso em suas áreas, onde pesquisadores trabalharam em crescente isolamento - um isolamento produzido pela absurda quantidade de informações disponíveis. Aumento da especialização, fragmentação das disciplinas, fixação irracional em “autoridade” e referência cruzada, e um hábito acadêmico de citação evidente,³¹¹ até mesmo uma erosão do debate público devido à sobrecarga de informações - esses sinais não são tão estranhos ao mundo em que vivemos a ponto de podermos descartá-los completamente. Nem são tão diferentes dos resultados que se esperaria em um mundo que romantiza a autoria e se concentra esmagadoramente nos incentivos ao produtor imediato. Isso pode ser motivo de reflexão.

Nos anos 1930, os economistas do bem-estar social usavam o exemplo da fábrica que despeja poluição no ar sem pagar nada por seu uso. Nesse caso, declaravam eles, a falha em internalizar todas as externalidades causa a superprodução. Se os custos sociais totais da produção fossem levados em consideração, os atuais níveis elevados de produção poderiam se mostrar economicamente inviáveis. Talvez um futuro Pigou escreva uma análise sobre a cegueira da economia da informação no final do século XX³¹² e aponte que não tínhamos consciência da “poluição da informação” que estávamos criando, que nossa economia não nos obrigou a internalizar as consequências de nossa superprodução, deixando-nos livres para continuar a “poluir”.³¹³ Assim como a

³¹¹ Tenho que dizer que gosto da ironia de dizer isso no final de um enorme artigo cujas inúmeras notas de rodapé são o resultado de todo serviço de pesquisa eletrônica que o mundo tem a oferecer.

³¹² Compare com D.M. Lamberton, “The Emergence of Information Economics”, em “COMMUNICATION AND INFORMATION ECONOMICS: NEW PERSPECTIVES”, 7, 7-22 (Meheroo Jussawalla & Helene Ebenfield, eds., 1984).

O surgimento da economia da informação pode ser visto como uma resposta às deficiências da teoria econômica baseada no conhecimento perfeito, aos fracassos das políticas ou ao advento espetacular das eletrônicas inteligentes, com capacidade ampliada para comunicação, computação e controle. Independentemente da interpretação preferida, permanece um julgamento pessoal se a batalha pelo reconhecimento e respeitabilidade apenas começou, está bem avançada, foi ganha ou talvez perdida. (*Id.* em 7)

³¹³ Devido à visão “infinita” da informação que discuti anteriormente, não vemos a informação como um bem, cuja maximização às vezes é prejudicial. Mas uma breve reflexão deveria revelar ocasiões em que o crescimento desenfreado da informação pode ser realmente prejudicial. Algumas decisões tornam-se mais difíceis com mais informações. Veja DREZE, verificar nota supracitada 73. Quando pensamos na informação não como um bem, mas como

economia do bem-estar social dos anos 30, a economia da informação pode muito bem atribuir parte da culpa a uma insistência ideológica na imagem do ator econômico isolado. Para nós, esse ator é o autor. Nosso romance é quase tão grande quanto o romance com o qual os economistas clássicos dotaram os átomos econômicos autossuficientes da era Lochner.

3. Política da informação

E quanto aos domínios nos quais a figura do autor aparentemente não desempenha um papel tão grande? E quanto ao debate público, privacidade ou requisitos de divulgação de vantagens de informação em transações de mercado?³¹⁴ Aqui sou mais otimista. Minhas próprias opiniões são vagamente igualitárias, e eu favoreço uma visão expandida e descentralizada da democracia.³¹⁵ Mas o igualitarismo e a democracia são normas que o liberalismo restringe a uma esfera comparativamente estreita, como evidenciado por tudo, desde o requisito de ação estatal até a noção de igualdade formal na esfera pública. Uma maneira de expressar minhas conclusões é que, nas questões de informação, a teoria política liberal é menos restritiva. Consequentemente, do meu ponto de vista, muitas das críticas direcionadas ao liberalismo são menos poderosas. Precisamente porque a informação é concebida como sendo diferente de outras formas de riqueza e poder, precisamente porque parece ser um recurso “infinito”, ela não é exilada para o mundo da sociedade civil. Disparidades de informação não são simplesmente aceitas como “dadas”, como um postulado que deve ser aceito antes de começarmos. Assim, parece-me que os juízes estão

a vida da esfera pública de debate, ou a informação perfeita de um modelo de mercado, ignoramos as restrições produzidas pelo excesso de produção. Por exemplo, dado um sistema de recuperação de capacidade limitada, eu preferiria ter um banco de dados menor que me fornecesse respostas 50% do tempo do que adicionar as informações necessárias para dar respostas 100% do tempo, mas que sobrecarregam tanto minhas habilidades de recuperar e processar dados que eu só consiga encontrar a resposta 40% do tempo. Na teoria neoclássica de preços, esses tipos de compensações são exatamente as que as decisões de mercado fazem tão bem. No entanto, o ponto deste artigo foi mostrar que a dupla qualidade da informação - tanto parte do modelo quanto um bem a ser negociado sob o modelo - pode impedir o funcionamento dos mecanismos de retroalimentação econômica no nível do comportamento de mercado e pode tornar as questões de análise microeconômica indecidíveis no nível acadêmico. Como o caso da fábrica poluente mostra, o paralelo com a economia do bem-estar opera em ambos os níveis, o prático e o teórico.

³¹⁴ Claro, como eu tentei mostrar anteriormente, o ideal do autor muitas vezes aparece nessa questão específica, especialmente quando analisada pelo Professor Manne.

³¹⁵ Apesar de admitir que essas são abstrações que não resolvem casos concretos, que frequentemente se contradizem, e assim por diante.

mais dispostos a anular acordos com base em disparidades de informação do que em outras formas de disparidades de poder (não físico), que as legislaturas estão dispostas a criminalizar a venda de informações privilegiadas, mas não outras formas de vantagem de mercado, que pessoas que não veem nada de errado no Estado se recusar a financiar clínicas de aborto considerem *Rust v. Sullivan* preocupante. Ao analisarmos os requisitos de divulgação ou a extensão do dever de alerta, estamos mais dispostos a olhar para os resultados e consequências, em vez de acesso uniformemente igual - levar em consideração o nível educacional real, classe social e língua materna daqueles que são alvos dos alertas, em vez de assumir conclusivamente uma igualdade formal.

Seja qual for os limites práticos dessas “exceções” - e no momento eu aceitaria que eles são enormes - parece que aplicamos normas igualitárias de maneira mais ampla quando lidamos com informações em vez de outras formas de riqueza ou poder. Se de fato estamos caminhando para uma “sociedade baseada em informações” - seja lá o que isso signifique - então estamos fazendo isso com um reservatório de entendimentos culturais e ideais políticos igualitários. Este fato, por si só, não garante absolutamente nada. Mas não é irrelevante, e, na minha perspectiva, é algo muito positivo.

E quanto à privacidade? Soluções políticas igualitárias e redistributivas podem ser apoiadas por argumentos relacionados às necessidades do indivíduo (“para florescer, todo ser humano precisa de ...”) ou supostamente deduzidos de princípios distribucionais abstratos. O interessante sobre a privacidade é que ela segue a primeira estratégia e, assim, oferece uma visão da personalidade humana que tem implicações normativas sobre o controle de recursos. Para ser plenamente uma pessoa, deve-se ter controle sobre (preencher o espaço em branco). O recurso nomeado é a informação. Novamente, uma sociedade que muitas vezes tem dificuldade em imaginar que as pessoas precisam de controle sobre alimentos, abrigo, cuidados médicos, etc., pode encontrar espaço para a ideia de que a esfera mais íntima da personalidade deve ser definida, em parte, pelo direito de controlar informações - o direito à privacidade.

Quando Warren e Brandeis escreveram seu artigo, isso pode não ter parecido um grande desafio para a distribuição de poder na sociedade. Em uma sociedade baseada na transmissão, acumulação e manipulação de informações, isso pode parecer mais desafiador. Claro, poderia acontecer que o ideal de privacidade fosse precisamente a base necessária para um discurso de direitos em uma sociedade da informação. Poderia ser manipulado para permitir que uma sociedade eletrônica justificasse a apropriação de detalhes íntimos, assim

como a teoria do trabalho da propriedade foi usada por Locke para “iniciar” a sociedade de mercado. Novamente, é preciso resistir à tentativa de raciocinar da retórica para a realidade. No entanto, parece-me que o gradiente do argumento se move no sentido oposto. Usar o conceito de privacidade significa argumentar morro abaixo ao desafiar as tendências imperiais de uma sociedade baseada em dados e argumentar morro acima ao apoiá-las.

A pergunta que permanece sem resposta é se o dano social com o qual devemos nos preocupar mais é a subprodução, a superprodução, a tragédia dos comuns, a comercialização de uma esfera pública eletrônica, o efeito corrosivo da tecnologia da informação na privacidade ou simplesmente a inequidade distributiva direta. Este artigo não pode responder a essa pergunta. Na verdade, tentei mostrar que existem razões conceituais pelas quais a pergunta é impossível de responder de forma abstrata. Mas meu argumento demonstra que a maneira como atualmente pensamos sobre a informação pode, na verdade, nos cegar para aspectos importantes de cada um desses problemas, tornando-nos um pouco mais impotentes diante deles. Por outro lado, algumas de nossas ideias atuais sobre informação oferecem reservatórios de estratégia, táticas e crença social que, quando vistas de forma abstrata, parecem extremamente igualitárias. Para alguém como eu, que acredita que muitos de nossos males sociais vêm da restrição das normas igualitárias, esse fato tem um tom otimista.

Devemos ter cuidado ao tirar conclusões muito fortes desta análise. Tentei oferecer uma teoria da informação, mas a teoria se parece mais com um mapa ou uma caixa de ferramentas do que com uma planta de construção ou um algoritmo. Não se pode deduzir as consequências sociais da existência de uma teoria autoral da propriedade intelectual ou de uma visão sobre informação centrada na privacidade. Este artigo pode apontar tendências e gradientes de argumento. Pode descrever o processo de categorizar a informação como pública ou privada, finita ou infinita. Pode explorar algumas das razões pelas quais a visão romântica da autoria se estende muito além do direito autoral. Pode mostrar as aporias no cerne da economia da informação. Pode prognosticar sobre a forma como a retórica e a ideologia do passado interagirão com os arranjos sociais do futuro. Pode sugerir que a era da informação pode ser construída em parte em torno das valências conflitantes de uma noção romântica e individualista de produção de informação, uma noção igualitária de informação pública e uma teoria de privacidade baseada em uma noção de liberdade positiva. No final, no entanto, ele deve terminar em uma nota de incerteza. E isso, parece-me, é totalmente apropriado tanto ao seu tema quanto à sua temática.

**Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório**

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>