.....

Tradução

**Alternativas à teoria da ação estatal na era da privatização,
arbitragem compulsória e a internet: direcionando o direito
para servir às necessidades humanas[†]**

Martha Minow

Carter Professor of General Jurisprudence - Harvard University. Diretora da Harvard Law School no período de 2009-2017. E-mail: minow@law.harvard.edu

.....

Sumário

Introdução; I. Porque a doutrina é uma bagunça; II. Nova urgência; II.A Aumento da privatização de serviços públicos tradicionais; II.B Maior uso comercial de cláusulas de arbitragem; II.C Maior uso da internet e das comunicações por meio digital; III. Tendências atuais complicam entendimentos do que é público e do que é privado; IV. Formulações alternativas; V. O que está realmente em destaque: aumentando a responsabilidade; Conclusão; Referências.

[†] [N.T.] O texto foi originalmente publicado em **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 52, pp. 145-167, 2017. Traduzido para o português, com a autorização da autora, por Carina de Castro Quirino e Renan Medeiros de Oliveira e revisado por Marcella Flores da Cunha, do artigo “Alternatives to the State Action Doctrine in the Era of Privatization, Mandatory Arbitration, and the Internet: Directing Law to Serve Human Needs”, originalmente produzido em língua inglesa. Carina de Castro Quirino é doutoranda em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora Assistente Substituta de Direito Constitucional/Administrativo da Faculdade Nacional de Direito – FND/UFRJ e Pesquisadora do Laboratório de Regulação Econômica da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ Reg. E-mail: carinacastrodir@gmail.com. Renan Medeiros de Oliveira é Mestrando em Direito Público e Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Pesquisador no Centro de Justiça e Sociedade da Fundação Getulio Vargas (CJUS/FGV) e na Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ - Clínica UERJ Direitos. Pesquisador Permanente do Laboratório de Regulação Econômica da UERJ - UERJ Reg. E-mail: renanmedeirosdeoliveira@gmail.com. Marcella Flores é graduada em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: marcellafloresdacunha@gmail.com.

Introdução

No direito constitucional norte-americano, a teoria da ação estatal – anexando as proteções dos direitos individuais à ação do governo – é notoriamente confusa, se não incoerente. Embora a doutrina já seja conhecida por sua “falta de clareza”¹, comentaristas competem em floreios retóricos, descrevendo a doutrina como “uma coleção de regras arbitrárias”², “uma área de desastre conceitual”³ e, pessoalmente sendo a minha expressão favorita, “uma busca por uma saída de uma caverna ecoante e úmida”⁴. No entanto, satisfazer o requisito de “ação estatal” é uma pré-condição para a aplicação judicial de direitos individuais. Este fato é, infelizmente, uma das principais razões para a incoerência da doutrina. É a questão do limite – a porta – para a sala dos direitos; todas as pressões e desejos de aplicar e resistir aos direitos destroem-no a partir de suas dobradiças. Assim, embora a investigação básica sobre se a ação contestada ocorreu sob os auspícios do governo pareça intuitiva, a jurisprudência ao longo do tempo criou uma colcha de retalhos de testes e precedentes que definem quem conta como ator do governo, quando atores não governamentais podem ser tratados como agentes revestidos de autoridade governamental, e quando uma determinada ação envolve indicações suficientes de autoridade governamental para dar origem às limitações constitucionais que asseguram a responsabilização pelos valores públicos⁵.

Atenção para o vai e vem da doutrina⁶. Ela agora merece atenção renovada por pelo menos três razões: (i) o forte aumento na privatização devido à terceirização governamental para atores privados; (ii) esforços das empresas para se isolarem da ação judicial e da aplicação das leis de direitos civis; e (iii) a crescente dependência de todos os aspectos da sociedade em infraestruturas de construção privada, relacionadas à Internet e à revolução digital. Esses desafios refletem as tensões entre os valores públicos e o valor de uma esfera privada; demonstram divergências sobre a linha divisória entre as esferas pública e privada; e implicam valores constitucionais, como o devido processo legal, a proteção igualitária e a liberdade de expressão, mesmo que o tratamento

¹ CHIANG, Emily. No State Actor Left Behind: Rethinking Section 1983 Liability in the Context of Disciplinary Alternative Schools and Beyond. **Buffalo Law Review**, v. 60, p. 615, 643, 2012.

² HUHN, Wilson R. The State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice. **Hofstra Law Review**, v. 34, p. 1379, 1380, 2006.

³ BLACK JR, Charles. L. Foreword: “State Action,” Equal Protection, and California’s Proposition 14, 81. **Harvard Law Review**, v. 69, p. 95, 1967.

⁴ BLACK JR, Charles. L. Foreword: “State Action,” Equal Protection, and California’s Proposition 14, 81. **Harvard Law Review**, v. 69, p. 95, 1967.

⁵ Ver Seção I abaixo.

⁶ Para uma boa pesquisa recente sobre discussões passadas e presentes, veja, de modo geral Developments in the Law: State Action and the Public/Private Distinction. **Harvard Law Review**, v. 123, p. 1248, 2010.

judicial federal não esteja sendo útil. Os valores constitucionais informam os esforços dos poderes políticos, das ações dos governos estaduais ou municipais e das iniciativas privadas. Quando a doutrina jurídica torna os valores remotos e imprevisíveis, há um problema que merece não apenas tratamento judicial, mas uma preocupação pública mais ampla. Reformulações poderiam tornar a doutrina de ação estatal mais racional para a ação judicial federal e outras respostas legais e coletivas. O objetivo deste artigo é menos defender qualquer reformulação específica do que enfatizar como o próprio caos atual altera a forma dos direitos fundamentais na experiência vivida. Valores constitucionais neste sentido não são apenas materiais para decisões federais, mas também o material que molda os debates e aspirações dos americanos sobre como queremos ser tratados e como queremos que o poder seja responsabilizado. Outros recursos legais além dos tribunais federais também poderiam remediar o problema. A lei não deve impedir que o público articule e concretize a responsabilidade coletiva por valores constitucionais quando as tendências reformulam questões de interesse público como “privadas”.

O que se segue são discussões sobre a confusão que é a doutrina de ação estatal (Seção I), o surgimento de novas questões que elevam a importância da linha entre atividades governamentais e não governamentais em grandes faixas da vida diária (Seção II) e as conexões e desconexões entre a distinção governamental-não-governamental e o que a sociedade trata como público *versus* privado (Seção III). Após essas discussões fundamentais, este artigo mapeia possíveis formulações alternativas da doutrina de ação estatal (Seção IV) e vias adicionais de mudança que avançariam a meta de prestação de contas à comunidade subjacente à doutrina da ação estatal (Seção V).

I. Porque a doutrina é uma bagunça

Já relatei as frequentes avaliações de que a atual doutrina da ação estatal é notoriamente incoerente. Somente aqueles que agem de acordo com estatutos e regulamentos, funcionários do governo e um conjunto restrito de outros atores podem entrar na porta de ação do estado e disparar proteções de devido processo sob as 5ª e 14ª Emendas. Por trás dessa porta existem garantias de audiências justas, proteção igualitária, vida, liberdade e propriedade⁷. E através da doutrina de incorporação, proteções de liberdade de expressão e livre exercício da religião estão incluídas. No entanto, essas proteções só surgem quando um ator estatal põe o direito em perigo.

⁷ As normas constitucionais federais podem entrar por outros meios que não a ação judicial federal. Por exemplo, a *Restatement (Third) of Prop.: Servitudes § 3.1 (Am. Law Inst. 2001)* estabelece que, “[as] condições inválidas por violar a política pública incluem, mas não estão limitadas a: ... [aqueles] que sobrecarregam injustamente [] um direito constitucional fundamental.” Os Estados promulgam tal regra através de suas decisões judiciais.

Essa limitação doutrinária é verdadeira mesmo se o comportamento de uma companhia telefônica, agência de cartão de crédito, provedor de serviços de Internet, escola particular, polícia particular ou prisão privada for terrivelmente restritivo e poderoso⁸.

A análise histórica não resolve a confusão, mas pode oferecer pelo menos alguma explicação para isso⁹. Ao descobrir que o Congresso carecia de poderes para promulgar a Lei dos Direitos Civis de 1875, a Suprema Corte deu andamento ao problema¹⁰. A Corte permitiu que a legislação local e estadual regulasse a conduta discriminatória em acomodações públicas, entretenimento e transporte quando administrada por atores não-governamentais. A preocupação da Corte pelo federalismo dominou; presumia-se que a lei estadual asseguraria que hospedeiros e transportadores públicos fornecessem acomodação e serviço a “todas as pessoas irrepreensíveis que de boa-fé os requeiram”¹¹. O governo federal só poderia intervir se as próprias leis estaduais impusessem discriminação injusta¹². No entanto, a Corte também sugeriu que as respostas constitucionais à escravidão não chegam à regulamentação federal das escolhas feitas por indivíduos sobre quem transportar ou quem dirigir¹³.

Os estados não conseguiram proteger-se contra a discriminação racial em acomodações públicas, emprego e outras atividades e consentiram com a violência dos vigilantes contra os afro-americanos¹⁴. Impulsionado pelo Movimento dos Direitos Civis nas décadas de 1950 e 1960, o

⁸ Ver, *e.g.*, *Blum v. Yaretsky*, 457 U.S. 991, 1005–12 (1982) (a transferência de um paciente que recebe benefícios de saúde pública de uma instituição privada não envolve ação estatal); *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 350–54 (1974) (determinando que o sancionamento pelo Estado de serviços privados não é suficiente para ser considerada ação estatal quando a concessionária terminou o fornecimento de eletricidade sem aviso prévio); *Rendell-Baker v. Kohn*, 457 U.S. 830, 839–43 (1982) (a escola privada que recebe a maior parte de seu financiamento de fontes públicas e desempenha uma função pública não é um ator estatal sujeito a limitações constitucionais). A doutrina da delegação privada também não conseguiu cobrir lacunas de responsabilização quando o governo terceiriza tarefas para atores privados. Ver METZGER, Gillian E. *Private Delegations, Due Process, and the Duty to Supervise. Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*. Edited by Jody Freeman and Martha Minow. Cambridge, MA: Harvard University Press, p. 292, 2009. Para uma discussão adicional sobre as prisões privadas e a ação estatal, veja YARDEN, David. *Prisons, Profits, and the Private Sector Solution. American Journal of Criminal Law*, v. 21, p. 325, 331–32, 1994. Para uma discussão adicional sobre a internet e seus provedores de serviços e a inaplicabilidade da doutrina de ação estatal, veja BERMAN, Paul Schiff. *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to “Private” Regulation. University of Colorado Law Review*, v. 71, p. 1263, 1283–84, 2000.

⁹ PHILLIPS, Michael J. *The Inevitable Incoherence of Modern State Action Doctrine. Saint Louis University Law Journal*, v. 28, p. 683, 718–21, 1984.; *Developments in the Law*, op. cit., págs. 1250–52, 1255–66.

¹⁰ Ver *The Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 25–26 (1883) (não encontrando nem a 13ª nem a 14ª Emendas permite ao Congresso proteger os negros contra as ações de indivíduos privados).

¹¹ *Id.* at 25.

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

¹⁴ Ver WHITE, Walter. *Rope and faggot: A biography of Judge Lynch*. New York: Knopf, p. 19–39, 1929. (documentando o uso do linchamento para aterrorizar os negros do Sul após a Guerra Civil); POWLEDGE, Fred. *Free at last? The civil rights movement and the people who made it*. Little, Brown, p. 115–34, 1991. (descrevendo a repressão do Sul aos negros e obstáculos ao exercício do direito de voto). Além disso, os estados do sul promulgaram “códigos negros”, destinados a restabelecer as limitações dos direitos e

Congresso respondeu com o Ato dos Direitos Civis de 1964 e se esquivou das limitações dos Casos de Direitos Civis de 1883 ao apoiar a nova preocupação federal na Cláusula de Comércio em vez da 14ª Emenda¹⁵. Os tribunais expandiram a doutrina durante a era dos Direitos Civis em face dos esforços inventivos e tensos dos governos para privatizar o ensino escolar e ignorar os padrões de habitação pública¹⁶. Assim, a ação estatal poderia ser encontrada quando o ator privado desempenhava uma função pública ou onde a privatização retrocedia as proteções anteriormente disponíveis. A Corte chegou a introduzir a noção de que o enredamento entre atores públicos e privados poderia equivaler a uma conduta discriminatória quando um cliente teria seu acesso a determinado serviço negado com base em sua raça por um restaurante privado localizado em um prédio público ou financiado pelo Estado¹⁷.

Esta visão abrangente impediu a discriminação racial por um clube privado operando sob uma licença de licor pública^{18†} e o término do fornecimento de eletricidade por uma concessionária sancionada pelo Estado como um provedor monopolizado¹⁹. Mudanças na política do país – incluindo reações contra o Movimento dos Direitos Civis e às nomeações à Suprema Corte depois de 1970 – explicam melhor as alterações na doutrina da ação estatal do que análises doutrinárias internas²⁰. Compare o nível máximo da expansiva ação estatal com os dias atuais. Em *Shelley v. Kraemer*, a Corte reconheceu a ação estatal para a rejeição judicial de pactos raciais restritivos que regiam a propriedade privada, porque o dono da propriedade, em última análise, baseou-se na execução judicial para garantir os propósitos dos acordos²¹. No entanto, quarenta anos depois, a Corte não reconheceu a ação estatal quando um pai espancou gravemente e incapacitou seu filho

liberdades dos escravos libertos. Ver BLACKMON, DOUGLAS A. *Slavery by another name: The re-enslavement of black Americans from the Civil War to World War II*. Doubleday, p. 53-57, 2008.

¹⁵ Ver *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States*, 379 U.S. 241, 252–62 (1964).

¹⁶ Ver *Griffin v. Cty. Sch. Bd. of Prince Edward Cty.*, 377 U.S. 218, 233–34 (1964) (reconhecimento da ação estatal e negação de proteção igualitária quando o Conselho Escolar do Condado fechou as escolas públicas, substituindo-as por e contribuindo para escolas particulares segregadas para brancos e contribuindo para escolas brancas particulares segregadas); *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369, 380–81 (1967) (declarou inconstitucional um artigo da Constituição da Califórnia que impedia qualquer pessoa de usar seu poder discricionário de recusar-se a vender, arrendar ou alugar seu imóvel a outro, porque isso envolveria o estado na discriminação racial privada a um grau inconstitucional).

¹⁷ Ver *Burton v. Wilmington Parking Auth.* 365 U.S. 715, 726 (1961) (constatando que os locatários de edifícios com financiamento público devem cumprir a Cláusula de Proteção Igualitária da 14ª Emenda).

¹⁸ *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*, 407 U.S. 163, 178–79 (1972) (rejeitou o reconhecimento de ação estatal quando um clube privado, operando sob uma licença estadual de licor, recusou-se a admitir ou servir afro-americanos).

† [N.T.] *Liquor license* é uma permissão para vender bebidas alcóolicas.

¹⁹ *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 258–59 (1974) (determinando que o sancionamento pelo Estado de serviços privados não é suficiente para ser considerado ação estatal quando a concessionária terminou o fornecimento de eletricidade sem aviso prévio).

²⁰ Ver Phillips, Michael J. *op. cit.*, págs. 697–717.

²¹ 334 U.S. 1, 22–23 (1948).

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018, p. 365-394.

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35530>

depois que os serviços sociais não conseguiram tirar a criança da custódia de seu pai, mesmo após serem notificados a respeito de possíveis abusos²².

Assim, embora os Casos de Direitos Civis do século XIX tenham desfeito o esforço federal para implementar as normas antidiscriminatórias da 14ª Emenda em negócios, contratos, acomodações públicas e sociedade civil, as decisões de direitos civis do século XX ampliaram a aplicação federal das normas de direitos civis. Nas últimas décadas, a Suprema Corte recusou-se a expandir ou mesmo reiterar decisões anteriores, mantendo antigos precedentes em vigor²³. O resultado é um conjunto de decisões vinculadas por seus fatos, não por suas análises. Por exemplo, a Suprema Corte não reconheceu a ação estatal na conduta de uma escola privada financiada quase exclusivamente por recursos governamentais²⁴, mas reconheceu ação estatal em uma associação privada de competições atléticas interescolares, incluindo escolas públicas e privadas²⁵. A Corte rejeitou uma reivindicação de ação estatal quando uma norma estadual autorizou um armazém privado a vender os bens de uma pessoa como remédio para o pagamento de uma dívida²⁶, mas reconheceu ação estatal quatro anos depois, quando outro credor conseguiu anexar uma propriedade do devedor usando um mandado de penhora emitido por um funcionário do tribunal estadual e executado pelo xerife do condado²⁷.

A Corte entende haver ação estatal em momentos em que atores públicos e privados visivelmente se unem – como numa associação interescolar de atletismo e na apreensão de bens por um credor privado –, mas não quando o ator privado é autorizado pelo direito público a agir coercitivamente –, ou seja, para apreender bens de um devedor ou bater violentamente em uma criança. Talvez as preocupações judiciais a respeito de um Estado sem limites surjam quando a constatação da existência de ação estatal leve a uma maior supervisão do Estado, responsabilidade

²² DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services, 489 U.S. 189, 202–03 (1989).

²³ Ver, e.g., Evans v. Abney, 396 U.S. 435, 445–46 (1970) (recusou-se a estender o ramo de função pública da doutrina de ação estatal para aplicar a um testamento que transformava um parque público em propriedade privada após a Lei dos Direitos Civis de 1964); Moose Lodge, ver referência 18. Esforços para convencer a Suprema Corte a mudar a doutrina de ação estatal e expandir as proteções públicas não tiveram sucesso. Ver, e.g., SCHMIDT, Christopher W. The sit-ins and the State Action Doctrine. *William & Mary Bill of Rights Journal*, v. 18, p. 767, 828, 2010.

²⁴ Rendell-Baker v. Kohn, 457 U.S. 830, 837 (1982).

²⁵ Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Ass'n, 531 U.S. 288, 291 (2001).

²⁶ Ver Flagg Bros., Inc., v. Brooks, 436 U.S. 149, 157 (1978).

²⁷ Ver Lugar v. Edmonson Oil. Co., 457 U.S. 922, 942 (1982) (reconhecendo que atores privados agiram “sob a cor da lei estadual” (*under color of state law*) na obtenção de um mandado de confisco *ex parte*). Como outro exemplo desse conjunto específico de fatos, a Corte constatou que uma escola privada financiada em grande parte pelo governo não se envolve em ações estatais quando contrata e demite, veja Rendell-Baker v. Kohn, 457 U.S. 830, 840 (1982), no entanto, anteriormente determinou que há ação estatal quando um estado transfere um bem público, como um parque, para uma corporação privada com o propósito de fugir das liberdades civis, veja Evans v. Newton, 382 U.S. 296, 302 (1966). Ao utilizar a frase conclusiva, “justamente atribuível ao estado” para identificar a ação estatal, a Suprema Corte fez com que o conceito parecesse ativar o “eu o reconheço quando eu o vejo”. Ver Lugar, 457 U.S. at 937.

ou envolvimento com atores privados. De fato, as limitações à ação estatal incorporam preocupações judiciais sobre a liberdade dos atores privados e refletem concepções específicas sobre os papéis dos governos estaduais e federais, dos tribunais e legislaturas, e dos mercados econômicos²⁸. No entanto, o padrão dos precedentes não estabelece proteções coerentes da liberdade, nem restrições consistentes ao poder governamental.

A confusão se multiplica em questões jurídicas relacionadas, mas não idênticas, à doutrina da ação estatal constitucional. Duas perguntas conectadas questionam quem está agindo “sob a cor da lei estadual” (*under color of state law*) e quem tem as imunidades totais ou parciais concedidas aos atores estatais processados por violações legais ao 42 U.S.C. § 1983²⁹. Questões similares surgem sob doutrina análoga, criada por juízes, que permite processos contra atores federais por violações legais³⁰. Considere como um médico particular contratado para tratar indivíduos em uma prisão estadual agiu sob a cor da lei estadual³¹, mas quando a polícia estadual conduziu uma incursão e prisão ilegal, o departamento de polícia não foi responsabilizado pela conduta dos policiais quando eles foram processados em sua “capacidade pessoal”³². Esse contraste indica como a doutrina confusa permite que o trabalho governamental terceirizado ignore as restrições constitucionais e outras obrigações públicas, como o dever de divulgação sob a Lei de Liberdade de Informação³³. Tal inconsistência gera restrições pouco claras contra a privatização de “funções

²⁸ BEVIER, Lillian; HARRISON, John. The State Action Principle and Its Critics. *Virginia Law Review*, vol. 96, p. 1767, 1811, 1827, 2835, 2010.

²⁹ Este estatuto oferece um remédio para a privação de direitos constitucionais quando essa privação ocorre “sob a cor de qualquer estatuto, decreto, regulamento, costume ou uso” de um estado. Ver, de modo geral, Lugar, referência 27, para a análise do Tribunal sobre esta questão.

³⁰ Ver *Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403 U.S. 388, 397 (1971) (reconheceu-se as indenizações por danos decorrentes da violação da Quarta Emenda por um oficial federal).

³¹ Ver *West v. Atkins*, 487 U.S. 42, 57 (1988) (determinou-se que o médico particular que supostamente maltratou um prisioneiro em uma prisão estadual agiu “sob a cor da lei estadual” (*under color of state law*)).

³² Ver *Kentucky v. Graham*, 473 U.S. 159, 171 (1985); ver também MALOY, Richard HW. “Under Color of” – What Does It Mean. *Mercer Law Review*, vol. 56, p. 565, 606-07, 2005.

³³ MINOW, Martha. Outsourcing Power: Privatizing Military Efforts and the Risks to Accountability, Professionalism, and Democracy. **Government by Contract: Outsourcing and American Democracy**. Edited by Jody Freeman and Martha Minow. Cambridge, MA: Harvard University Press, p. 110, 121, 2009; KELMAN, Steven J. Achieving Contracting Goals and Recognizing Public Law Concerns: A Contracting Management Perspective. **Government by Contract: Outsourcing and American Democracy**, p. 153-191, 2009. A Suprema Corte decidiu recentemente que um contratado privado usado pela Marinha não se beneficia da imunidade que seria atribuída à Marinha em um caso envolvendo recrutamento digital e regido pela *Telephone Consumer Protection Act*. *Campbell-Ewald Co. v. Gomez*, ___ U.S. ___ (2016), https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-857_8njq.pdf, disponível em <https://perma.cc/M2XNHJ78>. No mesmo período, a Corte revogou um parecer do *Sixth Circuit* que havia negado imunidade governamental a um contratante do governo para a cobrança de dívidas, embora a Suprema Corte tenha ignorado a questão da imunidade concluindo que não haveria responsabilidade em nenhum caso. *Sheriff v. Gillie*, ___ U.S. ___ (2016), https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-338_lkgn.pdf, disponível em <https://perma.cc/GMV8-TXFU>. Para uma análise desses desenvolvimentos, ver VOLOKH, Alexander “Sasha”. *How Does Privatization Affect Government Liability?*, Julho 19, 2016, <http://reason.org/news/show/privatization-government-liability>, disponível em <https://perma.cc/7ENY-BYHV>.

inerentemente governamentais”³⁴. Outras complicações surgem quando atores privados – shopping centers, serviços de Internet e outros esforços não-governamentais – estão substituindo praças e localidades públicas como os espaços modernos onde as pessoas interagem, se expressam e se conectam com os outros.

Preocupações ressurgentes sobre o federalismo ecoam nos casos de direitos civis de 1883. Em contextos contemporâneos que trazem uma maior mistura de ação estadual e federal e atividades públicas e privadas, os juízes federais podem achar melhor deixar a regulamentação a cargo dos estados ou do Congresso. Por exemplo, depois de inicialmente proteger a liberdade de expressão em shoppings privados, a Suprema Corte reverteu seu curso tratando-o como uma questão de lei federal. No entanto, alguns estados continuaram a proteger a liberdade de expressão em shopping centers sob suas constituições estaduais³⁵. A análise federal se estenderá a shoppings virtuais e outros espaços na Internet?³⁶ Poderiam os estatutos fornecer mais consistência e alcançar atividades privadas que substituem os ambientes públicos? O Congresso pode estender e estende algumas normas constitucionais – como a antidiscriminação e a proteção da liberdade de expressão – a atores privados como condições para os gastos federais ou como regulamentação do comércio interestadual³⁷. No entanto, essas concessões não atendem adequadamente à crescente necessidade de definir com clareza a doutrina da ação estatal de maneira que esteja de acordo com as dificuldades modernas.

II. NOVA URGÊNCIA

Preocupado com o poder dos monopólios e das grandes empresas e preocupado com o consumismo passivo, o juiz Louis D. Brandeis escreveu que “a lei tem, por toda parte, uma

³⁴ VERKUIL, Paul R. Outsourcing and the Duty to Govern. **Government by Contract: Outsourcing and American Democracy**, p. 310, 325–327, 2008, http://tradeinservices.mofcom.gov.cn/upload/2009/06/30/1246341575078_322905.pdf, disponível em <https://perma.cc/W5MX-MHMA>; ver, de modo geral, MANUEL, Kate M. Definitions of “Inherently Governmental Function” in Federal Procurement Law and Guidance. **Congressional Research Service**, p. 21, 2014, <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42325.pdf>, disponível em <https://perma.cc/5J3F-AHEA>.

³⁵ Em *Amalgamated Food Employees Union Local v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308, 325 (1968), a Suprema Corte determinou que a 1ª Emenda proibia a delegação de poder aos shoppings privados para restringir a liberdade de expressão através do uso da lei de transgressão (*trespass law*). *Hudgens v. Nation Labor Relations Board*, 424 U.S. 507, 521 (1976), inverteu esta decisão, mas mantendo a proteção à liberdade de expressão em uma empresa da cidade. Tribunais estaduais na Califórnia, Colorado, Massachusetts e Nova Jersey protegeram a liberdade de expressão em shoppings sob suas constituições estaduais. Ver BARGER, James. Extending Speech Rights Into Virtual Worlds. **Scitech Lawyer**, v. 7, p. 18-22, 2010; *Developments in the Law*, op. cit., págs. 1303–14.

³⁶ Ver James Barger, referência 35.

³⁷ Ver, e.g., 42 U.S.C.A. §§ 2000d–2000d-7 (2016); 42 U.S.C.A. §§ 2000e–2000e-17 (2016).

tendência a ficar para trás dos fatos da vida³⁸. Isso permanece verdadeiro até agora. Brandeis planejou, de acordo com o historiador Steven Piott, "desmembrar a suposição de que os princípios da lei deveriam ser imutáveis" e "quebrar a influência tradicional sobre o pensamento legal [ao] trabalhar para harmonizar a lei com as necessidades do comunidade"³⁹. No mesmo espírito, este artigo sugere que os fatos da vida contemporânea estão mudando de maneiras que a lei deveria reconhecer.

No entanto, em vez de refletir a vida contemporânea, a doutrina de ação estatal gera confusão e incoerência. Alguns podem argumentar que a confusão doutrinária atua como um recurso para litigantes e reformadores. Os reformadores podem extrair as linhas inconsistentes da jurisprudência para avançar seus argumentos⁴⁰. Mas uma bagunça doutrinária prejudica a compreensão e a realização dos propósitos; e também obscurece as questões e as torna menos acessíveis ao debate público. Três desenvolvimentos modernos tornam a atual desordem da doutrina de ação estatal ainda mais significativa: primeiro, a expansão de atores privados que desempenham funções ou ações anteriormente desempenhadas por atores estatais; segundo, a maior inserção de cláusulas de arbitragem nos contratos de consumo; e, terceiro, o aumento do uso da Internet e da comunicação digital por consumidores e empresas.

II.A. Aumento da privatização de serviços públicos tradicionais

Em meu outro trabalho, explorei a forte dependência do governo dos Estados Unidos em empreiteiros privados que atuavam em unidades paramilitares com a Agência Central de Inteligência. Esses empreiteiros privados coletavam informações, mantinham equipamentos de combate, forneciam apoio logístico e trabalhavam na vigilância e no direcionamento durante os recentes conflitos no Afeganistão e no Iraque⁴¹. Gillian Metzger foi um dos primeiros a enfatizar a inadequação da doutrina de ação estatal em face da crescente dependência governamental de

³⁸ LOUIS, D. Brandeis. *The Living Law*. *Illinois Law Review*, vol. 10, p. 11, 14, 1916, reimpresso em ELY, James W. *Reform and Regulation of Property Rights*. Taylor & Francis, p. 461, 464, 1997.

³⁹ PIOTT, Steven L. *American Reformers, 1870–1920: Progressives in Word and Deed*. Rowman & Littlefield Publishers, p. 127, 128, 2006; ver também ROSEN, Jeffrey. *Louis D. Brandeis: American Prophet*. Yale University Press, p.15, 2016. (“[Brandeis] insistiu que “a lei viva” teve que se adaptar à mudança social e tentou traduzir os valores dos autores da Constituição em uma era de tecnologias e métodos de produção em massa que eles não poderiam ter imaginado.”).

⁴⁰ Ver SCHMIDT, Christopher W. *On Doctrinal Confusion: The Case of the State Action Doctrine*. *BYU Law Review*, p. 575, 614, 2016.

⁴¹ Ver referência 33, Minow, Martha. *Outsourcing Power*, op. cit., págs. 112–17, 2009; DICKINSON, Laura A. *Public values/private contract*. *Government by Contract: Outsourcing and American Democracy*, págs. 335, 336–51, 2009 (observando questões semelhantes e o silêncio nos contratos sobre treinamento para contratados privados em direitos humanos).

entidades privadas⁴². Edward Rubin chama a privatização uma das duas tendências que definem o direito administrativo nas últimas décadas⁴³. Empreiteiros militares privados, prisões, polícia e organizações de ajuda humanitária assumem o trabalho do governo por meio de contratos, vales e outros mecanismos de financiamento⁴⁴. Os governos dependem de atores privados para fornecer tecnologia de informação, gerenciamento, serviços sociais e até mesmo supervisão da terceirização. Ao mesmo tempo, os indivíduos privados notavelmente confiam em organizações com e sem fins lucrativos para a educação, a resolução de conflitos e a segurança⁴⁵.

Desafios para os valores públicos aumentam quando as empresas reivindicam informações confidenciais e usam outros argumentos legais para evitar deveres públicos. Ironicamente, em um desenvolvimento diferente, algumas empresas buscaram proteções constitucionais para serem isentas das leis de direitos civis e outras reivindicações legais; aqui, atores privados recorrem à Constituição para evitar o cumprimento de deveres legais públicos⁴⁶. Outras limitações dos valores

⁴² Ver METZGER, Gillian E. Privatization as Delegation. *Columbia Law Review*, v. 103, p. 1367, 1421, 2003;; METZGER, Gillian E. Private Delegations, Due Process, and the Duty to Supervise, op. cit., 291.

⁴³ RUBIN, Edward. The Possibilities and Limitations of Privatization: Outsourcing and American Democracy. *Harvard Law Review*, vol. 123, págs. 890, 891, 2010.

⁴⁴ FREEMAN, Jody; MINOW, Martha. Introduction: Reframing the outsourcing debates. *Government by contract: Outsourcing and American democracy*, v. 1, n. 6, págs. 1-13, 2009. À luz de um relatório do Inspetor Geral de que as prisões privadas têm taxas mais altas de agressões e outras violações, o Departamento de Justiça dos EUA está encerrando seu uso de instalações privadas. ZAPOTOSKY, Matt; HARLAN, Chico. Justice Department says it will end use of private prisons. *The Washington Post*, 2016, https://www.washingtonpost.com/news/post-nation/wp/2016/08/18/justice-department-says-it-will-end-use-of-private-prisons/?utm_term=.32c57299bdc7, disponível em <https://perma.cc/KB5M-78L5>. Esta decisão por si só não afeta o uso de fornecedores privados em instalações de imigração e detenção, em prisões estaduais, em condicionais e outros aspectos de correccionais, embora futuras reformas possam surgir.

⁴⁵ Ver MARTHA MINOW, PARTNERS, NOT RIVALS: PRIVATIZATION AND THE PUBLIC GOOD 7–22, 57–68, 132–38, (2002); Martha Minow, Outsourcing Power: Privatizing Military Efforts and the Risks of Accountability, Professionalism, and Democracy, in *GOVERNMENT BY CONTRACT*, supra note 33, at 110, 111–14

⁴⁶ Reivindicar isenções devido a questões de direito da 1ª Emenda está bem além da doutrina de ação estatal. Mas como as funções públicas são desempenhadas pelos setores privados, as reivindicações relacionadas à 1ª Emenda aumentam ainda mais o risco à responsabilização pública. Os crescentes confrontos entre os direitos LGBT de igualdade e privacidade, por um lado, e o livre exercício da religião, por outro, são um exemplo. Em *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S.Ct. 2751, 2759 (2014), o Supremo Tribunal considerou que uma empresa privada com fins lucrativos poderia ser isenta do regulamento federal sob o *Affordable Care Act*, 124 Stat. 119 (2010), exigindo que os empregadores cubram certas formas de contracepção no seguro de saúde oferecido aos empregados, 134 S.C. 2751, 2759 (2014). A Corte rejeitou o regulamento federal por não ter concedido a alternativa menos restritiva para uma empresa dirigida por proprietários com objeções religiosas, conforme exigido pela *Religious Freedom Restoration Act*, 42 U.S.C. § 2000bb e segs. (1993). A decisão levanta o espectro de empresas privadas que reivindicam isenções religiosas para uma variedade de leis federais. Veja Adam Liptak, Ruling Could Have Reach Beyond Issue of Contraception, *N.Y. TIMES*, Mar. 24, 2014, http://www.nytimes.com/2014/03/25/us/contraception-ruling-could-have-reach-far-beyond-womensrights.html?_r=0, disponível em <https://perma.cc/VQ82-V64D>; ver também Martha Minow, Religious Exemptions, *Stating Culture: Foreword to Religious Accommodations in the Age of Civil Rights*, 88 *SO. CAL. L. REV.* 453, 456 (2015); ver, de modo geral, Martha Minow, Should Religious Groups be Exempt from Civil Rights Laws?, 48 *B. C. L. REV.* 781 (2007). Ver também *EEOC v. R.G. & G.R. Funeral Homes*, 100 F. Supp. 3d 594 (E.D. Mich. 2015) (rejeitou-se a alegada violação do Título VII feita por funcionário trans à luz da isenção oferecida pela *Religious Freedom Restoration Act*); *Mark Joseph Stern, Federal Judge: Hobby Lobby Legalized Anti-LGBTQ Discrimination by Religious Employers*, *SLATE*, Aug. 18, 2016,

públicos surgem quando as empresas se utilizam de termos contratuais que limitam o acesso aos tribunais para fazer valer os direitos. Embora esses desenvolvimentos possam não implicar diretamente na doutrina da ação estatal, eles reduzem drasticamente a capacidade dos indivíduos de buscar ou exercer direitos constitucionais⁴⁷.

II.B. Maior uso comercial de cláusulas de arbitragem

Considere a prática comercial cada vez mais comum de incluir termos contratuais que exigem que os indivíduos enviem quaisquer reclamações à arbitragem⁴⁸. As empresas de cartão de crédito, por exemplo, exigem que os clientes concordem em arbitrar quaisquer disputas e, assim, impedir ações coletivas⁴⁹. Esse mecanismo significa que os indivíduos estão consideravelmente menos capazes

http://www.slate.com/blogs/outward/2016/08/18/federal_judge_uses_religious_liberty_to_legalize_anti_lgbtq_discrimination.html, disponível em <https://perma.cc/SN2P-HXVW>. Outras reivindicações similares isolam cada vez mais o comportamento corporativo da responsabilidade pública. Como uma questão técnica, o Hobby Lobby não envolve nenhum direito constitucional. Mas os direitos constitucionais estão logo abaixo da superfície. Para muitos observadores, a isenção religiosa reivindicada pela empresa privada coloca em risco a liberdade reprodutiva dos empregados. A reivindicação da liberdade religiosa surgiu sob uma lei federal promulgada para restaurar o escopo da liberdade religiosa a um padrão expresso pela Suprema Corte antes de sua declaração geral mais recente; a objeção à reivindicação refletia preocupações subjacentes sobre a liberdade reprodutiva, afetada pela confiança histórica do governo no fornecimento de seguro de saúde por empregadores privados. Tanto a empresa quanto seus funcionários são privados, mas tanto a reivindicação da empresa quanto os interesses dos funcionários têm conotações constitucionais. Além do crescente debate sobre qual escopo – se é que há algum – das corporações em reivindicar liberdade religiosa de leis que prevalecem de outra forma, este caso e questões ele relacionadas expõem as dificuldades que os representantes eleitos enfrentam na resolução de conflitos entre direitos fundamentais. Ver Elliot Zaret, *Commercial Speech and the Evolution of the First Amendment*, WASH. LAW. (Sept. 2015), <https://www.dcb.org/bar-resources/publications/washington-lawyer/articles/september-2015-commercial-speech.cfm>, disponível em <https://perma.cc/9MPJ-VV8P>.

⁴⁷ Phillips, *supra* note 9, at 727.

⁴⁸ Ver Jessica Silver-Greenberg & Robert Gebeloff, *Arbitration Everywhere, Stacking the Deck of Justice*, N.Y. TIMES, Oct. 31, 2015, <http://nyti.ms/1KMvBJg>, disponível em <https://perma.cc/6FJ2-6YL4>; Jessica Silver-Greenberg e Michael Corkery, *Start-Ups Embrace Arbitration to Settle Workplace Disputes*, N.Y. TIMES, May 14, 2016, <http://nyti.ms/1OqSESo>, disponível em <https://perma.cc/84DM-2XE3>. Desafiando as alegações de que a arbitragem é melhor e mais barata do que a resolução judicial de disputas, a professora Judith Resnik analisa dados sobre seu uso extremamente infrequente pelos consumidores e sugere que essa falta de uso decorre em parte da proibição da ação coletiva e da insuficiência de isenção de taxas. Judith Resnik, *Arbitration Cuts the Public Out and Limits Redress*, NATIONAL L.J., Aug. 22, 2016, <http://www.nationallawjournal.com/id=1202765654457/Arbitration-Cuts-the-Public-Out-and-Limits-Redress>, disponível em <https://perma.cc/JR6T-ANPY>.

⁴⁹ Ver Credit Infocenter, *Mandatory Binding Arbitration - Credit Card Arbitration, Credit Card Disputes, Is Credit Card Arbitration Fair For Consumers?* (June 13, 2016), <http://www.creditinfocenter.com/cards/credit-card-arbitration.shtml>, archived at <https://perma.cc/AM2W-PB3X>; Public Citizen, *The Arbitration Trap: How Credit Card Companies Ensnare Consumers* 3, 9 (Sept. 2007), <http://www.citizen.org/documents/ArbitrationTrap.pdf>, disponível em <https://perma.cc/SR93-6YR8>; Silver-Greenberg & Gebeloff, *supra* note 48. CFPB, *Notice of Proposed Rulemaking on Arbitration Agreements*, 81 Fed. Reg. 32829 (May 3, 2016); Consumer Financial Protection Bureau, *CFPB Proposes Prohibiting Mandatory Arbitration Clauses that Deny Groups of Consumers their Day in Court* (May 5, 2016), <http://www.consumerfinance.gov/about-us/newsroom/consumer-financial-protection-bureau-proposes-prohibiting-mandatory-arbitration-clauses-deny-groups-consumers-their-day-court>, disponível em <https://perma.cc/4HLM-WAFY>.

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018, p. 365-394.

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35530>

de reivindicar seus direitos de consumidor e de discutir questões de responsabilidade civil, uma vez que raramente podem cobrir as despesas com litígios sem os efeitos de agregação das ações coletivas. Além disso, empregadores, provedores de internet, operadoras de telefonia celular, agências de aluguel de carros e asilos privatizaram a resolução de controvérsias por meio de contratos, restringindo, assim, o acesso ao tribunal, que no passado havia sido protegido como um direito de devido processo legal resultante da 14ª Emenda.

Infelizmente, essa prática indiscutivelmente inconstitucional parece estar aqui para ficar. O advogado da Suprema Corte, Paul Clement, observou que há apenas uma questão sobre os repetidos questionamentos às cláusulas de arbitragem que chegam à Suprema Corte dos Estados Unidos: os desafiantes perderão por 5 a 4 votos ou perderão 9-0?⁵⁰ A Corte, recentemente, confirmou uma cláusula contratual exigindo a arbitragem de todas as reclamações feitas contra a American Express e proibindo os comerciantes de apresentar qualquer ação coletiva – mesmo que o efeito seja impedir a reivindicação de direitos contratuais⁵¹. A juíza Elena Kagan escreveu em divergência: “O monopolista consegue usar seu poder de monopólio para insistir em um contrato, efetivamente privando suas vítimas de todos os recursos legais”⁵².

As empresas podem não apenas usar as ferramentas particulares de contratação para evitar obrigações públicas, mas elas também podem reivindicar isenções de leis aplicáveis de outra maneira, restringindo a capacidade de indivíduos de fazer valer direitos constitucionais⁵³. Assim como algumas empresas afirmam com sucesso a liberdade religiosa como base para evitar deveres públicos, outras reivindicam a liberdade de expressão para evitar a regulação e ameaçam cada vez mais isolar o comportamento corporativo da responsabilidade pública⁵⁴. Existe uma solução possível, no entanto. Nas décadas anteriores, a doutrina da ação estatal incluiu uma vertente que identificava “funções públicas” e aplicou requisitos constitucionais a atores privados que desempenhavam funções essencialmente governamentais⁵⁵. Este conceito recebeu menos

⁵⁰ Paul Clement, Vaughan Lecture at Harvard Law School (Oct. 26, 2015).

⁵¹ *Am. Exp. Co. v. Italian Colors Rest.*, 133 S. Ct. 2304, 2312 (2013).

⁵² *Id.* at 2314 (Kagan, J., dissenting); Jill I. Gross, *Justice Scalia’s Hat Trick and the Supreme Court’s Flawed Understanding of Twenty-First Century Arbitration*, 81 *Brook. L.Rev.* 111, 131, 134 (2015).

⁵³ Michael J. Phillips, *The Inevitable Incoherence of Modern State Action Doctrine*, 28 *St. Louis L.J.* 683, 726–28, 730–31 (1984).

⁵⁴ Ver Amanda Shanor, *The New Lochner*, 2016 *Wis. L.Rev.* 133 (2015); Elliott Zaret, *Commercial Speech and the Evolution of the First Amendment*, *WASH. LAW.*, Sept. 2015, <https://www.dcbbar.org/bar-resources/publications/washington-lawyer/articles/september-2015-commercial-speech.cfm>, disponível em <https://perma.cc/KZ2K-PQ3X>.

⁵⁵ Ver *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501, 506 (1946); *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296, 301–02 (1966). Ver também *Blum v. Yaretsky*, 457 U.S. 991, 1004–05 (1982) (descrevendo como a ação estatal pode ser identificada quando atores privados executam uma função exclusivamente governamental, ou se existe um nexo suficiente, uma relação simbiótica ou um entrelaçamento ligando atores governamentais e privados).

aprovação judicial nos últimos anos⁵⁶. Talvez uma visão ampla da função pública se estendesse à arbitragem privada. As instâncias de arbitragem privada e empresas que negam o acesso à cobertura de seguro para empregados que optem por contraceptivos poderiam ser cobertas por uma interpretação mais ampla da ação estatal – encontrando-se presente quando o governo estiver envolvido em conduta privada, quando o escopo de autoridade de atuação de um ator privado é criado por lei, ou quando a sua execução depender de uma ação judicial⁵⁷. Uma conclusão similar viria sob o ponto de vista de Cass Sunstein – de que a ação estatal está sempre presente, porque a lei reconhece e aplica as leis privadas do contrato e da propriedade⁵⁸.

II.C. Maior uso da internet e das comunicações por meio digital

Outra grande mudança que torna a questão de ação estatal crítica recentemente vem com a Internet e as comunicações digitais. Indivíduos, famílias, escolas, empresas, governos e outros setores tornaram-se rapidamente dependentes de recursos digitais para comunicar, armazenar e recuperar informações, avaliar conduta e desempenho e até resolver disputas⁵⁹. Essa inovação apresenta a questão: quando as noções de liberdade de expressão, proteção da privacidade individual e proteção igualitária devem ser aplicadas? Além disso, elas devem ser aplicadas por lei ou por esforços contratuais e autônomos das empresas de tecnologia e daqueles que as utilizam?⁶⁰

⁵⁶ Ver, *e.g.*, *Rendell-Baker, v. Kohn*, 457 U.S. 830 (1982); ver Kathleen M. Sullivan and Noah Feldman, *CONSTITUTIONAL LAW*, 819–21 (18th ed. 2013).

⁵⁷ *Ver Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715, 726 (1961) (conclusão de que os arrendatários de edifícios financiados por fundos públicos devem obedecer práticas que estejam de acordo com a cláusula de proteção igualitária da 14ª Emenda); *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 22–23 (1948).

⁵⁸ Cass R. Sunstein, *State Action is Always Present*, 3 *CHI. J. OF INT'L L.* 465, 466–67 (2002), <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol3/iss2/15/>, disponível em <https://perma.cc/59LF-V7FV>; ver generally Erwin Chemerinsky, *Rethinking State Action*, 80 *Northwestern L. Rev.* 503 (1985) (argumentando pela eliminação do uso do requisito de ação estatal).

⁵⁹ Ver, de modo geral, E. Katsh & J. Rifkin, *ONLINE DISPUTE RESOLUTION: RESOLVING CONFLICTS IN CYBERSPACE* (2001); Ethan Katsh et al., *E-Commerce, E-Disputes- and E-Dispute Resolution: In the Shadow of “eBay” Law*, 15 *OHIO. ST. J. ON DISPUTE RESOL.* 705 (2000); Orna Rabinovitch-Einy, *Going Public: Diminishing Privacy in Dispute Resolution in the Digital Age*, 7 *VA. J. LAW AND TECHN.* 2 (2002), http://www.vjolt.net/vol7/issue2/v7i2_a04-Rabinovitch-Einy.pdf, disponível em <https://perma.cc/AU92-T46R>; Nancy Leong, *Constitutional Rights in the Digital Age*, *HUFF POST TECH*, Sept. 18, 2014, http://www.huffingtonpost.com/nancy-leong/constitutional-rights-in-first-amendment_b_5601216.html, disponível em <https://perma.cc/E22N-46YX>.

⁶⁰ Os sistemas de resolução de disputas podem combinar inteligência artificial, teoria dos jogos, comunicações digitais e leilões, às vezes produzindo soluções sem o envolvimento de um adjudicador ou mediador humano no caso individual. Ver Arno Lodder & John Zeleznikow, *Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution*, in *ONLINE DISPUTE RESOLUTION THEORY AND PRACTICE* 61–82 (Mohamed Abdel Wahab, Ethan Katsh & Daniel Rainey, eds., 2012). Ebay e Paypal têm resolução de litígios on-line. Rich Stim, *Resolving eBay Disputes*, *NOLO* (última visita Nov. 16, 2016), <http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/resolving-ebaydisputes-29970.html>, disponível em <https://perma.cc/SX6F-M2T3>. O mecanismo de resolução de disputas on-line do Ebay e do Paypal gerou preocupações tanto de compradores quanto de vendedores, apesar de registrar níveis razoavelmente altos de satisfação. Ver Anna Tims, *If eBay’s Customers Are Always Right, Who’ll Protect Its Sellers?*, *THE GUARDIAN* (July 11, 2014), <http://www.theguardian.com/money/2014/jul/11/ebay-buyer->

Pesquisas do empregador no e-mail de funcionários podem ou não violar lei estatutária, mas os próprios estatutos podem ter pouca conexão com as expectativas dos funcionários, fundamentados em normas constitucionais⁶¹. Os experimentos do Facebook com a manipulação do humor levantaram objeções em termos de privacidade e autonomia pessoal, bem como preocupações de que o Facebook, e não os seus usuários, tenham o poder e o controle⁶². Quer as questões envolvam liberdade de expressão, privacidade, proteção igualitária ou justiça, o *status* não governamental da Internet, dos provedores de serviços, dos mecanismos de busca e das entidades relacionadas tornará difícil, se não impossível, encontrar ações estatais, apesar das esperanças e reivindicações das pessoas⁶³.

III. Tendências atuais complicam entendimentos do que é público e do que é privado

Cada uma das tendências descritas na seção anterior suscita inúmeras perguntas não respondidas, mas importantes, sobre como operar legalmente dentro das esferas pública e privada. O devido processo legal deve ser aplicado à resolução de disputas online? Os prestadores de serviços militares privados devem ser responsabilizados por violar as garantias constitucionais e militares do Código de Justiça? As prisões privadas deveriam estar sujeitas a restrições constitucionais? Deveriam os provedores de Internet estar limitados pelas normas de liberdade de expressão e

complained-decide-against-seller, disponível em <https://perma.cc/U9AC-XWM2>; User comments, PAYPAL COMMUNITY HELP FORUM (última visita Nov. 16, 2016), <https://www.paypal-community.com/t5/Disputes-and-claims-Archive/Paypals-dispute-resolution-is-a-joke-DO-NOT-WASTE-YOUR-TIME/td-p/126166>, disponível em <https://perma.cc/L7L9-2T9J>.

⁶¹ Ver, e.g., L.V. Anderson, Can Your Boss Read Your E-Mail?, SLATE, Mar. 11, 2013, http://www.slate.com/articles/news_and_politics/explainer/2013/03/harvard_email_search_scandal_can_your_employer_read_your_private_messages.html, disponível em <https://perma.cc/HJ6T-D83N>.

⁶² Ver Julie Posetti, Facebook Has All the Power, THE ATLANTIC, July 10, 2014, <http://www.theatlantic.com/technology/archive/2014/07/facebook-has-all-the-power-you-have-almost-none/374215/> (entrevista com o crítico de mídia Jay Rosen), disponível em <https://perma.cc/3MQJ-D52G>.

⁶³ Ver, de modo geral, Net Neutrality: What You Need to Know Now, FREE PRESS (last visited Nov. 16, 2016), <http://www.savetheinternet.com/net-neutrality-what-you-need-know-now>, disponível em <https://perma.cc/PN8W-GSUA>; Timothy Carr, Your Internet Provider is Distorting Free Speech, OTHER WORDS (Oct. 14, 2015), <http://otherwords.org/your-internet-provider-is-distorting-free-speech>, disponível em <https://perma.cc/95YT-YYZY>; About the Issue, DIGITAL DUE PROCESS (2010), <http://digitaldueprocess.org/index.cfm?objectid=37940370-2551-11DF8E02000C296BA163>, disponível em <https://perma.cc/GP2F-5R7E>; Who Has Your Back?: Protecting Your Data from Government Requests, ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION (2015), <https://www.eff.org/who-has-your-back-government-data-requests-2015>, disponível em <https://perma.cc/KB7W-4XA8>. Novas proteções para os consumidores podem vir, no entanto, agora que a Corte de Apelações do *D.C. Circuit* confirmou a autoridade da *Federal Communications Commission* para tratar a Internet como um serviço público (*utility*). Ver *United States Telecom Ass'n v. FCC*, Slip Op. (D.C. Cir. June 14, 2016); Cecilia Kang, Court Backs Rules Treating Internet as Utility, Not Luxury, N.Y. TIMES, June 14, 2016, https://www.law.yale.edu/yls-today/news/law-and-gui-do-calabresi?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_content=Guido&utm_campaign=1409, disponível em <https://perma.cc/CRK4-JSN6>.

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018, p. 365-394.

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35530>

antidiscriminação? As empresas devem ser capazes de impedir que funcionários e clientes levantem ações legais contra eles em tribunais? Não há respostas naturais ou universais para essas questões, especialmente porque se tornou difícil distinguir o que é público do privado. As tentativas de fazer tais distinções, em última análise, dependem e refletem escolhas feitas por uma sociedade em um determinado lugar e tempo.

A própria noção de que uma esfera privada é diferente de uma esfera pública varia entre culturas e mudanças ao longo do tempo⁶⁴. Nos Estados Unidos, há pelo menos várias décadas, associamos as duas esferas com características distintas. Para espaços públicos, valorizamos transparência, igualdade e adesão a processos claros. Para espaços privados, enfatizamos a autonomia de tomada de decisão pelos proprietários, eficiência, intimidade e isolamento. Converter tudo para a esfera pública põe em risco valores de independência, variedade e facilidade, e arrisca a ocorrência de maiores custos, padronização e burocratização. Converter tudo para a esfera privada ameaça liberdades pessoais para associar-se, desfrutar de transparência e buscar inovações testadas por mercados econômicos e sociais.

No entanto, essa afirmação das tensões, apontadas para o nosso momento no tempo e na geografia, faz com que a distinção entre público e privado pareça fácil demais. Mesmo restringindo nosso foco para 2016 nos Estados Unidos, a distinção entre “público” e “privado” regularmente significa duas ideias muito diferentes. O primeiro distingue tudo o que é governamental de tudo o que não é; o segundo distingue a casa, a família e as relações íntimas de tudo o que não é. Entre essas definições de público e privado está o espaço entre a casa e o governo, que inclui tudo o que é comercial ou contratual e, agora, a Internet também. Chamamos algumas zonas dentro deste espaço de “acomodações públicas”, mesmo que os hotéis, restaurantes e ônibus assim identificados sejam de propriedade privada e os clubes e associações sejam organizados por grupos privados⁶⁵. Tratamos a Internet como não-governamental mesmo que alguns países não o façam e mesmo que nos Estados Unidos o Departamento de Comércio desempenhe um papel sobre ela⁶⁶. Além disso, algumas atividades cívicas podem se enquadrar nesse terreno obscuro. Por exemplo, algumas organizações cívicas são tão grandes e inclusivas que se tornam tão infundidas de significado público que a Suprema Corte decidiu que não deveriam ser autorizadas a discriminar

⁶⁴ William J. Novak, *Public-Private Governance: A Historical Introduction*, in *GOVERNMENT BY CONTRACT*, supra note 33, at 23; Rubin, supra note 43, at 911–12.

⁶⁵ O Título II da Lei dos Direitos Civis de 1964 aplica-se a acomodações públicas, incluindo restaurantes e estádios esportivos, mas não a residências particulares. 42 U.S.C. § 2000a (2006). O Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964 aplica-se ao emprego privado, mas não aos locais de trabalho que empregam muito poucos empregados. 42 U.S.C. § 2000e (2006).

⁶⁶ Ver NAT'L TELECOMMS. AND INFO. ADMIN., U.S. DEP'T. OF COMMERCE (última visita em novembro 16, 2016), <http://www.ntia.doc.gov/>, disponível em <https://perma.cc/4UYK-HVE6>.

com base no gênero⁶⁷. Às vezes, os partidos políticos parecem públicos – como quando controlam os procedimentos eleitorais – e outras vezes parecem privados – como quando buscam ideias, reuniões e competição por seus adeptos⁶⁸.

Há múltiplas possibilidades de estabelecer distinções entre o que é público e o que é privado, mas o foco em qualquer lugar para traçar a distinção não revela de forma franca as escolhas sobre quais valores devem prevalecer em diferentes partes das experiências humanas. Por exemplo, considere se um espaço tradicionalmente isento de regulamentação pública deveria estar sujeito a uma exigência pública, como a proibição da discriminação com base na orientação sexual. Um problema básico é tratar essa questão como se a distinção entre o que é público e o que é privado fosse algo que pode ser encontrado na natureza ou discernido objetivamente. Pelo contrário, esclarecer quando os direitos constitucionais estão implicados envolve necessariamente escolhas, não a descoberta de fatos da natureza. Quando os tribunais se recusam a se envolver nesse empreendimento difícil, essa decisão reflete uma escolha sobre quando os valores públicos se aplicam tanto como quando os tribunais aceitam o desafio e afirmam os valores públicos. Em tais casos, a inação judicial soa tão alta quanto a ação judicial.

Nenhuma definição de ação estatal ou uma distinção entre o que é público e o que é privado pode facilmente resolver as questões em andamento sobre quais valores devem ser aplicados e quais medidas de responsabilidade merecem ser executadas. No entanto, à luz de novas tendências como o surgimento da Internet e a expansão da arbitragem obrigatória, essa pergunta deve ser respondida. Seja em termos da doutrina de ação estatal aplicada pelos tribunais, ou determinada como uma questão de política pública por meio de legislação e ação comunitária, reformas promissoras devem identificar potenciais formas alternativas de demarcar o que deve ser tratado como público e o que deve ser tratado como privado.

IV. Formulações alternativas

Dado que os dois significados diferentes de público e privado afetam e, por sua vez, são moldados pela caracterização legal da ação estatal, a lei americana tenta respeitar vários valores concorrentes. Queremos impor restrições constitucionais à ação governamental, mas também

⁶⁷ *New York State Club Ass'n v. City of New York*, 487 U.S. 1, 11–15 (1988); *Board of Directors of Rotary International v. Rotary Club*, 481 U.S. 537, 542–47 (1987); *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609, 621–29 (1984).

⁶⁸ Compare *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536, 541 (1927) (a exclusão de negros das primárias Democratas viola a 14ª Emenda) com *Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73, 88–89 (1932) e *Grove v. Townsend*, 295 U.S. 45, 52 (1935) (a convenção partidária é tratada como privada e fora dos requisitos constitucionais). Ver Samuel Issacharoff, *Private Parties with Public Purposes: Political Parties, Associational Freedoms, e Partisan Competition*, 101 COLUM L. REV 274 (2001).

queremos proteger a autonomia e a autodeterminação de indivíduos, empresas e organizações sem fins lucrativos, incluindo organizações religiosas. Queremos prestação de contas, mas não queremos encargos excessivos nem nas burocracias públicas nem na conduta privada. Dados esses múltiplos objetivos, considere sete alternativas básicas à confusão existente na doutrina de ação estatal:

- 1) Entender a ação estatal amplamente para incluir a conduta privada respaldada pela lei e interpretar o direito privado à luz das normas constitucionais⁶⁹;
- 2) Decidir as questões caso-a-caso, equilibrando interesses públicos e privados concorrentes⁷⁰;
- 3) Confiar nos oficiais do governo para definir, através de contratos, estatutos e regulamentos, até que ponto indivíduos e organizações privadas devem observar as normas constitucionais⁷¹;
- 4) Reconhecer a ação estatal onde o Estado emprestou seus poderes coercitivos a uma parte privada, que permitiu a ocorrência de um dano apenas porque o Estado o fez⁷²;
- 5) Definir e reforçar uma doutrina de privacidade para proteger interesses que, de outra forma, seriam comprometidos por uma visão expansiva da ação estatal;
- 6) Definir a ação estatal de forma muito restrita para se referir apenas à conduta de funcionários e oficiais do Estado;
- 7) Definir imunidades para atores estatais se suas ações não violarem leis claramente estabelecidas.

Essas alternativas estão dispostas de forma aproximada em um espectro. De um lado, há uma opção que amplia vastamente as garantias constitucionais federais; no outro extremo está uma opção que restringe o alcance de tais garantias. Nenhuma opção extrema ou intermediária é perfeita, mas cada uma é melhor que a confusão atual. Qualquer um dos dois extremos orientaria a aplicação judicial a uma maior previsibilidade e exporia a questão crucial por trás dos debates sobre a ação estatal: quando e como os atores poderosos devem ser responsabilizados? Em última análise, essas alternativas apontam, em muitos casos, para métodos de prestação de contas além

⁶⁹ Ver Mark Tushnet, *The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*, 1 INT'L J. OF CONST. L. 79, 94 (2003).

⁷⁰ Ver Erwin Chemerinsky, *Rethinking State Action*, 80 NW. U. L. REV. 503, 551 (1985).

⁷¹ Ver Huhn, *supra* note 2, at 1457–60. Outra versão mais restrita exige confiança na *common law* e na legislação estatal para definir e executar deveres por parte de atores privados que podem, mas nem sempre refletem, normas constitucionais federais. Ver, de modo geral, Alexander Volokh, *The Modest Effect of Minneci v. Pollard on Inmate Litigants*, 46 AKRON L. REV. 287 (2013).

⁷² Ver Chiang, *supra* note 1, at 651–52. Chiang também propõe como um elemento para reconhecer uma ação estatal a resposta afirmativa ao questionamento se o ator privado está "encoberto pela autoridade do Estado." *Id.* at 696–97.

do trabalho do judiciário. Aqui está um esboço dos argumentos a favor e contra cada uma dessas opções:

- 1) Entender a ação estatal de forma ampla para incluir a conduta privada respaldada pela lei, mesmo se o papel dos oficiais estatais for indireto ou remoto. Esta opção estenderia as garantias do devido processo legal, liberdade de expressão e outros direitos constitucionais de forma a governar tanto as relações entre o governo e os atores privados quanto as relações entre atores privados que têm suas ações revestidas de autoridade, ou usar-se da competência governamental para resolver suas disputas. Isso revive *Shelley v. Kraemer*. Essa visão também é avançada pelos dissidentes em *DeShaney v. Winnebago County Social Services Department*⁷³, onde o Estado é considerado responsável por devolver a criança aos cuidados de seu pai quando os assistentes sociais estatais sabiam que a criança estava em grave perigo. Mark Tushnet e outros chamam isso de “aplicação horizontal” de normas constitucionais⁷⁴ que se aplicam entre indivíduos privados, em oposição à aplicação vertical, que ocorre entre indivíduos e o governo. Essa alternativa foi adotada na Irlanda, no Canadá, na Alemanha, na África do Sul e na União Européia.

A favor: Essa alternativa alivia a dependência da definição de ação estatal e desloca a análise para o escopo de um determinado direito. É uma alternativa presente em muitas outras democracias constitucionais, o que sugere que é viável, e trata os valores constitucionais como relevantes na conduta em toda a sociedade.

Em oposição: Essa alternativa sujeita muitas atividades atualmente excluídas da supervisão governamental à contestação judicial, associado a custos econômicos e restrições ao arbítrio, privacidade e experimentação.

- 2) Os tribunais devem decidir questões caso-a-caso, equilibrando interesses públicos e privados concorrentes. Por exemplo, o tipo de processo apropriado quando uma concessionária privada encerra o serviço de um cliente deve refletir os pesos relativos dos interesses concorrentes em questão⁷⁵.

A favor: Essa alternativa torna explícitas as decisões judiciais sobre o escopo das normas constitucionais e as enquadra em termos de valores normativos, em vez de um discernimento de uma linha entre público/privado.

Em oposição: Esta alternativa sujeita mais domínios da vida e interação humana à tomada de decisões judiciais sem diretrizes claras para as decisões, permite o arbítrio

⁷³ Ver 489 U.S. 189, 203–12 (1989) (Brennan, J., dissenting); id., at 212–213 (Blackmun, J., dissenting).

⁷⁴ Ver Tushnet, supra note 69.

⁷⁵ Chemerinsky, supra note 70, at 552 (pointing to *Jackson v. Metropolitan Edison. Co.*, R 419 U.S. 345 (1974)).

baseado nas opiniões de juízes individuais e ameaça colocar em risco o respeito pelo judiciário se as decisões forem consideradas controversas ou politizadas. Os tribunais podem não ter capacidade para conhecer ou compreender os custos econômicos e sociais prospectivos de suas decisões.

- 3) Confiar nos oficiais do governo para definir, por meio de contratos, leis e regulamentos, até que ponto indivíduos e organizações privadas devem observar as normas constitucionais. Por exemplo, contratos com empresas de prisões privadas podem especificar como requisitos a adesão ao devido processo legal e proteções contra punições cruéis e incomuns; estas condições sobre a despesa de fundos públicos são, então, transparentes e também sujeitas à escolha dos eleitores. Da mesma forma, uma assembleia estadual pode proibir, por meio de uma lei de acomodação pública, a discriminação com base em raça, sexo e/ou orientação sexual em um clube privado. Estabelecer esta norma por meio de um estatuto seria transparente, aberto ao debate democrático e à prestação de contas⁷⁶.

A favor: Os contratos permitem que as partes especifiquem seus termos e, quando o governo é parte, pode criá-los de forma a implementar valores públicos aos quais o próprio governo está vinculado e comprometido. Ordenação privada por contrato permite que as partes adaptem termos, monitorem sua conformidade e usem incentivos financeiros e o poder de rescindí-lo ou renová-lo para promover sua execução.

Em oposição: A experiência até o momento sugere que a falha das agências governamentais em fornecer e aplicar cláusulas contratuais reflete a falta de capacidade, recursos e vontade de usar os termos contratuais para a prestação de contas públicas. Portanto, existe uma significativa probabilidade de que os próprios esforços de monitoramento sérios exigiriam uma terceirização para contratantes privados – com os mesmos problemas de capacidade e recursos insuficientes – que levariam de volta ao problema inicial da fiscalização privada.

- 4) Reconhecer a ação estatal onde o Estado emprestou seus poderes coercitivos a uma parte privada que permitiu a ocorrência de um dano apenas porque o Estado o fez. Por exemplo, os estudantes sujeitos à escolaridade obrigatória que são designados sem escolha a uma escola alternativa dirigida por uma empresa privada com fins lucrativos devem ser capazes

⁷⁶ Ver, de modo geral, Huhn, supra note 2

de defender-se contra disciplinas impostas sem o devido processo e revistas irracionais conduzidas sem a proteção da privacidade dos alunos⁷⁷.

A favor: Essa abordagem impede que os governos substituam um agente organizado de forma privada para realizar uma atividade pública ou governamental a fim de evitar a responsabilização e as restrições impostas a um agente do governo; essa abordagem, como resultado, faz com que o uso da organização privada seja ligado a fatores outros que a evitação de deveres públicos.

Em oposição: Essa alternativa limita a inovação, a concorrência e a possível economia de custos ao forçar as entidades privadas a seguir precisamente as mesmas restrições associadas às entidades públicas.

- 5) Os tribunais e/ou assembleias devem definir e reforçar uma doutrina de privacidade para proteger os interesses que, de outra forma, seriam prejudicados por visões expansivas da ação estatal. Preocupações relacionadas à invasão de direitos de associação privada e autonomia individual seriam abordadas com proteções afirmativas dos clubes privados em poder discriminar.

A favor: Essa alternativa identifica o valor independente da privacidade, o que significa garantir que indivíduos e grupos tenham controle sobre suas próprias informações, escolhas autônomas e liberdade para divergir da conformidade imposta pelo Estado como significativa e digna de proteção do governo. Essa alternativa desloca o foco e o debate para longe da confusão da ação estatal e, em vez disso, para o escopo desejável das proteções à privacidade.

Em oposição: A privacidade, alguns pensam, é menos importante que a igualdade e a proteção uniforme dos direitos. A “privacidade” também se presta a seus próprios debates e ambiguidades.

- 6) Definir a ação estatal de forma muito restrita para se referir apenas à conduta de oficiais e funcionários estatais. Consequentemente, os contratantes privados e outros atores não estariam sujeitos às exigências constitucionais federais, embora sua conduta estivesse sujeita aos termos de contratos com o governo ou de outra forma legal ou de *common law* prevalecente estatal ou federal⁷⁸.

⁷⁷ Ver Chiang, *supra* note 1, at 651–52

⁷⁸ Novos problemas surgem com essa abordagem. Larry Alexander e Paul Horton explicam que a categoria de "oficiais do governo" é desprovida de princípios e representa um compromisso *ad hoc* e instável. Ver LARRY ALEXANDER & PAUL HORTON, WHOM DOES THE CONSTITUTION COMMAND?: A CONCEPTUAL ANALYSIS WITH PRACTICAL IMPLICATIONS, 89–90 (1988).

A *favor*: Esta opção abrange definições formais e a eficiência e clareza que as acompanham. Também limita as restrições públicas ao comportamento de indivíduos que aceitaram a submissão dessas restrições ao escolher seus papéis como oficiais do governo.

Em oposição: Esta opção convida a evitar deveres públicos por meio de acordos que transferem tais atividades para indivíduos ou grupos identificados como não-governamentais, mesmo quando eles empregam autoridade e recursos governamentais ou quando executam funções idênticas àquelas realizadas pelo governo.

- 7) Definir imunidades para atores estatais se suas ações não violarem leis claramente estabelecidas. Aqui, mesmo ações de oficiais e funcionários estatais não dariam origem à responsabilização sob a lei federal se os indivíduos envolvidos estivessem desempenhando funções discricionárias e quando suas ações, mesmo que posteriormente consideradas ilegais, não violassem “leis claramente estabelecidas”⁷⁹.

A *favor*: Esta opção reconhece que as técnicas de justiça correcional – envolvendo litígios e riscos de indenização ou medidas cautelares – são onerosas e às vezes inadequadas para as complexidades da prestação de serviços governamentais. Essa opção poderia até mesmo estender-se a atores privados, desempenhando funções que seriam protegidas de responsabilização sob a forma de imunidades se realizadas por oficiais do governo.

Em oposição: Essa opção remove ferramentas de responsabilização mesmo em alguns contextos, como prisões e escolas, quando ferramentas alternativas de prestação de contas – oferecidas pela concorrência de mercado ou pela escolha do consumidor – muitas vezes não estão disponíveis ou são ineficazes.

O contraste entre essas alternativas pode ajudar a esclarecer os *trade-offs* em jogo. Definir a ação estatal de maneira expansiva desencadeia a ampla aplicação de normas constitucionais. Uma definição restrita de ação estatal permite mais espaço para discriminação racial e de gênero, mais restrições à liberdade de expressão e mais abusos de poder. O que essas diversas alternativas compartilham é especificidade. Selecionar qualquer uma dessas opções levaria a aplicação judicial a uma maior previsibilidade. Cada uma expõe a questão crucial por trás dos debates sobre a ação estatal: quando e como os atores poderosos devem ser responsabilizados? As alternativas apontam, em muitos casos, para uma consideração de prestação de contas mais ampla do que o

⁷⁹ Ver, de modo geral, *Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403 U.S. 388 (1971).

trabalho do judiciário, e, portanto, é para outros meios de prestação de contas que este artigo agora se volta.

V. O que está realmente em destaque: aumentando a responsabilidade

A doutrina da ação estatal e a distinção entre o que deve ser visto como público e privado incorporam escolhas normativas dentro das definições sem esclarecer o que está em jogo para a sociedade. Os tribunais consideram questões em termos de ação estatal ou do que é público *versus* privado em vez de fazer perguntas como: devem os governos evitar restrições constitucionais ao terceirizar seu trabalho para contratados privados? As empresas devem ser capazes de usar o direito contratual para proteger suas atividades dos requisitos do devido processo legal, disponíveis de outra maneira para fazer valer os direitos do empregado e do consumidor, ou se isentarem das normas públicas afirmando direitos religiosos e de liberdade de expressão? Até que ponto a sociedade deve restringir a privacidade e a liberdade de pessoas e grupos no combate à discriminação e a processos insistentes? Deveria a expansão de tantas atividades comerciais, sociais e expressivas para a Internet deslocar as proteções do devido processo legal, privacidade, liberdade de expressão e igualdade que se aplicariam em interações face-a-face comparáveis? Leituras mais antigas e expansivas da ação estatal poderiam ser revividas (se os juízes concordarem), mas as decisões expressas em termos do escopo da ação estatal não abordam as questões subjacentes sobre quais valores devem prevalecer; onde e como a sociedade deve organizar melhor os riscos e benefícios. Nenhuma formulação do significado de “ação estatal” pode resolver adequadamente essas questões ou pesar os valores concorrentes representados pelas normas públicas e a proteção dos domínios privados.

A responsabilidade fundamentalmente está subjacente a tais questões: quem é responsável pela conduta e quais consequências devem advir da má conduta? Quando ações específicas devem estar sujeitas à dissuasão que segue os riscos de sanções por irregularidades? É um erro colocar todas as esperanças de responsabilidade coletiva no direito constitucional federal, interpretadas pelos tribunais. As regras que governam a justificabilidade dos casos nos tribunais federais limitam o que os tribunais podem fazer cumprir; a doutrina da ação estatal pode servir a uma função de seleção para limitar os tribunais ao que alguns pensam ser seu escopo de competência. Outras ramificações do governo federal, dos estados e de outros atores têm autoridade e

responsabilidade também para realizar valores constitucionais⁸⁰. Atores privados e atores públicos enfrentam a responsabilidade por meio da lei; as doutrinas de ato ilícito, contrato e direito penal são aplicáveis. Mecanismos de competição de mercado para parceiros, consumidores e investidores também governam a ação privada. Outras formas de buscar a articulação e a realização de valores subjacentes à constituição incluem o trabalho por meio de instituições democráticas e outras iniciativas⁸¹. Isso inclui:

- 1) Lei constitucional estadual;
- 2) Legislação estatal e *common law*;
- 3) Contrato público com atores privados;
- 4) Contratos privados com contratados, empregados e consumidores;
- 5) Códigos de conduta voluntários;
- 6) Concorrência privada;
- 7) Protestos políticos, boicotes econômicos e classificações de *crowdsourcing*.

Assim, algumas constituições estaduais estendem explicitamente as garantias constitucionais estaduais à ação privada e algumas simplesmente não limitam especificamente as garantias à ação governamental⁸². Alguns estados interpretaram suas constituições para proteger a liberdade de expressão em shoppings privados⁸³. Abordagens semelhantes poderiam se estender à liberdade de expressão na Internet e a outros comportamentos, desde que tais interpretações não contrariassem as proteções constitucionais federais do exercício religioso, da associação ou da propriedade. A lei estadual e a lei comum podem definir o que é uma acomodação pública e quais deveres os atores comerciais têm em relação a seus funcionários e consumidores, novamente, sujeitos às limitações da constituição federal⁸⁴.

Os termos do contrato podem incorporar as normas expressas na constituição federal e aplicá-las à conduta privada. Assim, os governos que terceirizam funções públicas podem escrever em seus contratos termos explícitos que exigem o cumprimento das normas estabelecidas pela

⁸⁰ Ver SAGER, Lawrence Gene. Fair measure: the legal status of underenforced constitutional norms. **Harvard Law Review**, p. 1212-1264, 1978.

⁸¹ Ver BeVier & Harrison, *supra* note 28, at 1769 (tratando tais alternativas como subconstitucionais).

⁸² Ver G. Alan Tarr, UNDERSTANDING STATE CONSTITUTIONS 14–15 (1998); ver também Daniel D. Devitt, State Action in Pennsylvania: Suggestions for a Unified Approach, 3 EMERGING ISSUES IN ST. CONST. L. 87 (1990).

⁸³ Ver Tarr, *supra* note 82, at 13.

⁸⁴ Ver Joseph W. Singer, We Don't Serve Your Kind Here: Public Accommodations and the Mark of Sodom, 95 B. U. L. REV. 929, 950 (2015); ver também Joseph W. Singer, After the Flood: Property and Equality in Property Regimes, 52 LOY. L. REV. 243, 258, 270–82, 329–31 (2006); Joseph W. Singer, No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property, 90 NW. U. L. REV. 1283, 1303–73, 1439–42 (1996) (fornecendo histórico e justificativas para a lei de acomodação pública).

Constituição ou que, de outra forma, se vinculam aos atores do governo⁸⁵. Contratos privados entre empregadores e empregados e entre empresas e consumidores podem incluir termos que espelham proteções constitucionais de liberdade de expressão, privacidade, antidiscriminação e oportunidades de serem escutados. Esses termos estão ausentes dos contratos por falta de atenção ou falta de poder de barganha para aqueles que os procuram. A desatenção poderia ser combatida por meio de protestos políticos, boicotes econômicos e avaliações coletivas de comerciantes e empresas. Essas mesmas ferramentas podem gerar apoio para reformas de leis a nível estadual e códigos de conduta voluntários e, talvez, modelar a demanda do consumidor. As empresas podem competir por clientes e funcionários fornecendo proteções de liberdade de expressão, privacidade, tratamento igualitário, devido processo legal, proteção igualitária e outras normas, mas até o momento essa demanda não é suficiente.

CONCLUSÃO

Os governos pagam ou subsidiam atores privados para fornecer prisões, realizar o cumprimento da lei, tratar de elementos de segurança nacional e da educação; as empresas tentam evitar regulamentações e a aplicação dos direitos de consumidores e empregados por meio de termos contratuais e outras manobras; e a Internet é uma substituição a tantas praças públicas que as pessoas cada vez mais assumem sua autoexpressão, compras e atividades de associação a ambientes digitais. Partindo de causas separadas, essas tendências empurram valores públicos, como o devido processo legal, a proteção igualitária e a liberdade de expressão fora do alcance das pessoas que conduzem suas vidas diárias. Nesse processo, a responsabilidade recua. O mesmo acontece com o debate público sobre as mudanças resultantes na arquitetura da sociedade americana. O escopo dos valores públicos diminui à medida que aumentam as oportunidades de discriminação e injustiça e erosão da privacidade e confiança. Antigamente, as lutas sobre a doutrina da ação estatal serviam como pontos de fulgor para indivíduos e grupos que buscavam atenção constitucional para ações poderosas. A doutrina tornou-se abstrata, incoerente e inutilizável, bloqueando o caminho do debate explícito a respeito do escopo desejável dos valores subjacentes de justiça, privacidade, igualdade e liberdade de expressão. A doutrina da ação estatal poderia, na verdade, ser redesenhada para tomar uma das muitas articulações específicas sobre um espectro de possibilidades que oferece mais ou menos aplicação de valores constitucionais. Ver e comparar formulações alternativas concretas da doutrina pode aguçar os *trade-offs* em jogo. Mesmo que nenhuma formulação única da doutrina de ação estatal possa produzir uma resolução

⁸⁵ Dickinson, op. cit., pág. 336; MENDELSON, Nina A. Six Simple Steps to Increase Contractor Accountability. **Government by Contract: Outsourcing and American Democracy**, op. cit., pág. 243.

perfeita das complexas escolhas de valor que ela implica, as formulações alternativas podem ajudar a conscientização pública e a discussão sobre a saída dos compromissos públicos que está em andamento. A conscientização e a discussão do público podem muito bem ir além da doutrina constitucional federal para a constituição estatal, estatutária, regulatória e recursos da *common law* para a prestação de contas. Também estão disponíveis termos para contratos envolvendo entidades públicas e privadas, códigos de conduta voluntários, concorrência econômica, protestos políticos, boicotes e classificações de *crowdsourcing*. Talvez com mais esforços para articular e debater explicitamente quais valores devem ser aplicados e quais mecanismos de responsabilidade devem estar disponíveis em um mundo em que cada vez mais se confunde as linhas públicas e privadas, podemos ajudar o direito a alcançar o ritmo como realmente vivemos agora.

References

“Sasha” Volokh, How Does Privatization Affect Government Liability?, July 19, 2016, <http://reason.org/news/show/privatization-government-liability>, archived at <https://perma.cc/7ENY-BYHV>.

Adam Liptak, Ruling Could Have Reach Beyond Issue of Contraception, N.Y. TIMES, Mar. 24, 2014, http://www.nytimes.com/2014/03/25/us/contraception-ruling-could-have-reach-far-beyond-womensrights.html?_r=0, archived at <https://perma.cc/VQ82-V64D>

Alexander Volokh, The Modest Effect of *Minnecci v. Pollard* on Inmate Litigants, 46 AKRON L. REV. 287 (2013).

Amanda Shanor, The New *Lochner*, 2016 Wis. L.Rev. 133 (2015)

Anna Tims, If eBay’s Customers Are Always Right, Who’ll Protect Its Sellers?, THE GUARDIAN (July 11, 2014), <http://www.theguardian.com/money/2014/jul/11/ebay-buyer-complained-decide-against-seller>, archived at <https://perma.cc/U9AC-XWM2>

Arno Lodder & John Zeleznikow, Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution, in ONLINE DISPUTE RESOLUTION THEORY AND PRACTICE 61–82 (Mohamed Abdel Wahab, Ethan Katsh & Daniel Rainey, eds., 2012)

Cass R. Sunstein, State Action is Always Present, 3 CHI. J. OF INT’L L. 465, 466–67 (2002), <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol3/iss2/15/>, archived at <https://perma.cc/59LF-V7FV>

Cecilia Kang, Court Backs Rules Treating Internet as Utility, Not Luxury, N.Y. TIMES, June 14, 2016, https://www.law.yale.edu/yls-today/news/law-and-gui-calabresi?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_content=Guido&utm_campaign=1409, archived at <https://perma.cc/CRK4-JSN6>.

CFPB, Notice of Proposed Rulemaking on Arbitration Agreements, 81 Fed. Reg. 32829 (May 3, 2016)

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018, p. 365-394.

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35530>

Charles. L. Black, Jr., Foreword: "State Action," Equal Protection, and California's Proposition 14, 81 HARV. L. REV. 69, 95 (1967).

Christopher W. Schmidt, On Doctrinal Confusion: The Case of the State Action Doctrine, 2016 BYU L. REV. 575, 614 (2016).

Christopher W. Schmidt, The Sit-Ins and the State Action Doctrine, 18 William & Mary Bill of Rights J. 767, 828 (2010).

Consumer Financial Protection Bureau, CFPB Proposes Prohibiting Mandatory Arbitration Clauses that Deny Groups of Consumers their Day in Court (May 5, 2016), <http://www.consumerfinance.gov/about-us/newsroom/consumer-financial-protection-bureau-proposes-prohibiting-mandatory-arbitration-clauses-deny-groups-consumers-their-day-court>, archived at <https://perma.cc/4HLM-WAFY>.

Credit Infocenter, Mandatory Binding Arbitration - Credit Card Arbitration, Credit Card Disputes, Is Credit Card Arbitration Fair For Consumers? (June 13, 2016), <http://www.creditinfocenter.com/cards/credit-card-arbitration.shtml>, archived at <https://perma.cc/AM2WPB3X>

Daniel D. Devitt, State Action in Pennsylvania: Suggestions for a Unified Approach, 3 EMERGING ISSUES IN ST. CONST. L. 87 (1990).

David Yarden, Prisons, Profits, and the Private Sector Solution, 21 Am. J. of Crim. L. 325, 331–32 (1994).

Developments in the Law: State Action and the Public/Private Distinction, 123 HARV. L. REV. 1248 (2010) [hereinafter Developments in the Law].

DIGITAL DUE PROCESS (2010), <http://digitaldueprocess.org/index.cfm?objectid=37940370-2551-11DF8E0200C296BA163>, archived at <https://perma.cc/GP2F-5R7E>

DOUGLAS BLACKMON, SLAVERY BY ANOTHER NAME: THE RE-ENSLAVEMENT OF BLACK AMERICANS FROM THE CIVIL WAR TO WORLD WAR II 53–57 (2008).

E. Katsh & J. Rifkin, ONLINE DISPUTE RESOLUTION: RESOLVING CONFLICTS IN CYBERSPACE (2001)

Edward Rubin, The Possibilities and Limitations of Privatization: Outsourcing and American Democracy, 123 HARV. L. REV. 890, 891 (2010).

EEOC v. R.G. & G.R. Funeral Homes, 100 F. Supp. 3d 594 (E.D. Mich. 2015)

Elliot Zaret, Commercial Speech and the Evolution of the First Amendment, WASH. LAW. (Sept. 2015), <https://www.dcbbar.org/bar-resources/publications/washington-lawyer/articles/september-2015-commercial-speech.cfm>, archived at <https://perma.cc/9MPJ-VV8P>.

Elliott Zaret, Commercial Speech and the Evolution of the First Amendment, WASH. LAW., Sept. 2015, <https://www.dcbbar.org/bar-resources/publications/washington-lawyer/articles/september-2015-commercial-speech.cfm>, archived at <https://perma.cc/KZ2K-PQ3X>.

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018, p. 365-394.

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35530>

Emily Chiang, No State Actor Left Behind: Rethinking Section 1983 Liability in the Context of Disciplinary Alternative Schools and Beyond, 60 BUFF. L. REV. 615, 643 (2012).

Erwin Chemerinsky, Rethinking State Action, 80 Northwestern L. Rev. 503 (1985)

Erwin Chemerinsky, Rethinking State Action, 80 NW. U. L. REV. 503, 551 (1985).

Ethan Katsh et al., E-Commerce, E-Disputes- and E-Dispute Resolution: In the Shadow of “eBay” Law, 15 OHIO. ST. J. ON DISPUTE RESOL. 705 (2000)

FRED POWLEDGE, FREE AT LAST? THE CIVIL RIGHTS MOVEMENT AND THE PEOPLE WHO MADE IT 115–34 (1991)

G. Alan Tarr, UNDERSTANDING STATE CONSTITUTIONS 14–15 (1998)

Gillian E. Metzger, Private Delegations, Due Process, and the Duty to Supervise, in GOVERNMENT BY CONTRACT: OUTSOURCING AND AMERICAN DEMOCRACY 292 (Jody Freeman and Martha Minow, eds., 2009)

Gillian E. Metzger, Private Delegations, Due Process, and the Duty to Supervise, in GOVERNMENT BY CONTRACT, supra note 33, at 291.

Gillian E. Metzger, Privatization as Delegation, 103 COLUM. L. REV. 1367, 1421 (2003)

Jessica Silver-Greenberg & Robert Gebeloff, Arbitration Everywhere, Stacking the Deck of Justice, N.Y. TIMES, Oct. 31, 2015, <http://nyti.ms/1KMvBJg>, archived at [https://perma .cc/6FJ2-6YL4](https://perma.cc/6FJ2-6YL4)

Jessica Silver-Greenberg and Michael Corkery, Start-Ups Embrace Arbitration to Settle Workplace Disputes, N.Y. TIMES, May 14, 2016, <http://nyti.ms/1OqSESo>, archived at <https://perma.cc/84DM-2XE3>.

Jill I. Gross, Justice Scalia’s Hat Trick and the Supreme Court’s Flawed Understanding of Twenty-First Century Arbitration, 81 Brook. L.Rev. 111, 131, 134 (2015).

Jody Freeman & Martha Minow, Reframing the Outsourcing Debates, in GOVERNMENT BY CONTRACT, supra note 33, at 1–13.

Joseph W. Singer, After the Flood: Property and Equality in Property Regimes, 52 LOY. L. REV. 243, 258, 270–82, 329–31 (2006)

Joseph W. Singer, No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property, 90 NW. U. L. REV. 1283, 1303–73, 1439–42 (1996)

Joseph W. Singer, We Don’t Serve Your Kind Here: Public Accommodations and the Mark of Sodom, 95 B. U. L. REV. 929, 950 (2015)

Judith Resnik, Arbitration Cuts the Public Out and Limits Redress, NATIONAL L.J., Aug. 22, 2016, <http://www.nationallawjournal.com/id=1202765654457/Arbitration-Cuts-the-Public-Out-and-Limits-Redress>, archived at [https:// perma.cc/JR6T-ANPY](https://perma.cc/JR6T-ANPY).

Julie Posetti, Facebook Has All the Power, THE ATLANTIC, July 10, 2014, <http://www.theatlantic.com/technology/archive/2014/07/facebook-has-all-the-power-you-have-almost-none/374215/> (interview with media critic Jay Rosen), archived at <https://perma.cc/3MQJ-D52G>.

Kate M. Manuel, Definitions of “Inherently Governmental Function” in Federal Procurement Law and Guidance, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE 21 (Dec. 23, 2014), <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42325.pdf>, archived at <https://perma.cc/5J3F-AHEA>.

Kathleen M. Sullivan and Noah Feldman, CONSTITUTIONAL LAW, 819–21 (18th ed. 2013).

L.V. Anderson, Can Your Boss Read Your E-Mail?, SLATE, Mar. 11, 2013, http://www.slate.com/articles/news_and_politics/explainer/2013/03/harvard_email_search_scandal_can_your_employer_read_your_private_messages.html, archived at <https://perma.cc/HJ6T-D83N>.

LARRY ALEXANDER & PAUL HORTON, WHOM DOES THE CONSTITUTION COMMAND?: A CONCEPTUAL ANALYSIS WITH PRACTICAL IMPLICATIONS, 89–90 (1988).

Laura Dickinson, Public Values/Private Contract, in GOVERNMENT BY CONTRACT, *supra* note 33, at 335, 336–51 R

Lawrence Gene Sager, Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms, 91 HARV. L. REV. 1212, 1264 (1978).

Lillian BeVier & John Harrison, The State Action Principle and Its Critics, 96 VA. L. REV. 1767, 1811, 1827, 1835 (2010).

Louis D. Brandeis, The Living Law, 10 ILL. L. REV. 11, 14 (1916), reprinted in JAMES W. ELY, REFORM AND REGULATION OF PROPERTY 461, 464 (1997).

Mark Joseph Stern, Federal Judge: Hobby Lobby Legalized Anti-LGBTQ Discrimination by Religious Employers, SLATE, Aug. 18, 2016, http://www.slate.com/blogs/outward/2016/08/18/federal_judge_uses_religious_liberty_to_legalize_anti_lgbtq_discrimination.html, archived at <https://perma.cc/SN2P-HXVW>

Mark Tushnet, The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law, 1 INT’L J. OF CONST. L. 79, 94 (2003).

Martha Minow, Outsourcing Power: Privatizing Military Efforts and the Risks to Accountability, Professionalism, and Democracy, in GOVERNMENT BY CONTRACT: OUTSOURCING AND AMERICAN DEMOCRACY 110, 121 (Jody Freeman & Martha Minow, eds., 2009)

Martha Minow, Outsourcing Power: Privatizing Military Efforts and the Risks of Accountability, Professionalism, and Democracy, in GOVERNMENT BY CONTRACT, *supra* note 33, at 110, 111–14

MARTHA MINOW, PARTNERS, NOT RIVALS: PRIVATIZATION AND THE PUBLIC GOOD 7–22, 57–68, 132–38, (2002)

Martha Minow, Religious Exemptions, Stating Culture: Foreword to Religious Accommodations in the Age of Civil Rights, 88 SO. CAL. L. REV. 453, 456 (2015)

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018, p. 365-394.

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35530>

Martha Minow, *Should Religious Groups be Exempt from Civil Rights Laws?*, 48 B. C. L. REV. 781 (2007)

Matt Zapotosky and Chico Harlan, *Justice Department Says It Will End Use of Private Prisons*, WASH. POST, Aug. 18, 2016, https://www.washingtonpost.com/news/post-nation/wp/2016/08/18/justice-department-says-it-will-end-use-of-private-prisons/?utm_term=.32c57299bdc7, archived at <https://perma.cc/KB5M-78L5>.

Michael J. Phillips, *The Inevitable Incoherence of Modern State Action Doctrine*, 28 ST. LOUIS L. J. 683, 718–21 (1984).

NAT'L TELECOMMS. AND INFO. ADMIN., U.S. DEP'T. OF COMMERCE (last visited Nov. 16, 2016), <http://www.ntia.doc.gov/>, archived at <https://perma.cc/4UYK-HVE6>.

Net Neutrality: What You Need to Know Now, FREE PRESS (last visited Nov. 16, 2016), <http://www.savetheinternet.com/net-neutrality-what-you-need-know-now>, archived at <https://perma.cc/PN8W-GSUA>

Nina A. Mendelson, *Six Simple Steps to Increase R Contractor Accountability*, in GOVERNMENT BY CONTRACT, supra note 33, at 243.

Orna Rabinovitch-Einy, *Going Public: Diminishing Privacy in Dispute Resolution in the Digital Age*, 7 VA. J. LAW AND TECHN. 2 (2002), http://www.vjolt.net/vol7/issue2/v7i2_a04-Rabinovitch-Einy.pdf, archived at <https://perma.cc/AU92-T46R>; Nancy Leong, *Constitutional Rights in the Digital Age*, HUFF POST TECH, Sept. 18, 2014, http://www.huffingtonpost.com/nancy-leong/constitutional-rights-in-first-amendment_b_5601216.html, archived at <https://perma.cc/E22N-46YX>.

Paul Clement, *Vaughan Lecture at Harvard Law School* (Oct. 26, 2015).

Paul R. Verkuil, *Outsourcing and the Duty to Govern*, in GOVERNMENT BY CONTRACT, 310, 325–327 (Feb. 2008), http://tradeinservices.mofcom.gov.cn/upload/2009/06/30/1246341575078_322905.pdf, archived at <https://perma.cc/W5MX-MHMA>

Paul Schiff Berman, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to “Private” Regulation*, 71 U. Colo. L. Rev. 1263, 1283–84 (2000)

Public Citizen, *The Arbitration Trap: How Credit Card Companies Ensnare Consumers* 3, 9 (Sept. 2007), <http://www.citizen.org/documents/ArbitrationTrap.pdf>, archived at <https://perma.cc/SR93-6YR8>; Silver-Greenberg & Gebeloff, supra note 48

Rich Stim, *Resolving eBay Disputes*, NOLO (last visited Nov. 16, 2016), <http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/resolving-ebaydisputes-29970.html>, archived at <https://perma.cc/SX6F-M2T3>

Richard H.W. Maloy, *“Under Color Of” — What Does It Mean?*, 56 MERCER L. REV. 565, 606–07 (2005).

Samuel Issacharoff, *Private Parties with Public Purposes: Political Parties, Associational Freedoms, and Partisan Competition*, 101 COLUM L. REV. 274 (2001).

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018, p. 365-394.

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35530>

Steven J. Kelman, Achieving Contracting Goals and Recognizing Public Law Concerns: A Contracting Management Perspective, in GOVERNMENT BY CONTRACT, id.

STEVEN L. PIOTT, AMERICAN REFORMERS, 1870–1920: PROGRESSIVES IN WORD AND DEED 127, 128 (2006); see also Jeffrey Rosen, LOUIS D. BRANDEIS: AMERICAN PROPHET 15 (2016)

Timothy Carr, Your Internet Provider is Distorting Free Speech, OTHER WORDS (Oct. 14, 2015), <http://otherwords.org/your-internet-provider-is-distorting-free-speech>, archived at <https://perma.cc/95YT-YYZY>

User comments, PAYPAL COMMUNITY HELP FORUM (last visited Nov. 16, 2016), <https://www.paypal-community.com/t5/Disputes-and-claims-Archive/Paypals-dispute-resolution-is-a-joke-DO-NOT-WASTE-YOUR-TIME/td-p/126166>, archived at <https://perma.cc/L7L9-2T9J>.

WALTER WHITE, ROPE & FAGGOT: A BIOGRAPHY OF JUDGE LYNCH 19–39 (1929).

Who Has Your Back?: Protecting Your Data from Government Requests, ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION (2015), <https://www EFF.org/who-has-your-back-government-data-requests-2015>, archived at <https://perma.cc/KB7W-4XA8>

William J. Novak, Public-Private Governance: A Historical Introduction, in GOVERNMENT BY CONTRACT, supra note 33, at 23

Wilson R. Huhn, The State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice, 34 HOFSTRA L. REV. 1379, 1380 (2006).