

LIBERTAS

REVISTA DE PESQUISA EM DIREITO

ISSN: 2319-0159

Recebido em: 09/05/2020

Aprovado em: 03/12/2020

A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais: o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais por meio de contas “privadas”

The tension between public and private in the exercise of communicative freedoms on social networks: *the american case of public messages from public officials through “private” accounts*

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira¹

Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG
mcattoni@gmail.com

 <http://orcid.org/0000-0002-2409-5804>

Maria Fernanda Salcedo Repolês²

Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG
mariaf.salcedo@gmail.com

 <http://orcid.org/0000-0002-6274-0026>

Francisco de Castilho Prates³

Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG
castilho_2011@yahoo.com.br

 <http://orcid.org/0000-0003-1832-8218>

RESUMO: O artigo aborda o impacto que as redes sociais podem produzir na relação público-privada, quando essas são empregadas por agentes políticos, como meios de interação entre *governantes* e *governados*, a partir do caso *Knight First Amendment*

¹ Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-Doutorado em Teoria do Direito (Università degli Studi di Roma Tre). Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG.

² Mestra em Filosofia (UFMG-Brasil) e Doutora em Direito (UFMG-Brasil). Estágio Pós-Doutoral em Direito (UFRJ-Brasil). Professora Associada do Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade de Direito da UFMG – Brasil.

³ Bacharel, Mestre e Doutor em Direito (UFMG-Brasil). Estágio Pós-Doutoral em Direito (UFMG/Capes-Brasil). Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFMG – Brasil.



Institute At Columbia University v. Trump, em 2018. A hipótese levantada no texto é que tradicionais formas de análise dessas dimensões mostram-se insuficientes diante da complexidade que emerge da construção de espaços interativos virtuais. Além disso, buscamos demonstrar que qualquer resposta aos novos desafios do mundo virtual deve ter como pano de fundo as exigências democráticas que conformam a liberdade de expressão, ainda que essa concepção precise ser relida e reescrita para outros contextos. Adotamos uma linha crítico-metodológica, a qual se funda na análise comparativa de decisões a respeito do objeto. Nesse sentido, as teses e posições sobre liberdade de expressão apresentadas nas decisões das cortes trabalhadas ao longo do texto foram lidas pela lente discursiva e dialógica.

Palavras-chave: Público. Privado. Liberdade de Expressão. Redes Sociais. Democracia.

ABSTRACT: This article addresses the impact that social networks can produce in the public-private relationship, when these are employed by political agents, as forms of interaction between government and governed, from the *Knigh First Amendment Institute at Columbia University v. Trump*, in 2018. The hypothesis raised in the text is that traditional forms of analysis of these dimensions are insufficient in view of the complexity that emerges from the construction of virtual interactive spaces. In addition, we seek to demonstrate that any response to the new challenges of the virtual world must have as a backdrop the democratic requirements that shape freedom of expression, even though this conception needs to be reread and rewritten for other contexts. We have adopted a critical-methodological approach. In this sense, the theses and positions on freedom of expression presented in the court decisions worked in the text were read through a discursive and dialogical lens.

Keywords: Public. Private. Freedom of Expression. Social Medias. Democracy.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O TWITTER PRESIDENCIAL, OS CRÍTICOS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 1.1. Veredito Inicial: uma discriminação ilegítima 2. UMA DECISÃO, INCONTÁVEIS RISCOS E POTENCIALIDADES. 3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA: O PÚBLICO E O PRIVADO EM TEMPOS DIGITAIS. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Assumindo, como ponto de partida, a concepção segundo a qual a democracia constitucional, traduzida como um processo constitutivamente aberto, inacabado e tensional, em que convivem os mais díspares projetos de vida, os mais conflituosos sentidos de liberdade e igualdade, em que o pluralismo, por mais paradoxal que possa soar, possibilita inclusive a expressão de pretensões normativas antipluralistas, perguntamos: quando um Presidente da República utiliza as chamadas redes sociais, como o Instagram, o Facebook ou, como será o nosso caso, o Twitter, meios esses que, em sua origem, são “privados”, para, de modo recorrente, emitir mensagens de interesse público, defender pautas governamentais, difundir propostas e projetos legislativos, inclusive com o uso de símbolos oficiais, tal especificidade seria ou não capaz de produzir um abalo e conseqüente deslocamento dessa “origem”? Isto é, na seara do mundo *online*, em situações como as acima descritas, podemos conceber um âmbito normativo diverso da ideia de “propriedade privada das redes sociais” e, por conseqüência, do campo de incidência da liberdade de expressão?

Nossa hipótese, desde já explicitada, é que em uma esfera comunicativa extremamente dinâmica, a relação entre as dimensões pública e privada não mais admitem serem definidas, de modo *a priori*, a partir de algo como uma “teoria geral” que a todas as situações fosse capaz de abarcar, não se distinguindo os elementos característicos das arenas digitais. Isto é, os ambientes de interação virtual exigem novas abordagens da relação público-privado, desafiando assentadas visões, o que, por sua vez, demonstra a necessidade de tematização não só das especificidades presentes em cada situação de aplicação, mas, principalmente, da concepção de democracia constitucional que perpassa os debates sobre as fronteiras da liberdade de expressão nas arenas *online*.

Procurando averiguar essa hipótese, decidimos adotar uma linha da crítico-metodológica, problematizando os possíveis impactos, na relação público-privado e, por consequência, na definição da abrangência da liberdade de expressão, das redes sociais, quando essas são empregadas por altas autoridades públicas, não para a expressão ou debates de temas que chamaríamos de “aleatórios ou ordinários”, mas, sim, como ferramentas de interação entre os representantes e os representados, de exposição de projetos, de verdadeiros pronunciamentos oficiais.

Assim, poderiam autoridades governamentais, só por serem proprietárias de contas nas redes sociais, escusarem-se de críticas daqueles que com elas interagem nesses espaços virtuais, quando esses são empregados para “declarações oficiais”? Tais “declarações” teriam a capacidade de tornar o *Twitter*, um “fórum público”, redefinindo a incidência do privado em sua relação com a liberdade de expressão?

Buscando abordar questionamentos como esses, tendo como pano de fundo nosso ponto de partida e a hipótese por nós assumida, é que decidimos partir dos argumentos e debates ocorridos durante o processo e julgamento do denominado caso “*Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (2018), além de também analisarmos alguns de seus posteriores desdobramentos judiciais.

Destaque-se, por fim, que essa escolha não foi aleatória, haja vista que é um tema ainda por demais recente, sendo o caso selecionado um dos poucos já decididos e com amplo debate sobre as pretensões normativas levantadas pelos participantes envolvidos. Ou seja, tal esclarecimento permite-nos enfatizar algo implícito em nossa orientação metodológica, qual seja, nosso objetivo analítico não tem qualquer pretensão de “esgotar o tema”, mas sim, levantar e buscar tematizar tanto os argumentos que convergem a nossa hipótese quanto àqueles que lhes são contrários.

1. O TWITTER PRESIDENCIAL, OS CRÍTICOS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO⁴

⁴ Indique-se que todos os dados e argumentos expostos nas decisões judiciais referentes, especificamente, ao caso *Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump* (2018), possuem como fonte o banco do site do *Columbia University's Knight First Amendment Institute*, autor principal da ação judicial que originou o caso em tela. Disponível em:

A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais: o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais por meio de contas “privadas”

Em 2017, o Presidente Donald Trump, após receber, em sua conta pessoal do Twitter, alguns comentários (*replies*) críticos por algumas de suas postagens que abordavam ou anunciavam programas, políticas e medidas de interesse público, decidiu bloquear alguns desses críticos.⁵

Tal conduta foi o estopim para se questionar a constitucionalidade dessa ação, o que implicava toda uma gama nova de reflexões sobre o campo de incidência normativa da liberdade de expressão, haja vista que, em tese, a conta seria *privada*, não incidindo, em princípio, algumas das categorias existentes na denominada “*Doutrina do Fórum Público*”⁶, a qual busca configurar, no contexto estadunidense, temas e indagações como os presentes no caso em tela.⁷

<<https://knightcolumbia.org/content/knight-institute-v-trump-lawsuit-challenging-president-trumps-blocking-critics-twitter>>. Último acesso realizado em: 29/01/2020.

⁵ Cf. “Rebecca Buckwalter, Philip Cohen, Holly Figueroa, Eugene Gu, Brandon Neely, Joseph Papp, and Nicholas Pappas [...], are all Twitter users. [...] They each tweeted a message critical of the President or his policies in reply to a tweet from @realDonaldTrump account. [...] Each individual plaintiff had his or her account blocked shortly thereafter, and each account remains blocked”. “*Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*”. (United States District Court, NY, p. 12, 2018).

⁶ Cf. “Generally, “[t]he forum doctrine has been applied in situations in which government-owned property or a government program was capable of accommodating a large number of public speakers without defeating the essential function of the land or the program.” Pleasant Grove City [...]. By contrast, forum analysis is not appropriately applied when “the government has broad discretion to make content-based judgments in deciding what private speech to make available to the public.” United States v. Am. Library Ass’n, 2003” “*Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*”. (United States District Court, NY, p. 51, 2018).

⁷ Essa posição interpretativa, em termos sintéticos, volta-se para aferir o campo de incidência da 1ª Emenda quando o espaço, direta ou indiretamente, está sob comando estatal-governamental ou pode ser denominado como “propriedade estatal”. Isto é, a Doutrina do Fórum Público foi pensada para saber se o governo pode ou não impor condicionamentos as liberdades comunicativas em espaços que estão sob seu controle. Para uma perspectiva mais abrangente a respeito da “Public Forum Doctrine”, especialmente sobre algumas de suas categorias, conferir: FARBER; NOWAK, 1984; NUNZIATO, 2018: 22-51; BRIGGS, 2018: 12-26 e LIDSKY, 2011: 1979-1994. Em relação ao posicionamento da Supreme Court a respeito desse ponto, deve-se atentar ao caso “*Perry Education Association v. Perry Local Educators’ Association*” (1983), no qual foram sedimentadas três categorias básicas de fóruns públicos: “traditional public fórum”, “designated public fórum” e “nonpublic fórum”.



O caso foi apresentado pelo denominado “*Knight First Amendment Institute*”, vinculado à Universidade de Columbia, atuando em nome de algumas das pessoas que tiveram seu acesso ao Twitter do Presidente Trump bloqueados.

A tese defendida era de que a conta de Twitter de Trump, não obstante ser pessoal, e ter sido criada antes desse ser alçado à Presidência, tinha, pelo uso que a ela era dado, além do emprego de símbolos e dizeres presidenciais, tornado-se um fórum público de debate com a máxima autoridade federal.

Na visão dos autores da ação, a conduta de bloquear com fundamento em posturas críticas às teses presidenciais, quando o assunto era concernente a todos, por se tratar de temas governamentais, violava a possibilidade da máxima do “quanto mais discurso melhor”, conformando, nessa perspectiva, uma inconstitucional ofensa ao exercício da Liberdade de Expressão como disposta na *1ª Amendment*⁸, já que tais bloqueios baseavam-se tão-somente nos pontos de vista políticos expressados pelos participantes, ainda que essa interação tivesse ocorrido em uma plataforma particular, não sendo oficialmente um canal de comunicação da Presidência.

Esses foram alguns dos argumentos que a Corte Distrital de Nova York (US District Court, NY) teve que enfrentar.⁹ Isto é, como se lê no relatório da sentença, o ponto central era se, a partir da liberdade de expressão, como constitucionalmente prevista, poderia o Presidente da República, com fundamento em discordância e crítica política, impedir (“*block*”) um cidadão de participar das interações em sua conta de Twitter, quando o tema fosse de interesse público.

Posto de outro modo, não se negou que a plataforma digital denominada Twitter é um espaço interativo (“*interactive space*”) de base privada, em que os indivíduos poderiam decidir, como proprietários com quem “interagir”. Todavia, esse mesmo espaço, debaixo de certas singularidades, poderia ou não atrair a dimensão

⁸ First Amendment. “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

⁹ Saliente-se, que reconhecemos que as decisões que serão aqui debatidas levantam uma série de teses que admitem outras abordagens, mas, por uma escolha metodológica, nossa ênfase recairá sobre a disputa sobre os sentidos de público e privado no que se refere ao exercício da liberdade de expressão por autoridades públicas através das chamadas “mídias sociais”.

**A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais:
o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais
por meio de contas “privadas”**

protetiva da Primeira Emenda, no que se refere a sua dimensão de limite aos atos de agentes governamentais na esfera pública de debates?

A juíza responsável pelo caso nessa instância, *Naomi Reice Buchwald*, sempre dialogando com inúmeros precedentes que abordavam a liberdade de expressão e a questão das novas mídias sociais¹⁰, além de realizar toda uma análise das ferramentas de interação que conformam o Twitter, reconheceu, de saída, a enorme complexidade do caso, haja vista que determinar o sentido de público e privado na situação implicava uma série de riscos, trabalhando sempre na fronteira do que seja censura pública e o direito individual à privacidade. Isto é, um cidadão, ainda que agente público, mesmo um Presidente da República, não perde esse direito fundamental dos indivíduos contra interferências ilegítimas em sua esfera pessoal.¹¹

Assim, foi destacado que a conta do cidadão Donald Trump era anterior a sua eleição ao cargo de Presidente, mas que, após o início de seu mandato, esse passou a empregar essa ferramenta para tornar público temas que gravitam em torno de sua administração, defendendo suas políticas e, até mesmo, criticando seus opositores.¹²

Em 2017, ao ser criticado por alguns de seus “seguidores” do Twitter, o Presidente Trump reagiu a tais críticas com o bloqueio de alguns dos participantes que discordaram de suas visões sobre matérias de interesse coletivo. Assim, ao serem bloqueados, foram impedidos de interagirem com aquela conta do Twitter.

Na perspectiva dos demandantes, essa conduta atentaria contra sua liberdade de expressão, causando, desse modo, um profundo, concreto e não justificado impacto nessa liberdade fundamental. Foram esses “danos”, originários da

¹⁰ Entre outros: *Reno v. ACLU* (1997); *Cornelius v. NAACP Legal Def. & Educ. Fund, Inc.* (1985) e, principalmente, *Packingham v. North Carolina* (2017).

¹¹ Sempre dialogando com argumentos construídos em outros precedentes, enfatizou-se que: “To be clear, a public official does not lose his First Amendment rights upon taking office. [...] That is, no set of plaintiffs could credibly argue that they “have a constitutional right to prevent [government officials] from exercising their own rights” under the First Amendment”. *“Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump”* (US District Court, NY, p. 64, 2018).

¹² *“Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump”* (US District Court, NY, p. 10, 2018).



conduta presidencial de “bloqueio”, que atrairiam a proteção da *First Amendment*, a qual não seria afastada, meramente, pela circunstância do Twitter ser uma “propriedade privada”.

Pode-se perceber que a questão central para o desenlace da citada ação judicial era se a conduta de bloquear, quando realizada pelo Presidente da República, tornaria o Twitter um “fórum público”, atraindo a norma estabelecida na 1ª Emenda.

Tal ponto é visível, entre outras passagens, quando é recuperado o caso *Cornelius v. NAACP Legal Def. & Educ. Fund, Inc.*, decidido pela Suprema Corte em 1985, no qual se lê: “*We must first decide whether*” *the speech in which the individual plaintiffs seek to engage “is speech protected by the First Amendment”*. (US District Court, NY, p. 37, 2018)

Os autores da ação, visando alcançar a proteção da Primeira Emenda buscaram demonstrar que a interação dialógica realizada entre os “bloqueados” e o Presidente Trump deu-se através de um discurso político, isto é, um discurso voltado a temas e problemas de interesse público, no sentido que dizia respeito a assuntos que a toda sociedade americana interessava, o que, na opinião dos autores da ação, era um “discurso protegido” pelo *free speech*, não caindo em nenhuma das estreitas categorias que a Suprema Corte entende que podem ser restringidas.¹³

Por sua vez, a defesa centrou-se em argumentos que visavam descaracterizar o Twitter do Presidente Trump como um “fórum público”, afirmando, por exemplo, que a possibilidade de bloquear um “seguidor” não era exclusiva, mas, ao contrário, uma ferramenta disponível a todos os que participam do Twitter. Ou seja, o ato de bloquear não poderia ser considerado uma “Ação de Estado” (“*State Action*”)¹⁴, o que impediria a incidência da Primeira Emenda como os demandantes pretendiam.

¹³ A título exemplificativo podemos citar: obscenidade, difamação, fraude e “falas” que incitem a condutas ilícitas. “*Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (US District Court, NY, p. 38, 2018). Registre-se que, mesmo essas categorias “não protegidas”, recebem um tratamento altamente excepcional e de aplicação extremamente restritiva por parte da Suprema Corte do EUA.

¹⁴ “*State Action*” aqui conceituada como o modo pelo qual, tradicionalmente, a Suprema Corte tem interpretado a 1ª Emenda, afirmando que essa não incide, em regra, sobre as relações entre particulares. Para um aprofundamento, ver: (CHEMERINSKY, 1985).

**A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais:
o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais
por meio de contas “privadas”**

Em outras palavras, o bloqueio dos demandantes seria legítimo, pois o Presidente Trump não teria sido afastado, apenas por ter sido eleito, dos direitos que a referida Primeira Emenda garante, entre os quais, na perspectiva da defesa, estaria o direito de escolher com quem interagir no Twitter.¹⁵

Além disso, também foi levantado que um agente público não está impedido de excluir, de sua propriedade pessoal, qualquer pessoa, haja vista que esse direito de excluir (“*right to exclude*”) é central na compreensão do direito de propriedade. Inclusive, tal direito de exclusão é reconhecido ao próprio governo em relação a determinadas “propriedades” de sua alçada¹⁶, bastando, por exemplo, que pensemos em áreas militares ou hospitalares com acesso restrito.

Outro ponto que foi trazido aos debates foi o fato de que o estabelecimento da conta do Twitter de Trump datava de 2009, sendo anterior a sua eleição para a Presidência, o que demonstraria, na visão da defesa, seu aspecto “pessoal”, não institucional. Isto é, o Twitter de Donald Trump não poderia ser traduzido a partir da noção de “*public forum*”, já que voltado e empregado para *falas particulares*.¹⁷

Ainda que apresentados de modo sintético, esses foram alguns dos argumentos apresentados pelas partes envolvidas, os quais levantaram uma série de questões que exigiram da julgadora uma sentença analítica, visando construir parâmetros que permitissem decidir se a 1ª Emenda havia ou não sido violada pela

¹⁵ “Defendants contend that the blocking of the individual plaintiffs is permissible because the President retains a personal First Amendment interest in choosing the people with whom he associates and retains the right not to engage with (i.e., the right to ignore) the individual plaintiffs. Further, they argue, the individual plaintiffs have no right to be heard by a government audience and no right to have their views amplified by the government”. “*Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (US District Court, NY, p. 64, 2018).

¹⁶ “*Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (US District Court, NY, p. 47, 2018).

¹⁷ “Donald Trump established @realDonaldTrump in March 2009. Before his inauguration, he used this account to tweet about a variety of topics, including popular culture and politics”. “*Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (US District Court, NY, p. 09, 2018).



conduta presidencial de bloquear os seus críticos na plataforma digital do Twitter, o que implicou pensar a liberdade de expressão dentro do campo do mundo virtual.¹⁸

Após superar questões processuais levantadas, abordando especificamente o mérito da ação, um dos primeiros pontos decididos foi o de que o discurso dos demandantes não se incluía em nenhuma das estreitas categorias não cobertas pela Primeira Emenda. Ou seja, as “falas” dos autores da ação, por versarem sobre temas que interessavam a toda a sociedade, configuravam discurso político, sendo, por isso, abrangidos pela liberdade de expressão.

Todavia, tal reconhecimento não implicava, por si só, que o espaço digital em que essas disputas estavam sendo travadas tornava-se uma dimensão pública, como tradicionalmente traduzida, isto é, como se aquele espaço passasse a ser tido como “estatal-governamental”, sendo essa outra questão que precisava ser tematizada.¹⁹

Procurando abordar esse ponto, analisou-se se o emprego do Twitter pelo Presidente da República poderia conformar um espaço em que o acesso estaria sendo controlado pelo governo, ainda que privado em sua origem. Ou seja, poderia ser o Twitter, um instrumento de base privada, na situação em análise, ser empregado para fins públicos, atraindo, desse modo, a Primeira Emenda?

Para responder essa indagação, a juíza responsável pelo caso enfrentou, principalmente, a questão do propósito e intenção do Twitter de Trump, o que, por consequência, atingia a forma como o acesso a esse espaço poderia ser conformado.

Em sua abordagem fica claro que dizer “público” não é sinônimo de “incondicionado”, pois não são poucos exemplos de “áreas públicas” que têm um acesso restrito, bastando que comparemos, por exemplo, uma área que esteja sob

¹⁸ A importância de tal caso é visível quando iluminamos a circunstância de que, nos dias atuais, incontáveis autoridades públicas, em todas as principais democracias constitucionais, empregam as mídias sociais em seu cotidiano, como forma de interação com o público. O que, por si só, não implica dizer que todas essas plataformas digitais se transmudem em “espaços públicos” apenas pelo motivo de seus usuários serem ou assumirem cargos ou funções públicas-políticas, o que reforça a necessidade de problematizarmos esse quadro de extrema complexidade em que a liberdade de expressão contemporaneamente se move.

¹⁹ “*Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (US District Court, NY, p. 38-39, 2018).

**A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais:
o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais
por meio de contas “privadas”**

algum tipo de controle governamental, sendo empregada para pesquisas médicas que lidam com patógenos de alto contágio, com uma praça ou estacionamento público.

Além disso, foi também reconhecido que nem todas as interações realizadas no Twitter do cidadão Trump diziam respeito às funções do Presidente Trump, sendo essa uma distinção que não poderia ser desconsiderada, sob pena de negar ao cidadão Trump, o seu próprio direito de decidir com quem interagir em assuntos que não são de interesse de todos. Isto é, o que interessava à solução do caso era saber se o ato de bloquear estava relacionado ou não com temas de preocupação pública, de pauta de políticas governamentais, não com a conta do Twitter como um todo.

Em profundo diálogo²⁰ com argumentos levantados em outros julgados, não só os decididos pela Suprema Corte, reconheceu-se que para o Twitter possa ser tido como um “fórum público”, algum nível de controle governamental precisaria incidir na situação, haja vista que, refletindo a tradição da “*State Action*”, partiu-se da circunstância que a Constituição aplicar-se-ia, com raras exceções, só em relação ao “estatal-governamental”²¹, não entre “particulares” em suas relações privadas²²

Além disso, como acima já citado, enfatizou-se que o “Estado”, como qualquer outro “proprietário” detém o poder de conformar sua “propriedade”, o que inclui o direito de excluir ou restringir o acesso, o que inclui a possibilidade de silenciar certos discursos. Ou seja, há casos singulares, envolvendo, por exemplo, temas sensíveis na área de segurança nacional que não apenas o “acesso físico” a certos locais é vedado e controlado, como cláusulas de confidencialidade podem ser impostas, sem que isso configure, em princípio, violação ao direito de livre expressão.

Enfim, o mero fato de um ambiente poder ser tido como “controlado pelo governo” não é uma garantia absoluta de que o exercício da liberdade de expressão,

²⁰ “*Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (US District Court, NY, p. 39-58, 2018).

²¹ “The Free Speech Clause restricts [only] government regulation of private speech” [...]. Pleasant Grove City [...]. “*Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (United States District Court, NY, p. 53, 2018).

²² “State action doctrines remain the dividing line between the public sector, which is controlled by the Constitution, and the private sector, which is not.” (CHEMERINSKY, 1985: 504).



como conformado na Primeira Emenda à Constituição dos EUA, possa ser exercido em sua plenitude, com o mais amplo acesso e abertura possível.

A esses argumentos, a defesa também acrescentou que o “bloqueio” de alguns, por parte do Presidente Trump, não refletiria um ato estatal (“*state action*”), o que impediria a incidência da 1ª Emenda, já que essa possibilidade de “bloquear” era difusa e garantida a todos os demais proprietários de conta no Twitter, não sendo, assim, uma conduta fundada em algum tipo de autorização normativa estatal.

Essa tensa fronteira entre o privado e o público é visível no fato de que o Twitter, enquanto organização privada, mantém o controle sobre todas as contas, mas, ao mesmo tempo, não há como negar que os usuários também possuem uma parcela considerável de controle sobre diversos aspectos, incluindo o de bloquear.

Todavia, para analisar a legitimidade dessas possíveis “exclusões”, impõe-se iluminar o contexto em que a conduta ocorre, sendo esse ponto central no entendimento das pretensões levantadas pelos atores envolvidos na ação em tela.

Nessa linha, ficou nítido que “controle governamental” era algo que transcendia o aspecto físico-geográfico, além de não estar vinculado a algo como um “título legal de propriedade”. Isto é, ainda que fosse uma “propriedade privada”, reconhecida legalmente como tal, o importante era analisar se essa estaria ou não dedicada a um “uso público”, pois, se assim fosse reconhecido, a normatividade da Primeira Emenda deveria ser investigada se estaria ou não incidindo, e se as “exclusões” realizadas tinham justificativa constitucional para serem aplicadas.

Houve também o aspecto temporal na definição dos sentidos, pois, no caso, não obstante a conta do Presidente Trump ser anterior a sua assunção à Presidência, isso não implicava, automaticamente, que essa conta era empregada exclusivamente para assuntos que só concernem ao “cidadão Trump”. Isto é, como se lê na sentença, a conta de Donald Trump é apresentada como sendo do “45º Presidente dos Estados Unidos”, sendo empregada, de modo recorrente, para “comunicados oficiais”, incluindo, até mesmo, assuntos de política externa, configurando uma natureza, diríamos nós, presidencial daqueles específicos “tweets”.²³

²³“That is, the President presents the @realDonaldTrump account as being a presidential account as opposed to a personal account and, more importantly, uses the account to take actions that can be

A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais: o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais por meio de contas “privadas”

Percebe-se que o só fato de ser “anterior” não implica que, “no presente”, a conta pessoal de Trump não possa ser tida como “fórum público”, reconhecendo-se a possibilidade de alteração da natureza do “espaço” em virtude do modo que está sendo empregado.²⁴ Ou seja, emerge aqui a tensão temporal entre uma “origem privada” e um “presente uso público”, demonstrando-se que a origem de um “espaço” não é imutável, sendo passível de sofrer alterações dependendo de como utilizada e de seu intuito, bastando pensarmos que um prédio público projetado para ser uma base militar pode, após não ter mais essa função, ser transformado em uma biblioteca pública, tornando-se, assim, um “fórum público” em sua plenitude.

Segundo a linha interpretativa adotada pela juíza Buchwald, os argumentos empregados pela defesa para descaracterizar a conta de Trump como “fórum público”, mostraram-se não sustentáveis, pois o modo que a conta era apresentada e empregada, fazia crer, de modo difuso, de que se tratava de algo como um espaço de interação “oficial da Presidência”, como que se identificando, poderíamos colocar, o emissor dos *tweetes*, o proprietário da conta do Twitter, com a própria imagem institucional da “Presidência da República”, sendo essa a circunstância que tornava possível analisar a questão a partir da noção de “*public forum*”.

Outro ponto atacado foi o referente ao “*Viewpoint Discrimination*”²⁵, o qual estava vinculado a presença da ideia do Twitter como “fórum público”, haja vista que a ideia de “discriminação do ponto de vista” só faz sentido quando o autor da restrição se move na seara governamental. Isto é, segundo esta posição, o só fato de se considerar um discurso crítico não legitima restrições e reduções à liberdade de expressão, pois o Estado não pode pretender escutar só as ideias que mais lhe

taken only by the President as President”. “*Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (US District Court, NY, p. 44-45, 2018).

²⁴ Cf. “[t]he past history of characterization of a forum may well be relevant; but that does not mean a present characterization about a forum may be disregarded.” *Ridley v. Mass. Bay Transp. Auth.*, 1st Cir. 2004. “*Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (United States District Court, NY, p. 48, 2018).

²⁵ “*Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (US District Court, NY, p. 62-69, 2018).



agradem²⁶, devendo pautar-se por uma postura normativa de máxima neutralidade diante das ideias colocadas em disputa.²⁷

Assim, a questão versava sobre se a conduta de bloquear os demandantes seria justificável em um fórum adjetivado como público, pois tais espaços, tradicionalmente, recebem a incidência de normas protetivas contra possíveis interferências silenciadoras de atores público-governamentais, em que qualquer restrição deve estar amparada, ela própria, em um interesse público maior, do contrário, será ilegítima e inconstitucional.

1.1 Veredito Inicial: uma discriminação ilegítima

A conclusão construída foi de que o bloqueio se fundou nas posições expressadas pelos demandantes, configurando “*viewpoint discrimination*”, sendo que o ato do bloqueio ocorreu logo após os demandantes terem postados suas críticas a determinadas postagens do Presidente Trump sobre sua administração, seus atos presidenciais, como, por exemplo, as indicações feitas para alguns cargos e funções executivas. Isto é, reconheceu-se que o bloqueio se deu em razão das críticas ao Presidente Trump em temas de interesse social, conformando uma conduta não admissível diante da Primeira Emenda²⁸, conflitando, em razão das singularidades presentes no caso, com a exigência de um “*viewpoint-neutral*”, significando que se o

²⁶ Essa posição pode ser sintetizada na seguinte passagem presente em um precedente da Suprema Corte: “[...] above all else, the First Amendment means that government has no power to restrict expression because of its message, its ideas, its subject matter, or its content. [...] To permit the continued building of our politics and culture, and to assure self-fulfillment for each individual, our people are guaranteed the right to express any thought, free from government censorship. The essence of this forbidden censorship is content control.” *Police Dept. of City of Chicago v. Mosley* (1972).

²⁷ “The viewpoint-neutral requirement means that the government cannot regulate speech based on the ideology of the message.” (CHEMERINSKY, 2000: 51). Porém, Chemerinsky adverte que a “Supreme Court never has defined what constitutes viewpoint discrimination.” (CHEMERINSKY, 2000: 59).

²⁸ “The continued exclusion of the individual plaintiffs based on viewpoint is, therefore, impermissible under the First Amendment”. “*Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (US District Court, NY, p. 63, 2018).

**A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais:
o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais
por meio de contas “privadas”**

governo não precisa “amplificar” dadas vozes e ideias, também não pode “silenciar” outras, as que, por exemplo, defendam pontos de vista discordantes.

Em suma, ainda que lembrando, como acima enfatizado, que nenhum agente público perde seus direitos à proteção da 1ª Emenda, não houve como negar que os argumentos alegados pelos proponentes da ação em análise, no que se refere a discriminação pelo conteúdo do que foi postado tornou-se evidente, inclusive em virtude dessa linha dos demandantes não ter sido contestada pela defesa.²⁹

Saliente-se que, durante o julgamento, não se questionou a forma como o próprio Twitter decide conformar seu espaço interativo³⁰, sendo esse um aspecto para além do caso. Isto é, o que se procurou compreender, em linhas gerais, era se a circunstância de um proprietário de uma conta no Twitter ser um representante eleito, ainda mais quando esse representa, simbolicamente, toda uma nação, pode alterar, de algum modo, a natureza daquela conta ou de algum dos comentários ali expressos.

Devemos ver que o caso versou sobre o ato de “bloquear”, mas também se destacou que o Twitter possibilita uma saída “menos dura” para aqueles que com quem não desejamos interagir, qual seja, a opção “mute”, sendo essa possibilidade menos ofensiva. Ou seja, essa possibilidade permitiria algum tipo de interação, mas evitando que “ouçamos” as suas “respostas”, como que ignorando tais usuários.

Essa linha de raciocínio conduziu a juíza do caso a entender que o ato de bloquear seria uma conduta muito mais radical, pois vedaria todo acesso interativo,

²⁹ Por sua vez, a linha de defesa, no que refere a tal ponto, fundou-se nos seguintes argumentos para tentar justificar o bloqueio dos demandantes: “[...] the blocking of the individual plaintiffs is permissible because the President retains a personal First Amendment interest in choosing the people with whom he associates and retains the right not to engage with (i.e., the right to ignore) the individual plaintiffs. Further, they argue, the individual plaintiffs have no right to be heard by a government audience and no right to have their views amplified by the government”. *“Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump”* (US District Court, NY, p. 64, 2018).

³⁰ “The disputed issue is not with the tweets themselves; rather, it involves the interactive space associated with the president’s Twitter account, the space that allows Twitter users to interact with the president and with one another in relation to the president’s tweets”. (NUNZIATO, 2018: 58).

afirmando que a solução passaria pela tecla “mute”, não a “block”.³¹ Isto é, pessoas “silenciadas”, ao contrário das “bloqueadas”, mantém certo nível de interação com os tweets do usuário que as silenciou, mas esse último, não veria suas *respostas*.³²

Desse modo, os impactos de “silenciar” e “bloquear” foram tidos como distintos em termos de operacionalidade das contas do Twitter, o que também produziria resultados normativos diversos. Isto é, foi essa distinção que conduziu a julgadora a entender que o primeiro ato seria, por ser menos invasivo, em termos interativos, constitucional diante das singularidades presentes e debatidas no caso.³³

Sob pena de alongarmos esse ponto, ainda que sabedores de que a sentença em tela contém inúmeros elementos que, por opção metodológica, decidimos tangenciar, averiguamos que, como base nos debates travados, a juíza da Corte Distrital afirmou, além de reconhecer sua jurisdição sobre o caso, que as pretensões levantadas pelos autores da ação eram mais adequadas em termos constitucionais.³⁴

Nesse diapasão, admitiu-se que a conta do Twitter de Trump poderia ser analisada a partir da noção de “fórum público”³⁵, fazendo incidir a 1ª Emenda sobre

³¹ “*Knigt First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (US District Court, NY, p. 65-68, 2018).

³² “That is, muting allows a user to ignore an account with which the user does not wish to engage. The muted account may still attempt to engage with the muting account -- it may still reply to tweets sent by the muting account, among other capabilities -- but the muting account generally will not see these replies. [...] Blocking, by contrast, goes further. The blocking user “will not see any tweets posted by the blocked user” just as a muting user would not see tweets posted by a muted user, but whereas muting preserves the muted account’s ability to reply to a tweet sent by the muting account, blocking precludes the blocked user from “see[ing] or reply[ing] to the blocking user’s tweets” entirely. [...]. The elimination of the blocked user’s ability to reply directly is more than the blocking user merely ignoring the blocked user; it is the blocking user limiting the blocked user’s right to speak in a discrete, measurable way”. “*Knigt First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (US District Court, NY, p. 66, 2018).

³³ “In sum, we conclude that the blocking of the individual plaintiffs as a result of the political views they have expressed is impermissible under the First Amendment. While we must recognize, and are sensitive to, the President’s personal First Amendment rights, he cannot exercise those rights in a way that infringes the corresponding First Amendment rights of those who have criticized him”. “*Knigt First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (US District Court, NY, p. 67-68, 2018).

³⁴ “*Knigt First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (US District Court, NY, p. 74-75, 2018).

³⁵ Saliente-se, desde já, que esse aspecto foi também reconhecido quando do julgamento da apelação interposta pelo Presidente Trump junto à Corte do 2º Circuito (US Court of Appeals For the Second

A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais: o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais por meio de contas “privadas”

aquele espaço e, por consequência, o ato de bloquear com fundamento nos “pontos de vista” dos demandantes configurava uma ação inconstitucional, infringindo o exercício, constitucionalmente assegurado, da liberdade de expressão.³⁶

Em síntese, decidiu-se que a conduta, levada a efeito pelo Presidente Trump, de bloquear seus críticos, era inconstitucional, violando a Primeira Emenda, haja vista que a configuração “oficial” evidenciada da conta do twitter do cidadão Trump, possibilitava que esse espaço interativo fosse traduzido como “fórum público”. Isto é, foi considerado ilegítimo o bloqueio de alguns usuários do Twitter pelo fato de expressarem pontos de vista críticos diante de certas *falas* do *Presidente* Trump.³⁷

A título ilustrativo desse tipo de raciocínio, podemos recuperar a circunstância, destacada por *Samantha Briggs* (2018:05), ao escrever sobre o tema, de que inúmeros líderes estrangeiros reconhecem a conta do twitter de Donald Trump como um “órgão oficial de comunicação” da Casa Branca.³⁸ Ou seja, o uso dado a conta do Twitter pelo Presidente Trump, conjuntamente com alguns de seus assessores, passa a mensagem, para aqueles que com esta conta interagem, que se trata, em realidade,

Circuit), em que foi reafirmado que a conta do Twitter de Donald Trump, em virtude da forma que era conformada e empregada, apresentava-se, naquela rede social, como uma “conta oficial”. (US Court of Appeals For the Second Circuit, p. 07-08, 2019).

³⁶ “That interactive space [Twitter] is susceptible to analysis under the Supreme Court's forum doctrines, and is properly characterized as a designated public forum. The viewpoint-based exclusion of the individual plaintiffs from that designated public forum is proscribed by the First Amendment and cannot be justified by the President's personal First Amendment interests”. *“Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump”* (US District Court, NY, p. 75, 2018).

³⁷ Nessa linha, indo, mais uma vez, ao julgamento da apelação interposta, a qual não prosperou, lemos: “The Account was intentionally opened for public discussion when the President, upon assuming office, repeatedly used the Account as an official vehicle for governance and made its interactive features accessible to the public without limitation. We hold that this conduct created a public forum. If the Account is a forum—public or otherwise—viewpoint discrimination is not permitted. (US Court of Appeals For the Second Circuit, p. 23, 2019).

³⁸ Cf. “[...] foreign leaders such as Russian President Vladimir Putin reportedly consider President Trump's tweets via @realDonaldTrump to be official White House statements”. (BRIGGS, 2018: 05)



de espaço de “pronunciamentos oficiais”, não pessoais, como a defesa fez crer em seus argumentos.³⁹

Posto de outro modo, essa circunstância justificaria a decisão da juíza do caso em interpretar a conta do Twitter de Trump, enquanto Presidente, a partir da ideia de “fórum público”, atraindo a dimensão protetiva da Primeira Emenda, tornando inconstitucional o ato de bloquear usuários em razão de conteúdos de crítica política. Ou seja, o ato de bloquear, nesse cenário, foi traduzido como “*state action*”.

Essa decisão, como era de se esperar, produziu enorme impacto, conduzindo a uma série de debates que envolviam desde os possíveis reflexos sobre a conformação das mídias sociais, passando por outras como autoridades e agentes políticos que interagem com seus representados através dessas mídias iriam agora se portar, até sobre a necessidade de se tematizar a relação entre a dimensão pública e a privada. Isto é, uma sentença analiticamente construída, em constante diálogo com diversos precedentes, fez adentrar, de modo explícito, no campo dos estudos da liberdade de expressão, os espaços digitais, suas ambiguidades e potencialidades, sua intrínseca complexidade, desafiando tradicionais entendimentos e compreensões.

Desse modo, o que torna o caso do Twitter de Trump digno de análise é a circunstância que o emprego das diversas redes sociais existentes não é exclusividade de um ou outro agente político, mas tornou-se algo difuso, incluindo instituições e agências governamentais. Além disso, essas redes, em inúmeros casos, são usadas como canais oficiais de interação, sendo usadas por serem mais acessíveis e diretas com os cidadãos.

Com efeito, as redes sociais impõem que tematizemos para além do que denominaríamos de “título originário de propriedade”, colocando em xeque tradicionais elementos de análise, fazendo emergir desafios antes impensáveis, demonstrando que a construção da liberdade de expressão jamais é estática, vinculada a um só sentido possível, mas que é influenciada, fortemente, pelos contextos comunicativos, alterando-se desde as primeiras “prensas tipográficas” até os mais modernos mecanismos funcionais de interação. Isto é, o caso em análise

³⁹ “The core of defendants’ argument was as follows: The President uses the [@realDonaldTrump] account for his speech, not as a forum for the private speech of others”. (BRIGGS, 2018: 11).

A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais: o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais por meio de contas “privadas”

comprova que será necessário construirmos outras abordagens e metodologias no que se refere ao *free speech* em sua relação com ambientes virtuais de interação.

A partir de tudo o aqui exposto, destaca-se o ponto que nos conduziu a abordar tal objeto, que é a questão do sentido democrático e constitucional da dimensão do *público*, pensado a partir de plataformas originariamente “privadas”, do mundo *online*, no qual as próprias noções tradicionais de espaço e tempo se evaporam devido à rapidez com que as “falas” são produzidas e postas em circulação global. Isto é, o fenômeno crescente de emprego das redes sociais como veículo de interação entre os governos e seus cidadãos e, como em nosso caso, entre “eleitores” e “representantes”, em um Estado Democrático de Direito, leva-nos a perguntar, com base nos argumentos e debates acima apresentados: qual seria a fronteira normativa, nessa “nova seara”, do “*público*” em sua relação com o exercício contemporâneo da liberdade de expressão?⁴⁰

2. UMA DECISÃO, INCONTÁVEIS RISCOS E POTENCIALIDADES⁴¹

Em 1919, *Oliver Wendell Holmes*, icônico juiz da Suprema Corte, em seu voto divergente no paradigmático caso *Abrams v. United States*, fez adentrar na esfera jurisdicional estadunidense a ideia de um *livre comércio de ideias* (“*free trade in*

⁴⁰ Registre-se que, em julho de 2019, um painel de três juízes da US Court of Appeals For the Second Circuit, reafirmou a decisão da 1ª Instância, concluindo que estava configurado um “public forum”, o que vedava, a partir da Primeira Emenda, que agentes públicos bloqueassem pessoas por discordarem das críticas a eles endereçadas, em temas e assuntos referentes a “negócios governamentais”. Além disso, enfatizou-se que os novos espaços de interação virtual demonstram ser, de modo crescente, mecanismos potencializadores da própria democracia contemporânea. Argumentos como esses conduziram a Corte de Apelação a seguinte “conclusão”: “The judgment of the District Court is **AFFIRMED**”. De modo direto: “In resolving this appeal, we remind the litigants and the public that if the First Amendment means anything, it means that the best response to disfavored speech on matters of public concern is more speech, not less”. (US Court of Appeals For the Second Circuit, p. 29, 2019).

⁴¹ Indicamos que os precedentes mencionados, no decorrer dessa parte, oriundos da Suprema Corte dos Estados Unidos, possuem como fonte o banco de dados da *Cornell University Law School*, da *United States Supreme Court Center* e do *Oyez Project*, salvo quando citados por “terceiros”.

ideas)⁴², concepção essa que influenciou, profundamente, a construção posterior do âmbito normativo do exercício da liberdade de expressão nos Estados Unidos.

Influenciada por tal concepção, temos outra imagem emblemática do *free speech*, desta vez presente no voto do juiz *William Brennan*, passagem esta que, também, acabou por se tornar outra máxima interpretativa da *Primeira Emenda*:

we consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials. (*NEW YORK TIMES v. SULLIVAN*, 1964).

É também de *Brennan* outra construção argumentativa, sempre recuperada por sua força persuasiva: liberdade de expressão exige, para sobreviver, um amplo “*breathing space*”⁴³, pois é esse *espaço de ar livre para respirar* que pode potencializar a expressão pública não só das vozes majoritárias, mas também das minoritárias e/ou dissidentes.

Em linha convergente com esses raciocínios, mas já abordando a temática do “*cyberspace*”, desvelando a necessidade de se tematizar o impacto das novas tecnologias interativas no campo do *free speech*, temos o caso *Reno v. American Civil Liberties Union*, de 1997, em que se enfatizou a “*dramatic expansion of this new marketplace of ideas*”⁴⁴ e que o “[...] *growth of the Internet has been and continues to be phenomenal*”, acabando-se por iluminar o potencial democrático da rede mundial

⁴² Ver: (ROSENFELD, 1998: 181).

⁴³ Cf. *NAACP v. Button* (1963) e *New York Times Co. v. Sullivan* (1964).

⁴⁴ Faça-se, nesse ponto, um parêntesis, para ressaltarmos que a concepção dominante, no contexto da liberdade de expressão nos Estados Unidos, de um *mercado livre de ideias*, ainda mais quando aplicada aos chamados *discursos de ódio*, tem levantado uma série de questionamentos, os quais, em comum, buscam ir além da mera proteção do emissor, tomando a sério os contextos históricos em que as *palavras-ação* são conformadas, assumindo os imperativos dialógicos que estão subjacentes às disputas pelo sentido de liberdade expressão, o que implica que a perspectiva do receptor, da audiência, deva ser tida como tão importante quanto a da garantia de livre expressividade do *cidadão em cima de um caixote na esquina*, para empregarmos uma imagem tão cara no cenário estadunidense. Para uma visão mais aprofundada, conferir, entre outros: (LAWRENCE, 1992) e (MATSUDA, 1989).

**A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais:
o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais
por meio de contas “privadas”**

de computadores, ou seja, reconheceu-se, ainda que de passagem, os “*vast democratic forums of the Internet*”.

Caminhando ainda mais em direção ao nosso objeto, recuperamos o caso *Packingham v. North Carolina*, de 2017, no qual muitas das questões levantadas em “*Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (2018), alcançaram a Suprema Corte estadunidense. Isto é, categorias tradicionais de “público” foram alvo de reflexões, indo além, por exemplo, do ideário de espaços de base “geográfica, física”, abrigados pela denominada *Forum Public Doctrine*⁴⁵.

Em *Packingham* vemos que, em regra, a proteção conferida pela 1ª Emenda refere-se a garantia de acesso a espaços de interação públicos, à possibilidade de *falar, escutar, refletir* e *poder falar novamente*. Todavia, esses espaços foram, de modo dominante, pensados em termos de espaços físicos, de contato *face a face*, em que, por exemplo, “*fórum público por excelência*” seriam os parques e ruas.⁴⁶

Além disso, também em *Packingham*, por unanimidade, foi enfatizado que

[W]hile in the past there may have been difficulty in identifying the most important places (in a spatial sense) for the exchange of views, today the answer is clear. It is cyberspace—the “vast democratic forums of the Internet” in general, *Reno v. American Civil Liberties Union* [...], and social media in particular. (*PACKINGHAM v. NORTH CAROLINA*, 2017).⁴⁷

⁴⁵ Com base em nota de Lyrrisa Lidsky (2011: 1976), verificamos que há uma série de estudiosos, cada um com suas distintas abordagens, que se mostram extremamente críticos diante da “Doutrina do Fórum Público”, os quais apontam incoerências internas presentes na referida posição. Entre os vários críticos, citamos: Robert Post, Cass Sunstein e Timothy Zick. Na Suprema Corte, esse ceticismo pode ser identificado em voto produzido pelo juiz Brennan, na exposição da divergência em *United States v. Kokinda* (1990), no qual, após analisar as categorias construídas no que concerne ao “fórum público”, enfatizou que questionava, não só naquele caso, “[...] whether public forum analysis, as the Court has employed it in recent cases, serves to obfuscate rather than clarify the issues at hand”. Em perspectiva diversa: “[...] the public forum doctrine continues to be a vibrant and essential doctrine for the protection of speech against censorship by government officials in new mediums opened up by government officials for expressive purposes”. (NUNZIATO, 2018: 45).

⁴⁶ “A fundamental principle of the First Amendment is that all persons have access to places where they can speak and listen, and then, after reflection, speak and listen once more. The Court has sought to protect the right to speak in this spatial context. A basic rule, for example, is that a street or a park is a quintessential forum for the exercise of First Amendment rights.” *Packingham v. North Carolina* (2017).

⁴⁷ Anote-se que a Suprema Corte, no caso intitulado *Rosenberger v. Rectors* (1995), destacou outra dimensão que um espaço interativo poderia possuir, isto é, o metafísico, pois, em relação ao espaço

Com efeito, anotou-se o crescente emprego das redes sociais para a realização de “atos de cidadania”, como, por exemplo, o encaminhamento de petições, de contato direto com os órgãos públicos e, até mesmo, uma interação mais próxima com os representantes e demais agentes públicos, construindo-se novas formas de interações, as quais transcendem as imagens idealizadas de *praças públicas*, conformando, em realidade, algo que foi nomeado como a “*modern public square*”. (*Packingham v. North Carolina*, 2017).

Nesse sentido, redes sociais como o Twitter foram comparadas e, ousamos dizer, até mesmo equiparadas, aos tradicionais “fóruns públicos”, atraindo, assim, a atenção da Suprema Corte para sua relação com a dimensão protetiva da Primeira Emenda, o que implicou, por exemplo, em se tematizar sobre o emprego, por agentes e entes governamentais, desses espaços digitais. Isto é, a finalidade governamental, em sentido amplo, passou a ser ponto central na busca de compreensão do contemporâneo fenômeno de interações virtuais, implicando que a tese acima exposta, de que em “fóruns públicos” se garanta a possibilidade de *falar, escutar, refletir e poder falar novamente*⁴⁸, seja edificada sob *outras bases*, exigindo-se, assim, *outras abordagens e justificativas*.

Apropriando-nos de argumentos elaborados por *Nunziato* (2018, 2019), podemos dizer que se faz necessário pensarmos a partir de um “*marketplace of ideas online*”, não mais restrito aos parques e ruas fisicamente traduzidos, mas de algo que ela chamou de “*twittersphere*”. Isto é, parte-se do fato, visível em nosso cotidiano, que as redes sociais têm, cada vez mais, sido empregadas por agentes públicos e políticos como campo de interação com a sociedade, fenômeno esse que tem desafiado

em análise no caso, reconheceu-se que ele seria “[...] a forum more in a metaphysical than in a spatial or geographic sense”.

⁴⁸ Como o juiz Kennedy destacou ao escrever a “opinion” da Suprema Corte, a base normativa da 1ª Emenda assenta-se no princípio de que “[...] all persons have access to places where they can speak and listen, and then, after reflection, speak and listen once more”. *Packingham v. North Carolina* (2017).

A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais: o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais por meio de contas “privadas”

padrões normativos tradicionais, construídos com fundamento em *ambientes públicos fisicamente localizados*, diríamos, *especialmente reais*.⁴⁹

Saliente-se que a Suprema Corte fez questão de advertir que era necessária cautela diante de um fenômeno extremamente recente e de enorme complexidade, em que inegáveis potenciais democráticos convivem com diversos riscos de novas formas de censura, em que qualquer decisão *“tomada hoje, sobre tal tema, pode se tornar obsoleta amanhã”*⁵⁰, ou seja, não se desconheceu a *“revolução histórica”* que tais redes sociais, de alcance global, têm provocado na seara do exercício da liberdade de expressão.

Posto de outro modo, podemos afirmar que os juízes da Suprema Corte assumiram que a *Internet* faz emergir questões e situações que nenhum *“Pai Fundador”*, por óbvio, jamais seria capaz de imaginar, ainda menos de prever, bastando pensarmos, por exemplo, na necessidade, hoje existente, de não desconsiderarmos, sob pena de reducionismos simplificadores, a distinção entre o *“mundo físico”* e o *“mundo virtual”* na seara comunicativa, com todas as implicações que dessa diferenciação funcional possam advir.

Mas essa advertência recebeu uma ênfase maior no voto *concorrente* apresentado pelo *Justice Alito*, o qual, ainda que concordando no mérito com a decisão construída no caso concreto, anotou que, em sua perspectiva, a Suprema Corte não observou sua própria ideia de cautela diante do cenário em que as redes sociais movem-se e dos impactos que alguns dos argumentos na decisão colocados,

⁴⁹ “In recent years, government officials have increasingly turned to social media platforms like Twitter and Facebook in place of (and in addition to) actual town halls and other real-space forums to solicit public participation in policy formulation and to engage with their constituents”. (NUNZIATO, 2018: 01).

⁵⁰ “While we now may be coming to the realization that the Cyber Age is a revolution of historic proportions, we cannot appreciate yet its full dimensions and vast potential to alter how we think, express ourselves, and define who we want to be. The forces and directions of the Internet are so new, so protean, and so far reaching that courts must be conscious that what they say today might be obsolete tomorrow”. *Packingham v. North Carolina* (2017).

ainda que expostos *de modo indisciplinado e de passagem* (“*undisciplined dicta*”), são capazes de produzir.⁵¹

Na visão do referido juiz, a Suprema Corte perdeu-se em *mera retórica* (“*loose rhetoric*”), não sendo capaz de evitar reflexões simplificadoras, que ampliam em demasia a ideia da Internet, como se essa fosse quase que sinônimo dos tradicionais espaços públicos de interação. Isto é, para *Alito*, alguns de seus pares deveriam ter tido maior preocupação com as imagens retóricas assumidas, por suas implicações no exercício da liberdade de expressão, implicações essas que não deveriam ser desconsideradas, haja vista os riscos subjacentes a certos argumentos não problematizados adequadamente.⁵²

Para *Alito* haveria uma ausência de problematização, no que se refere a incidência da *Primeira Emenda*, a respeito da equiparação entre as redes sociais, elas próprias de complexa definição⁵³, e os tradicionais exemplos de fóruns públicos, desvelando a centralidade de não desconsiderarmos as marcantes distinções entre o *mundo digital* e as *arenas públicas*, fisicamente significadas⁵⁴. Isto é, não teria sido adequadamente analisado, não obstante ter sido reconhecido⁵⁵, por exemplo, a

⁵¹ “It is regrettable that the Court has not heeded its own admonition of caution”. *Packingham v. North Carolina* (2017) (ALITO, J., concurring in judgment).

⁵² Aqui, mais uma vez destacamos as preocupações do juiz Alito: “The Court is unable to resist musings that seem to equate the entirety of the internet with public streets and parks”. *Packingham v. North Carolina* (2017) (ALITO, J., concurring in judgment).

⁵³ “As the law at issue here shows, it is not easy to provide a precise definition of a “social media” site, and the Court makes no effort to do so. Thus, the scope of its dicta is obscure”. *Packingham v. North Carolina* (2017) (ALITO, J., concurring in judgment).

⁵⁴ “The Court should be more attentive to the implications of its rhetoric for, contrary to the Court’s suggestion, there are important differences between cyberspace and the physical world”. *Packingham v. North Carolina* (2017) (ALITO, J., concurring in judgment).

⁵⁵ A Corte considerou essa possibilidade de abuso que toda tecnologia possui em várias passagens da “opinion”, vejamos: “Like other inventions heralded as advances in human progress, the Internet and social media will be exploited by the criminal mind”. [...] “For centuries now, inventions heralded as advances in human progress have been exploited by the criminal mind. New technologies, all too soon, can become instruments used to commit serious crimes. The railroad is one example, [...], and the telephone another [...]. So it will be with the Internet and social media”. *Packingham v. North Carolina* (2017) (KENNEDY, J., opinion of the Court).

**A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais:
o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais
por meio de contas “privadas”**

constitutiva possibilidade de pretensões abusivas ocultarem-se na enorme amplitude conferida as novas mídias sociais, as quais, em vista de sua característica dimensão de anonimato⁵⁶, podem encobrir todos os tipos de condutas ilícita e ilegítimas, desde difamações, fraudes eletrônicas, ofensas sexuais e outros discursos não protegidos ou abarcados pela *Primeira Emenda*.⁵⁷

Pode-se dizer que a preocupação maior de *Alito* gravitou em torno da possível ausência de controle, em virtude da extensão conferida às chamadas mídias sociais em *Packingham*, por parte dos atores estatais, os quais poderiam, diante de abusos cometidos, não terem mecanismos normativos de restrição ou, até mesmo, sentirem-se intimidados pela força retórica adotada na Suprema Corte no caso em tela. Ou seja, algum tipo de controle normativo deve existir no âmbito desses complexos espaços interativos, o que requer uma enorme cautela, atenção e equilíbrio, para não confundirmos limites, responsabilizações e o estabelecimento de ilegítimas censuras.

Apropriando-nos de certos argumentos desenvolvidos por *Lyrissa Lidsky* (2011), vemos que há sempre o risco, que não pode ser desconsiderado, ainda mais quando pensamos, por exemplo, nas *fake news*, nos *hackers* e *haters*, e seu profundo impacto no processo de construção da legitimidade democrática, das redes sociais

⁵⁶ Aproveitamos essa passagem para desvelar, ainda mais, toda a complexidade que emerge do advento das redes digitais de interação e sua relação com visões tradicionais sobre o exercício da liberdade de expressão, pois, vemos que “[...] speakers do not enjoy any general First Amendment (or other) right to “privacy” or “anonymity” in public places. The Supreme Court has recognized a very limited right to anonymous public pamphleteering”. Todavia, a referida Corte também observou que “[...] political agitators from Thomas Paine to the authors of the Federalist Papers have relied upon pseudonymous and anonymous public expression. So government cannot demand that pamphleteers identify themselves, at least without very compelling reasons”. (ZICK, 2008: 307-308).

⁵⁷ Em diversos momentos, *Alito* demonstra tal inquietação: “I am troubled by the implications of the Court’s unnecessary rhetoric”. [...] I am troubled by the Court’s loose rhetoric. After noting that “a street or a park is a quintessential forum for the exercise of First Amendment rights,” the Court states that “cyberspace” and “social media in particular” are now “the most important places (in a spatial sense) for the exchange of views”. E, por fim, de modo direto: “The Court should be more attentive to the implications of its rhetoric for, contrary to the Court’s suggestion, there are important differences between cyberspace and the physical world”. *Packingham v. North Carolina* (2017) (ALITO, J., concurring in judgment).

serem “sequestradas”⁵⁸ por *falas* que dificultam e, até mesmo, impedem o próprio engajamento discursivo por parte de outros setores e grupos presentes na sociedade.

Em outras palavras, o próprio potencial democrático desses espaços requer algum tipo de regulação, de normas que reconheçam a assimetria entre os diversos atores, que fomentem a pluralidade de vozes, não a profusão de silêncios, sob pena de esvaziarmos esse campo digital, o que, por óbvio, é um enorme desafio para uma democracia constitucional que se assume aberta a diversidade, em que a liberdade de expressão é princípio central, mas que deve, simultaneamente, impedir que essa *abertura* seja *fechada* por alguns que por ela puderam adentrar na esfera pública, isto é, como anota Owen Fiss (1997: 35), o projeto constitucional “*não é um pacto suicida*”.⁵⁹

Ora, por exemplo, a ampla privacidade que a Internet proporciona é capaz de produzir algo como um “efeito *desinibidor*” (LIDSKY, 2011: 2025)⁶⁰ de podermos *teclar na privacidade de nossas casas*, o que pode ser tanto um potencial libertário de ampla autonomia, quanto a possibilidade de abusos que se ocultam nas sombras de um exercício ilegítimo do anonimato. Isto é, essa dimensão não pode ser sinônimo de não responsabilização por nossas *postagens*, não havendo que se pensar em algo como uma “soberania do anônimo”, o que já demonstra o porquê das redes sociais serem

⁵⁸ “[...] the courts should allow governments leeway to regulate speech that “hijacks” the forum and prevents or seriously impairs its use for expressive purposes by other citizens”. (LIDSKY, 2011: 2025).

⁵⁹ Assumir que um Estado Democrático de Direito garante a pluralidade não pode ser sinônimo de algo como “passiva abstenção” diante dos *diversos pluralismos* exteriorizados, pois há *plurais* não democráticos, os quais negam os próprios pressupostos dialógicos que perpassam o projeto democrático. Isto é, a pretensão normativa de uma inclusão “total” acaba “operando contrafactualmente” (ROSENFELD, 2003: 114), pois essa “abertura” ao *plural*, se “levado até um extremo lógico, [...] seria destrutiva para o constitucionalismo e para o sujeito constitucional na medida em que o eu excludente asseguraria sua identidade através da subordinação e da opressão daqueles que julga diferentes” (ROSENFELD, 2003: 115). Ver, também: (CATTONI DE OLIVEIRA, 2013).

⁶⁰ “Studies reveal that speakers are more prone to be profane or abusive when communication is “computer-mediated.” The use of the computer imposes a separation between speaker and audience and thus creates a “disinhibiting” effect. This disinhibiting effect is magnified in instances where the speaker believes himself to be anonymous. The disinhibiting effect is both a virtue and vice of online discourse. On one hand, it leads to a discourse that is “uninhibited, robust, and wide-open.” On the other, it leads to more profane and abusive speech. [...] Indeed, profane and abusive speech ultimately may thwart the use of social media as forums for public discourse”. (LIDSKY, 2011: 2025).

A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais: o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais por meio de contas “privadas”

traduzidas a partir de uma democracia constitucional como a aqui assumida⁶¹, isto é, da abertura discursiva ao diálogo, aos *contradiscursos*.

Com efeito, as decisões, aqui abordadas, não estão imunes a críticas, pois o exercício da liberdade de expressão, por seu inegável vínculo histórico com o desenvolvimento das tecnologias comunicativas, assenta-se numa crescente complexidade, sendo essa ainda mais ampliada quando adentramos no espaço virtual de interação, o qual, registre-se, é um campo que só recentemente tem atraído a atenção dos estudiosos e da própria esfera jurisdicional. Isto é, “[...] *the internet is too young to have reached any kind of regulatory equilibrium*”. (NACHBAR, 2000: 216).⁶²

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA: O PÚBLICO E O PRIVADO EM TEMPOS DIGITAIS

Denota-se que a construção de estruturas normativas fundadas na compreensão dos possíveis impactos das redes sociais no campo da liberdade de expressão não é uma tarefa de rápida implementação, pois a abordagem mais adequada será sempre um *por vir*, pois novos desafios continuarão emergindo sempre que outras tecnologias interativas forem sendo elaboradas e postas em operação. Isto é, impõe-se que tradicionais categorias de aplicação da *1ª Emenda* tenham que ser relidas e deslocadas quando confrontadas com o mundo das comunicações virtuais, de espaços de representatividade que alguns já denominam de “*Digital Town Hall*” (NUNZIATO, 2018: 69), “*Digital Government*” e “*E-Government*” (CHADWICK; MAY, 2003), termos esses que, por si próprios, desvelam a necessidade de jamais perdermos de vista o horizonte, a complexidade, as exigências e os riscos presentes nas contemporâneas democracias constitucionais.

⁶¹ Dialogando com *Jürgen Habermas*, traduzimos o Estado Democrático de Direito, suas exigências, como um fenômeno temporal, aberto e sempre inconcluso, que não se reduz a uma data inaugural, por mais central que essa seja, caracterizando-se como um processo de aprendizagem que não está imune a quedas, configurando-se uma “*continuação falível do evento fundador*” (HABERMAS, 2003:165).

⁶² Sempre recuperando que: “Not all regulation consists of rules proscribing conduct; “to regulate” does not necessarily mean “to restrict”.” (NACHBAR, 2000: 216-217).



Para se ter uma ideia do desafio que o tema carrega, recuperamos artigo de 2017, no *New York Times*, intitulado “*How Twitter Killed the First Amendment*”, de *Tim Wu*, estudioso da relação entre o desenvolvimento de tecnologias comunicativas e a liberdade de expressão, o qual, enfatizando que “[...] *the jurisprudence of the First Amendment was written for a different set of problems in a very different world*”, indaga: “*Is the First Amendment obsolete? If so, what can be done?*” (WU, 2017).

São colocações como essas que desvelam o motivo de recuperarmos as passagens das decisões acima abordadas, haja vista que elas demonstram a tensão e complexidade crescente que subjaz à construção de imagens, quase que idílicas, da liberdade de expressão, quando são inseridas em ambientes cada vez mais tecnológicos, em que qualquer naturalização dos contextos pode ocultar riscos, pretensões abusivas e, ao mesmo tempo, potencialidades democráticas.

Assim, reconhecer a força conformativa do *cyberspace*, a qual extrapola o físico-geográfico, em que os *websites* emergem como as novas “praças”, impõe que reconstruamos as abordagens sobre o alcance das liberdades comunicativas, das concepções de público e privado, das formas democráticas de interação entre representantes e representados, entre esferas governamentais e os diversos setores da sociedade civil. Isto é, o desafio das novas tecnologias implica que visões tradicionais da 1ª *Emenda* tenham que ser revisitadas, não descartadas, mas contextualizadas, em que “*fundamental terms like ‘assemble’, ‘speech’, ‘petition’, and ‘press’ have taken on new forms and meanings in the digital age*”. (ZICK, 2009: XI).

Essa linha nos conduz a defender que o questionamento maior não deve partir das *tecnologias empregadas* em si mesmas, nem de *quem são os controladores das plataformas digitais*, mas sim das concepções de democracia constitucional, de público e privado, que estão em disputa por detrás do uso dessas mesmas tecnologias em ambientes marcados por visões de mundo e vida as mais díspares possíveis. Isto é, a saída possível exige que repensemos a relação entre público e privado não mais em um sentido excludente, mas sim a partir de uma compreensão mais abrangente, em que tais dimensões pressupõem-se constitutivamente, como “*faces da mesma moeda*”, em que “*as esferas pública e privada são dimensões em permanente tensão e interdependentes [...]*”. (CARVALHO NETTO, 2001: 18).

A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais: o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais por meio de contas “privadas”

Denota-se as insuficiências que a tradicional *“Public-Private Distinction”* (ZICK, 2008:161-167) possui quando desafiada pelos recentes mecanismos digitais, ou seja, o mero título de propriedade de uma “rede social” não impede, de modo absoluto e descontextualizado, que essa possa ser tida como “fórum público”. Isto é, se “[...] *we do not begin to reconsider the public-private distinction, there is a substantial risk that more and more of our expressive topography will be transformed into non-places*”. (ZICK, 2008: 167).

Desse modo, o ponto de inflexão deve ser a recusa de saídas unidimensionais, haja vista que a dicotomia tradicional entre “público e privado”, nessa seara, revela-se superada quando confrontada por um contexto em que as tecnologias, com uma velocidade crescente, colocam em xeque, diariamente, parâmetros antes tidos como sedimentados. Isto é, quando se reconhece que os espaços, tantos físicos quanto virtuais, são construções sociais, escolhas orientadas pelos mais diversos interesses e estratégias discursivas, sempre podendo ser *outro*, não há como negar que no momento em que as “[...] *technologies of space change, the law cannot rely on its previously unexamined spatial underpinnings and instead must come to treat the production of space, not only the regulation of places, as a matter of constitutional import*”. (ZATS, 1998: 240).

Nesse diapasão, a tensão entre público e privado, sua interdependência e necessária contextualização, demonstra que se as mais modernas redes sociais podem potencializar imperativos democráticos de inclusão, transparência e participação, elas também são capazes de produzir novos *“efeitos silenciadores do discurso”*, para nos apropriarmos de Owen Fiss (2005: 33), podendo revelar-se, quando naturalizadas, poderosas *“tools of repression”* (BARBER, 1997: 224). Ou seja, *“the age of information can reinforce extant inequalities [...] making the resource-and income-poor the information-poor as well”*. (BARBER, 1997: 224).

E por que é preciso toda essa problematização? A resposta é que só com as *cartas dispostas na mesa* é que poderemos ser capazes de compreender as interpretações e decisões tomadas, aferindo se essas convergem, ainda que

conflituosamente, com as exigências do moderno constitucionalismo⁶³ ou, ao contrário, acobertam pretensões abusivas a direitos, injustificáveis, em termos discursivos, em arenas públicas ampliadas. Isto é, devemos reconhecer que não é a tecnologia que deve conformar as liberdades fundamentais, mas ao inverso, são os imperativos constitucionais que devem traduzir os ambientes digitais.⁶⁴

É tal linha de compreensão que ilumina o fato de que um agente público-político, por exemplo, um Presidente da República ou outro Chefe de Executivo, não pode justificar o “ato de bloqueio” em uma conta de *Twitter* ou em outro tipo de plataforma online unicamente pelo fato de sua rede social ser de base privada, inclusive com regulações externas previamente estabelecidas. Isto é, nessa situação, faz-se necessário averiguarmos todas as circunstâncias que gravitam em torno de tal ação, perquirindo não só o tema que estava sendo exposto, mas também como aquela *conta* é apresentada ao público, aos respectivos *governados-representados*.

Visualiza-se, assim, que a análise sobre a constitucionalidade do emprego das redes sociais por agentes público-políticos deve partir, precisamente, do reconhecimento da necessidade de que esse singular engajamento esteja alicerçado na dialogicidade entre os participantes do discurso público. Isso significa que a legitimidade do exercício da liberdade de expressão por *autoridades públicas*, em uma democracia constitucional, não pode ser reduzida ao sentido de que ela representa apenas o conjunto das ideias dos eleitos, haja vista que ela, também, tem que buscar representar a diversidade de visões que conformam uma comunidade de cidadãos, livres e iguais, não obstante suas existenciais divergências. Isto é, nessa linha, liberdade de expressão, em que ambiente for, deve representar, ainda que

⁶³ “Constitucionalismo que, em último termo, se traduz na permanente tentativa de se instaurar e de se efetivar concretamente a exigência idealizante que inaugura a modernidade no nível da organização de sua sociedade complexa a qual não mais pode lançar mão de fundamentos absolutos para legitimar o seu próprio sistema de direitos e a sua organização política: a crença que constituímos uma comunidade de homens livres e iguais, coautores das leis que regem o nosso viver em comum. (CARVALHO NETTO, 2001: 12).

⁶⁴ Daí a relevância de tematizarmos as diversas possibilidades as redes sociais, quando empregadas pelo aparato estatal e/ou atores governamentais, podem apresentar. Esses usos, conforme “programados”, são capazes, inclusive, de abafar potenciais democráticos existentes na Internet (CHADWICK; MAY, 2003). Ou seja, “digital government can erode or enhance democratic process” (DUTTON apud CHADWICK; MAY, 2003: 272).

**A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais:
o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais
por meio de contas “privadas”**

potencialmente, a democracia como um contínuo e aberto fluxo comunicativo, em que *bloqueios* injustificados a esse fluxo, a esse engajamento, podem ser inconstitucionais e antidemocráticos.

Em outros termos, quando os dados e elementos demonstrarem que, no momento do “bloqueio”, a ferramenta digital estava sendo empregada como *fórum público* de interação, e que o motivo do “bloqueio” não se deu em razão da presença de algum “discurso não protegido” pela liberdade de expressão, mas sim pela discordância diante de críticas expostas pelos *representados-usuários* às propostas e opiniões publicizadas pela *autoridade-representante*, não obstante esses *espaços* serem construídos sob alicerces “privados”, o referido ato de bloquear⁶⁵ pode vir a ser considerado inconstitucional, por violar a livre expressão, a qual inclui, em uma democracia constitucional, o direito de criticar.

4. CONCLUSÃO

O trajeto por nós escolhido, tendo como ponto de partida alguns dos argumentos levantados durante o caso “*Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump*” (2018), permitiu-nos verificar que a concepção de “público”, tradicionalmente aplicada, foi construída com base em *espaços físicos, espacialmente concretos, dos títulos de propriedade e controle*, o que, por óbvio, levanta uma série de problemas quando pensamos *espaços* construídos em “*wireless clouds*”.

Desse modo, ainda que pensando a partir do contexto estadunidense, mas admitindo que as assertivas também são válidas para tematizarmos outros cenários comunicativos, visualizamos que só não naturalizando qualquer posição é que

⁶⁵ Aproveitamos esse momento para recuperar a distinção, apontada pela juíza singular do caso que nos guia, entre *block* e *mute*, em que essa última opção seria como que “intermediária”, o que a tornaria “constitucional”. Ora, ainda que não seja nosso objeto, não há como dizer que essa orientação não esteja sujeita a críticas, pois se, por exemplo, partirmos da tese de que os *espaços online* podem ser tidos como “fóruns públicos de debate”, o ato de “ignorar” (*mute*) pode, não que sempre seja, diante das singularidades de cada situação, também constituir uma ação ilegítima, o que demonstra, mais uma vez, a enorme complexidade que as redes sociais inserem nos debates sobre nossas compreensões normativas de democracia constitucional.

poderemos descortinar que o âmbito de incidência da liberdade de expressão, em espaços democráticos, tanto os *físicos* quanto os *digitais*, faz emergir uma série infindável de questionamentos, em que pretensões normativas de todos os tipos buscam guarita sob a arquitetura constitucional. Isto é, no fundo, a questão da relação público-privado, em qualquer ambiente comunicativo, dá-se ao redor das próprias concepções vigentes de democracia, as quais encontram-se sempre em disputa pelos diversos atores sociais envolvidos nos discursos políticos.

Assim, ao afirma-se que as redes sociais ampliam o acesso comunicativo, criando mais espaços democráticos de interação, devemos, antes de tudo, indagarmo-nos de que democracia estamos partindo para realizar tal assertiva. Além disso, teses contrárias, também devem passar pelo mesmo escrutínio, sob pena de abafarmos potenciais democráticos que as referidas redes sociais desvelam possuir. Ou seja, qualquer resposta aos problemas, aqui postos, impõe que tenhamos explicitados os pressupostos democráticos que nos guiam.

Percebe-se que será necessário um constante processo de problematização, pois se a *revolução digital* não para, também as abordagens não poderão sedimentar-se, haja vista que, ainda que nas entrelinhas dos debates, revelou-se que os *espaços* e as *temporalidades* são sempre constructos, sendo assim, a potência democrática das novas tecnologias depende de qual conformação normativa-constitucional nós decidiremos partir, o que, por sua vez, conformará o próprio sentido da relação entre público e privado na dimensão das redes sociais.

Demonstra-se que a questão é saber se uma rede social, quando usada por atores governamentais, em contextos que se afirmam configurados pelo Estado Democrático de Direito, para tratar de assuntos de interesse de toda a coletividade, pode ser tipificada como *fórum público*. Entretanto, qualquer que seja a resposta, será necessário construir novos fundamentos discursivos para justificar o caminho escolhido, o que, em um mundo de complexidade crescente, constitutivamente contingente, impõe que abandonemos saídas por demais generalizantes e homogeneizadoras, com pretensões de serem derradeiras, pois, como a própria Suprema Corte afirmou, em passagem por nós destacada do caso *Packingham*, “qualquer resposta hoje, pode se mostrar obsoleta amanhã”.

**A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais:
o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais
por meio de contas “privadas”**

Registre-se que não desconhecemos que as plataformas de interação digital podem ampliar o potencial deliberativo, trazendo temas de interesse social para o centro da agenda pública de debates, conformando um âmbito acessível a uma pluralidade de vozes. Mas, como destacado, entendemos que também não devemos desconhecer que essas podem se tornar poderosas ferramentas de propaganda e de domínio plebiscitário, em que a única mediação passa a ser o sim/não através de um *mouse*, concretizando uma dimensão não interativa, passiva, reduzindo “deliberação democrática” a uma “pesquisa de satisfação da opinião pública”, o que reforça a necessidade de construirmos outras abordagens, mais abrangentes, no que se refere à complexa relação público/privado, indo além de *respostas escritas para outros tempos e espaços*.

Daí a centralidade de demarcarmos que o exercício da liberdade de expressão encontra-se vinculado aos compromissos, historicamente postos, com as disputas pelos sentidos de constitucionalismo, de democracia constitucional, os quais demonstram que garantir o *livre mercado de ideias e a robustez dos debates* vai muito além do acesso a um *personal computer*. Isto é, trazendo para o nosso tema, verificamos que plataformas digitais, quando empregadas, por exemplo, por altas autoridades governamentais, com o intuito claro de serem um *fórum* para exposição de temas e políticas públicas, não podem ser interpretadas tendo como parâmetro normativo apenas o fato de serem configuradas por empresas privadas de comunicação, pois, se assim for, estaremos desconhecendo todos os problemas e questionamentos que foram por nós apresentados.

Por conseguinte, o fato de um mecanismo de interação *online* ser de “propriedade privada”, não pode servir como anteparo para atos e condutas não cobertas pela liberdade de expressão, como constitucionalmente prevista. As plataformas digitais de comunicação não podem, ao menos legitimamente, serem empregadas como guarita protetora, como um ardil ou subterfúgio que apela ao “título privado” para a prática de atos inconstitucionais, o que desvela que tal *título* poderá ser afastado nos casos concretos, sem que isso conforme uma interferência, aprioristicamente, indevida do judiciário. Isto é, a partir da concepção de democracia



constitucional por nós assumida, verificamos que os governantes que têm adotado as redes sociais como forma de relacionarem-se com a cidadania, não podem entrenchear-se, de modo absoluto, por detrás de uma naturalizada origem privada dessas plataformas, como se o privado e o público excluíssem-se mutuamente.

Assim é necessário trazer os debates sobre as tecnologias de interação para dentro das discussões e problematizações a respeito de que democracia constitucional queremos vivenciar, pois o risco maior é de naturalizarmos os espaços virtuais, desconhecendo que *colocá-los entre parêntesis* pode tanto iluminar seus potenciais democráticos, participativos, deliberativos e discursivos, como também jogar luzes nos tremendos riscos plebiscitários que podem despontar, ainda mais em contextos de *pós-verdades*, quando o *cursor* passa a ser o mais importante médium de expressão da democracia.

Em termos figurativos, a Internet inseriu no mundo algo como uma de “*Caixa de Pandora*” moderna que, após aberta, não admite mais ser fechada, ao contrário da narrada mitologicamente por Hesíodo, fazendo com que a esperança, mas também enormes riscos de abusos, *vaguem* pelo mundo, em permanente tensão, impondo que repensemos certos caminhos trilhados, o que denota que a questão de compreensão dos impactos das redes sociais nas democracias constitucionais não é uma tarefa de implementação única, nem jamais será derradeira, pois novos desafios sempre emergirão quando da alteração dos paradigmas tecnológicos.

Por fim, ressaltamos que não temos a pretensão de esgotar o tema proposto, pois o que buscamos foi explicitar os desafios que o *mundo virtual* está impondo ao pensamento democrático, a vários de seus conceitos e princípios. Isto é, visualiza-se que há um longo trajeto a percorrer no que se refere à relação entre espaços digitais, liberdade de expressão e imperativos democráticos, existindo, no momento, muitas zonas cinzentas, carregadas de ambiguidades, nas quais algumas categorias de “*público*” revelam-se insuficientes, como instrumento analítico, na compreensão do impacto das redes sociais, dos *websites*, na forma como a liberdade de expressão é traduzida em termos de democracias constitucionais, abertas e plurais.

REFERÊNCIAS

BARBER, Benjamin R. The New Telecommunications Technology: endless frontier or the end of democracy? *Constellations*. Vol. 4 (2). p. 208-228, 1997.

BRIGGS, Samantha. The Freedom of Tweets: the intersection of government use of social media and public forum doctrine. *Columbia Journal of Law and Social Problems*. Vol. 52 (1), p. 01-38, 2018.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*, n.º 01, Belo Horizonte: Fórum Limitada, março, p. 11-20, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Comentário ao art. 1º, parágrafo único. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. SP: Saraiva/Almedina, 2013, p. 137-140.

CHADWICK, Andrew; MAY, Christopher. Interaction Between States and Citizens in the Age of the Internet: “e-Government” in the United States, Britain, and the European Union. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*. Vol. 16 (2), April, p. 271-300, 2003.

CHEMERINSKY, Erwin. Rethinking State Action. *Northwestern University Law Review*. Vol.80, no.03, fall, p. 503-557, 1985.

CHEMERINSKY, Erwin. Content Neutrality as a central problem of freedom of speech: problems in the Supreme Court’s application. *Southern California Law Review*. Vol. 74, p. 49-64, 2000.

CORNELL UNIVERSITY. *Portal Legal Information Institute*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/cases/topics/tog_freedom_of_speech.html>. Último Acesso em: 01/04/2020.

FABER, Daniel A.; NOWAK, John E. The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication. *Virginia Law Review*. Vol. 70, No. 6, Sep., p. 1219-1266, 1984.

FISS, Owen M. *Libertad de Expresión y Estructura Social*. Trad. Jorge F. Malem Seña. México, D.F.: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1997.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Trad. Flávio Beno S. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KNIGHT FIRST AMENDMENT INSTITUTE. *Columbia University*. Disponível em: <<https://knightcolumbia.org/content/knight-institute-v-trump-lawsuit-challenging-president-trumps-blocking-critics-twitter>>. Último Acesso realizado em: 29/01/2020.

LAWRENCE, Charles R. Crossburning and the Sound of Silence: Antisubordination Theory and the First Amendment. *Villanova Law Review*. Vol. 37, no.04, p. 787-804, 1992.

LIDSKY, Lyrisa B. Public Forum 2.0. *Boston University Law Review*. Vol. 91. p. 1975-2028, 2011.

MATSUDA, Mary. Public Response To Racist Speech: considering the victim's story. *Michigan Law Review*, Michigan, Vol. 87, aug. p. 2320-2381, 1989.

NACHBAR, Thomas B. Paradox and Structure: relying on government regulation to preserve the Internet's unregulated character. *Minnesota Law Review*. Vol. 85, p 215-318, 2000.

NUNZIATO, Dawn C. The Marketplace of ideas online. *Notre Dame Law Review*. Vol. 94 (4). p. 1519-1584, 2019.

NUNZIATO, Dawn C. From Town Square to Twitterphere: the Public Forum Doctrine Goes Digital. *GWU Legal Studies Research Paper* (No. 2018-40). Sep.14, p. 01-75, 2018. Disponível em: <https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2624&context=faculty_publications>. Acesso em: 05/05/2020.

OYEZ PROJECT. *Portal do Oyez Project/Chicago-Kent College of Law*. Disponível em: <<http://www.oyez.org/>>. Último Acesso em: 01/04/2020.

ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: law between ethics and politics*. Berkeley, California: University of California Press, 1998.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

UNITED STATES SUPREME COURT CENTER. *Portal Justia.Com*. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/>>. Último Acesso em: 01/04/2020.

**A tensão entre público e privado no exercício das liberdades comunicativas nas redes sociais:
o caso estadunidense de mensagens públicas de autoridades governamentais
por meio de contas “privadas”**

WU, TIM. How Twitter Killed the First Amendment. *Opinion* (The New York Times). Oct. 27, 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/10/27/opinion/twitter-first-amendment.html>>. Acesso em: 30/07/2019

ZATS, Noah D. Sidewalks in Cyberspace: Making Space for Public Forums in the Electronic Environment. *Harvard Journal of Law & Technology*. Vol. 12 (1), Fall, p. 149-240, 1998.

ZICK, Timothy. *Speech Out of Doors: preserving First Amendment liberties in public places*. New York, NY: Cambridge University Press, 2008.

TÁBUAS DE DECISÃO:

United States District Court, NY (2018) e United States Court of Appeals For the Second Circuit (2019): Knight First Amendment Institute At Columbia University v. Trump.

Supreme Court of United States

Abrams v United States (1919);

NAACP v. Button (1963);

New York Times Co. v. Sullivan (1964);

Police Dept. of City of Chicago v. Mosley (1972);

Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association (1983);

Cornelius v. NAACP Legal Def. & Educ. Fund, Inc. (1985);

United States v. Kokinda (1990);

Rosenberger v. Rectors (1995);

Reno v. ACLU (1997);

Packingham v. North Carolina (2017).