

Curso de Direito da **CERTIFICAÇÃO DIGITAL**

Com novo Manual de Perguntas
e Respostas Jurídicas
da ICP-Brasil

Prefácio de Fábio Ulhoa Coelho

André Pinto Garcia

André Pinto Garcia
Procurador Federal Chefe/ITI

Curso de Direito da
CERTIFICAÇÃO DIGITAL

Brasília - 2016

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Garcia, André Pinto

Curso de direito da certificação digital [livro eletrônico] : com novo manual de perguntas e respostas jurídicas da ICP-Brasil / André Pinto Garcia ; prefácio de Fábio Ulhoa Coelho. -- Brasília : Ed. do Autor, 2016.
2,2 Mb ; PDF.

Bibliografia.

ISBN 978-85-921621-0-8

1. Certificação digital - Brasil
2. Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) 3. Meios eletrônicos - Leis e legislação 4. Perguntas e respostas 5. Tecnologia e direito I. Coelho, Fábio Ulhoa. II. Título.

16-06837

CDU-34:004

Índices para catálogo sistemático:

1. Certificação digital : Direito eletrônico :
Manual 34:004



LICENÇA CEATIVE COMMONS

Você tem o direito de:

Compartilhar — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato

Adaptar — remixar, transformar, e criar a partir do material

O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença.

De acordo com os termos seguintes:

Atribuição — Você deve dar o crédito apropriado, prover um link para a licença e indicar se mudanças foram feitas. Você deve fazê-lo em qualquer circunstância razoável, mas de maneira alguma que sugira ao licenciante a apoiar você ou o seu uso.

Não Comercial — Você não pode usar o material para fins comerciais.

Compartilha Igual — Se você remixar, transformar, ou criar a partir do material, tem de distribuir as suas contribuições sob a mesma licença que o original.

Sem restrições adicionais — Você não pode aplicar termos jurídicos ou medidas de caráter tecnológico que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.

Avisos:

Você não tem de cumprir com os termos da licença relativamente a elementos do material que estejam no domínio público ou cuja utilização seja permitida por uma exceção ou limitação que seja aplicável.

Não são dadas quaisquer garantias. A licença pode não lhe dar todas as autorizações necessárias para o uso pretendido. Por exemplo, outros direitos, tais como direitos de imagem, de privacidade ou direitos morais, podem limitar o uso do material.

PREFÁCIO

Como acontece com todo fato social de grande envergadura, a penetração, de modo abrangente, irresistível e impactante, da tecnologia da informação em nossas vidas cerca-se de extraordinária complexidade. Alcançados pelas profundas mudanças nas relações pessoais, sociais e econômicas, testemunhamos um vigoroso processo de transformação do nosso próprio modo-de-ser, em que se expressam não somente ganhos e confortos, mas igualmente privações e riscos. Facilmente um carro nos busca quando precisamos mesmo em viagens a países estrangeiros; mas nossa privacidade é pouca ou mesmo nenhuma.

Não foram poucos os que previram uma ampla e radical *democratização do conhecimento*, que a internet viria a proporcionar. Imaginava-se que o saber deixaria de ser privilégio de alguns poucos (os que tinham a oportunidade de completar a educação formal, adquirir livros, frequentar concertos etc.) para se tornar patrimônio comum, desfrutável por toda a sociedade. O que se vê, contudo, hoje, infelizmente é o oposto, ou seja, a democratização da ignorância. Todos passaram a se ver como igualmente preparados para influir em qualquer questão, bastando simplesmente que tenham interesse em fazê-lo. E não se limitam à mera exposição de lugares-comuns e grotescas superficialidades nas redes sociais, não raro com virulência extrema; partem para a ação, orientados unicamente pelo compartilhar de seus desconhecimentos e preconceitos. Laboratórios que utilizam cachorros em testes de medicamentos são, então, invadidos para se promover a “libertação” dos animais, porque todos os ativistas se acham tão bem informados quanto os cientistas, para decidirem como devem ser pesquisados os fármacos.

A democratização da ignorância desqualifica a expertise, desdenha dos anos de estudos e esforços que estão na base de qualquer produção acadêmica, recusa-se a admitir ou mesmo apenas identificar a complexidade das questões, nivela consistência e banalidade, interpreta as cautelas e procedimentos da ciência à luz de teorias conspiratórias.

Como afirma André Pinto Garcia, “o desenvolvimento do ciberespaço não determina, por si só, o crescimento da inteligência coletiva, mas apenas proporciona um ambiente adequado para que efetivamente aconteça”. Ou seja, a internet, na verdade, socializou o que havia para ser socializado. Ainda que portentosa e

poderosa, é um mero instrumento de acesso e divulgação de informações; não poderia mesmo servir *isoladamente* como fonte geradora de conhecimento.

Claro, a frustração da promessa de ampla democratização do conhecimento não diminui minimamente a real importância da internet (e dos demais avanços da tecnologia da informação) para a produção acadêmica e científica. Apenas desnuda a elevada complexidade da revolução em curso, descartando qualquer ilusão quanto à existência de benefícios sem custos, de ganhos sem riscos, de progressos sem vacilações.

Não à toa, desconfianças ainda rondam esta profunda mudança no nosso “modo-de-ser”. Estamos todos, com maior ou menor curiosidade acadêmica, sem poder divisar aonde vamos chegar.

A certificação digital, quando iniciou sua presença no Brasil, inseriu-se neste contexto de incertezas. O objetivo é conferir segurança; mas, como seu ambiente e recursos são os mesmos que haviam gerado a insegurança, o desafio de tornar-se conhecida e ser aceita sempre foi enorme. Mas, pode-se dizer hoje, que graças à competência e dedicação do Instituto de Tecnologia da Informação (ITI) e de todas as entidades e profissionais diretamente envolvidos na certificação digital, este desafio já pode ser visto como vencido em importantes setores da sociedade brasileira. O processo judicial digital, a prestação de informações contábeis das empresas ao fisco e a declaração de imposto de renda são expressões bem concretas disto.

O e-book que o leitor tem “às mãos” foi escrito pelo Procurador Federal André Pinto Garcia, que chefiou a Procuradoria Especializada do ITI entre 2008 e 2016. Nele, o leitor encontrará reflexões acuradas e informações precisas e atualizadas sobre a certificação digital, apresentadas por quem conviveu direta e diuturnamente com o tema no privilegiado “observatório” da Autoridade Raiz. Depois da contextualização histórica, o trabalho discute a natureza da certificação digital, o estatuto dos principais sujeitos da estrutura organizacional da ICP-Brasil, o ato de emissão do certificado no contexto desta infraestrutura e a diferença jurídica deste com outras certificações, como os carimbos de tempo, para, em seguida, tratar da biometria como potencial tecnologia de identificação dos titulares de certificados. No capítulo subsequente, o tema é a assinatura digital, com o devido tratamento dispensado ao documento eletrônico, sua disciplina pela lei-modelo da UNCITRAL, as diferenças com a assinatura eletrônica e a digitalizada. O Manual de Perguntas e

Respostas da ICP-Brasil, importante repositório de informações úteis e claras, e dois ensaios sobre temas correlatos (democracia eletrônica e compartilhamento de HSM de chaves privadas de pessoas físicas) completam a obra.

Numa seara de ainda pouca literatura, este e-book representa, sem dúvida, uma indispensável ferramenta de qualidade para o profissional jurídico que deverá, nos próximos anos, enfrentar cada vez mais questões em torno dos assuntos próprios ao direito da certificação digital.

Fábio Ulhoa Coelho - *professor Titular de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*

NOTA DO AUTOR

O presente livro já começa com um (sincero) pedido de desculpas: após mais de oito felizes anos como procurador-chefe do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação - ITI, diante de um quadro de absoluta falta de análise doutrinária acerca do assunto da certificação digital e, ainda, contando com colegas tão capacitados, desde - há muito - já deveria ter sido publicado.

Nada mais coerente, portanto, que seja disponibilizado gratuitamente àqueles que se interessem pelo tema, além de ser uma humilde forma de retribuição à população brasileira, que tão suadamente paga seus impostos (e, conseqüentemente, meu salário de servidor público) em troca de quase nenhuma contrapartida governamental.

Comecei a escrevê-lo há cerca de quatro anos. Um pouco sem compromisso, é verdade. Com ideias esparsas acerca do que precisava ser abordado, mas sem nenhum rigor sobre o conteúdo ou mesmo prazo para publicação. Justamente por isso, o leitor perceberá que em algumas notas de rodapé a data de acesso às páginas citadas ocorreu em 2012, pois desde aquela época escrevo esta obra.

Sempre houve contratempos. Desde o trabalho na Procuradoria (por si só bastante exigente: apenas em 2015 foram mais de 1.200 notas técnicas e 200 pareceres, para um total de apenas três procuradores federais), invariavelmente ocorria algo que me fazia deixar a sua continuidade para depois. O Manual de Perguntas e Respostas Jurídicas é um bom exemplo. A sua primeira edição, que data também de 2012, foi escrita, finalizada e publicada após o início deste. Agora, o Manual, que segue totalmente remodelado, em anexo, também foi elaborado após eu já ter (re)começado a escrever o presente. Enfim, para evitar esses percalços, decidi publicá-los em conjunto.

Cumpre salientar que o livro possui uma sequência. Iniciamos com a parte teórica (capítulos 1, 2 e 3), continuamos com a parte prática (anexo I) e finalizamos com a análise de alguns casos específicos (anexo II). Por isso, a sugestão de leitura segue no sentido de a parte teórica sempre ser complementada com a prática (e vice-versa), pois certamente as informações contidas em uma auxiliarão na compreensão da outra.

Espero, honestamente, que as posições aqui tomadas sejam objeto de questionamentos. Não vejo problema algum em revê-las, pois o que desejo,

sinceramente, é que essa pequena semente que aqui se planta proceda a bons frutos. E os frutos nascem do diálogo.

Reclame, duvide, questione, mas as manifestações eletrônicas serão cada vez mais a forma de o ser humano se relacionar com seus pares (oxalá apenas na seara negocial), e o que aqui se defende não passa de uma maneira de se analisar esse recente fenômeno, estritamente ligado à sociedade globalizada na qual vivemos.

A introdução e a difusão da tecnologia de criptografia assimétrica no Brasil, criada por Diffie e Hellman em 1976, nos EUA, ocorreram com a Medida Provisória 2.200, de 28 de junho de 2001, que implantou a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil). Tal infraestrutura, em linhas gerais, visa a conferir certeza às pessoas e aos documentos que trafegam em redes computacionais, algo não alcançado mediante a utilização de simples *login* e senha, por exemplo.

Talvez uma primeira análise deva se restringir ao título: existe algum "direito" da certificação digital? Acredito honestamente que sim. É uma área altamente especializada, com mais de duas centenas de normas e remissões feitas por legislações federais, estaduais e municipais. Afinal, a assinatura digital é um assunto de direito civil, de modo que compete apenas à União, privativamente, legislar sobre o tema (CF/88, art. 22, inc. I). Revela-se a importância nacional da Medida Provisória em referência, que será objeto de estudo ao longo da obra.

Desde Kant que a palavra sistema, ao menos nas sociedades ocidentais, recebeu uma ideia de destaque, caracterizando-se como uma unidade (formal) em torno de uma finalidade, enfim, "[...] a unidade sistemática é o que transforma o conhecimento vulgar em ciência."¹

E, hoje, existe sim uma unidade em torno do tema. Unidade essa um pouco fragmentada, mas existe. Daí a ideia de um curso; daí a existência de um direito da certificação. Então acredito que livro representa mais uma pequena contribuição ao fortalecimento da certificação como disciplina autônoma no grande mundo do direito eletrônico.

Quanto aos agradecimentos, gostaria de dividi-los em algumas áreas: a) politicamente, aos Drs. Renato Martini, Maurício Coelho e Pedro Paulo Machado, diretores desta Autarquia desde o meu início e que acreditaram no meu trabalho; b)

1 KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 584.

do ponto de vista técnico, Drs. Maurício Coelho, Ruy Ramos e Pedro Cardoso, que sempre (sempre mesmo) estiveram disponíveis para sanar minhas dúvidas, nem sempre muito perspicazes; c) operacionalmente, aos amigos Edmar Araújo e Brenda Sampaio, pela revisão, formatação e acabamento final do livro; d) do ponto de vista profissional, à Procuradoria Federal Especializada ITI, nas pessoas das Dras. Danielle Salviano Barbosa, Natália Alves Costa, Ana Paula Vilela de Pádua e Tchaina Araújo. À todas, obrigado pelo aprendizado e discussões jurídicas. Às duas primeiras, meu muito obrigado pela minuciosa correção do texto. À Dra. Danielle, ainda, por me cobrar a publicação do livro. Valeu, Dani!

Não poderia deixar de lado, também, o ilustre professor Fábio Ulhoa Coelho, autor prodigioso, que tive a honra de conhecer em 2012, cujas obras de direito comercial e civil fazem parte da bibliografia de 10 entre 10 alunos das faculdades de direito espalhadas por todo o Brasil. Portanto, meu muito obrigado pelo aceite ao prefácio do livro deste simples subscritor.

Alfim, importante asseverar que os normativos específicos da ICP-Brasil estão todos disponibilizados na página principal da Autarquia: <http://www.iti.gov.br/legislacao>, bem como eventuais dúvidas acerca dos termos técnicos utilizados podem ser sanadas no glossário da ICP-Brasil, acessível no seguinte endereço: <http://www.iti.gov.br/images/icp-brasil/Normas%20ICP-Brasil/Glossario/GLOSSaRIOV1.4.pdf>.

Desejamos a todos uma boa leitura e informamos que quaisquer dúvidas ou sugestões poderão ser encaminhadas ao seguinte endereço eletrônico: andre.garci@gmail.com

Atenciosamente,

André Pinto Garcia

À Raquel, Antônio Júnior e Lara, amores da minha vida. À querida Lya, que, ainda não nascida, já se faz presente em nossos corações.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 – SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	
1.1 – ACHEGAS PARA UM CONCEITO	2
1.2 – ORIGENS HISTÓRICAS	4
1.3 – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS	7
1.3.1 – A Internet	9
1.4 – O DIREITO FRENTE À NOVA PERSPECTIVA	13
CAPÍTULO 2 – A INFRAESTRUTURA DE CHAVES PÚBLICAS (ICP-BRASIL)	17
2.1 – VISÃO GERAL	18
2.2 – LEGISLAÇÃO E SUA HISTÓRIA	22
2.2.1 – Natureza da Legislação	25
2.3 – COMITÊ GESTOR	27
2.3.1 – A Questão da Deslegalização	32
2.4 – INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO – ITI	37
2.4.1 – Agência Reguladora (?)	43
2.4.2 – A Natureza da Atividade de Emissão de Certificados Digitais	45
2.4.3 – O Credenciamento	52
2.4.3.1 – A Natureza Jurídica do Credenciamento	56
2.5 – ATECNIA DA MEDIDA PROVISÓRIA	60
2.6 – AUTORIDADE CERTIFICADORA (AC)	62
2.7 – AUTORIDADE DE CARIMBO DO TEMPO (ACT)	67
2.7.1 - Tempo Universal Coordenado (UTC)	71
2.8 – OUTROS CARIMBOS DE TEMPO	72
2.9 – PRESTADOR DE SERVIÇO DE SUPORTE (PSS)	74
2.10 – PRESTADOR DE SERVIÇOS BIOMÉTRICOS (PSBio)	76
2.11 – AUTORIDADE DE REGISTRO (AR)	79
2.11.1 - Identificação presencial	81
2.12 – OUTRAS FIGURAS	87
2.12.1 – Postos Provisórios	87
2.12.2 – Instalações Técnicas	89
2.12.3 – Cartórios	89
2.12.4 – Postos de Atendimento	91
2.13 – RESPONSABILIZAÇÃO NA INFRAESTRUTURA	91
2.14 – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	96
2.15 – TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO	100

CAPÍTULO 3 – ASSINATURA DIGITAL	103
3.1 – ASSINATURA	104
3.2 – DOCUMENTO ELETRÔNICO	106
3.2.1 – Assinatura Eletrônica	108
3.2.1.1 – Assinatura Eletrônica Mediante Simples Acordo de Vontades	113
3.2.1.2 – Assinatura Eletrônica sem Acordo de Vontades	114
3.2.1.3 – Login e Senha	117
3.2.1.4 – Atos Processuais	119
3.2.1.5 – Conclusão Parcial	124
3.2.2 – Assinatura Digital	125
3.2.3 – Assinatura Digitalizada	135
3.2.4 – Natureza Jurídica do Certificado Digital	136
3.2.5 – Certificado de Atributo	138
3.2.6 – Aplicações e Perspectivas	142
ANEXO I - MANUAL DE PERGUNTAS E RESPOSTAS JURÍDICAS DA ICP-BRASIL	145
1 – ASSINATURAS DIGITAIS (1-21)	146
2 – EMISSÃO DE CERTIFICADOS DIGITAIS: PESSOAS FÍSICAS (22-39)	165
3 – EMISSÃO DE CERTIFICADOS DIGITAIS: PESSOAS JURÍDICAS, ENTES EQUIPARADOS e EQUIPAMENTOS (40-77)	180
4 – A INFRAESTRUTURA (78-102)	204
5 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (103-105)	225
ANEXO II – ENSAIOS SOBRE CERTIFICAÇÃO DIGITAL	229
<i>A falácia da iniciativa popular em projetos de lei: uma análise sob a perspectiva da e-democracy.</i>	230
<i>A (in)validade do uso compartilhado de HSM para chaves privadas de pessoas físicas.</i>	257
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	270

[...] outras novas tecnologias parecem muito mais benignas, sendo conseqüentemente sujeitas a pouca ou nenhuma regulação. Os computadores pessoais e a internet são exemplos: essas novas formas de Tecnologia da Informação (TI) prometeram criar riqueza, disseminar o acesso à informação e portanto ao poder de maneira mais democrática e promover a fraternidade entre seus usuários. Foi preciso procurar muito para encontrar aspectos negativos na Revolução da Informação: o que se encontrou até hoje são questões como o chamado divisor de águas digital (isto é, a desigualdade de acesso à TI) e ameaças à privacidade, nenhuma das quais pode ser considerada uma matéria cataclísmica de justiça ou moralidade. - **Francis Fukuyama, Nosso futuro pós-humano: Conseqüências da revolução da biotecnologia.**

Capítulo 1

SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

1.1 – ACHEGAS PARA UM CONCEITO²

Expressão recente, surgida no final do século passado – ou seja, há aproximadamente apenas 15 (quinze) anos³ – sociedade da informação traduz inicialmente a ideia de seu constante movimento. Significa dizer que a sociedade não é estática, mas dinâmica; que seus processos de formação e conformação estão em contínua mudança, cujo principal vetor dessa aparente (ou proposital) instabilidade é a tecnologia. Sem dúvida, é um novo modelo organizacional que permeia, ou tem a pretensão de permear, as sociedades ocidentais contemporâneas. Nas felizes palavras de Jorge Werthein:

A expressão “sociedade da informação” passou a ser utilizada, nos últimos anos desse século, como substituto para o conceito complexo de “sociedade pós-industrial” e como forma de transmitir o conteúdo específico do “novo paradigma técnico-econômico”.⁴

Se o conceito de sociedade não desperta maiores dúvidas⁵, cumpre analisar o significado da palavra informação. Para Gleick, por exemplo, “[...] é aquilo que alimenta o funcionamento do nosso mundo: o sangue e o combustível, o princípio vital.”⁶

Mas não basta informar, deve-se conhecer: da informação se alcança o conhecimento, que pressupõe uma *actio*, uma ação positiva no sentido de se apreender a informação disponibilizada e construir uma atitude intelectual, um processamento mental das informações então adquiridas. Por sua vez, esse

2 Advirta-se desde logo que a sociedade da informação não é um conceito científico fechado, mas, sobretudo, uma forma emblemática de um certo discurso social recente. Nesse sentido: SERRA, Joaquim Paulo. **A Informação como Utopia**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 1998, p. 9.

3 Em verdade, parece que a origem do termo “sociedade da informação” remonta à década de setenta, quando o sociólogo americano Daniel Bell cunhou-o em seu livro “O advento da sociedade pós-industrial” (São Paulo: Cultrix, 1977). Afirma que a transformação da sociedade industrial em sociedade “pós-industrial” significa que “[...] é uma sociedade da informação, assim como a sociedade industrial é uma sociedade de produção de bens.” Ibidem, p. 516. Porém, apenas recebeu a devida atenção a partir do final da década de 90, com o desenvolvimento das redes computacionais.

4 WERTHEIN, Jorge. A Sociedade da Informação e seus Desafios. **Revista da Ciência da Informática**, v. 29, p. 75.

5 “[...] uma sociedade (do latim: *societas*, que significa ‘associação amistosa com outros’) é o conjunto de pessoas que compartilham propósitos, gostos, preocupações e costumes, e que interagem entre si constituindo uma comunidade.” Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Sociedade>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

6 GLEICK, James. **A Informação**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, prólogo.

conhecimento adquirido será disponibilizado, a outrem, como uma informação⁷.

Vê-se, assim, que ambos os signos encontram-se estreitamente relacionados: conquanto um (informação) fornece a base para a geração do outro, o segundo (conhecimento) será disponibilizado na forma do primeiro. Daí talvez a justificativa para que a sociedade seja da informação: a única certeza que se possui é da disponibilidade das informações, mas não de sua efetiva transformação em conhecimento⁸. Logo, na atual sociedade, tudo o que possa ser reduzido a um formato eletrônico merece a alcunha de informação: voz, vídeo, imagens, escritos.

Caminha-se atualmente para a substituição dos átomos⁹ por bits¹⁰: o direito real era calcado em átomos (propriedade imóvel, p. ex); os crimes, *idem* (furto de coisa móvel alheia, v.g.). O direito dessa forma se estruturou, pois o valor atrelava-se a algo tangível. O bit, porém, não possui um valor intrínseco, mas sim baseado na utilidade que possa proporcionar. A informação nele constante vale por si só, independentemente do meio que a veicule¹¹.

Charles Stevenson chamou de “definições persuasivas” aquelas que

7 Nesse sentido, conforme a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011) define: Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I – informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato.

8 “No conhecimento temos dois elementos básicos: o sujeito (cognoscente) e o objeto (cognoscível), o cognoscente é o indivíduo capaz de adquirir conhecimento ou o indivíduo que possui a capacidade de conhecer. [...] O cognoscível é o que se pode conhecer. Podemos conceituar conhecimento da seguinte maneira: conhecimento é aquilo que se admite a partir da captação sensitiva sendo assim acumulável a mente humana. Ou seja, é aquilo que o homem absorve de alguma maneira, através de informações que de alguma forma lhe são apresentadas, para um determinado fim ou não. O conhecimento distingue-se da mera informação porque está associado a uma intencionalidade. Tanto o conhecimento como a informação consistem de declarações verdadeiras, mas o conhecimento pode ser considerado informação com um propósito ou uma utilidade”. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Conhecimento>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

9 “A era industrial, fundamentalmente uma era dos átomos, deu-nos o conceito de produção em massa e, com ele, economias que empregam operários uniformizados e métodos repetitivos na fabricação de um produto num determinado espaço ou tempo. A era da informação e dos computadores mostrou-nos as mesmas economias de escala, mas menos preocupada com o espaço e o tempo. A confecção de bits poderia se dar em qualquer lugar e a qualquer tempo, movendo-se por exemplo, entre as bolsas de valores de Nova York, Londres e Tóquio, como se tais mercados fossem três máquinas-ferramentas adjacentes.” NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 157-158.

10 “Bit (simplificação para dígito binário, *'Binary digit'* em inglês) é a menor unidade de informação que pode ser armazenada ou transmitida, usada na Computação e na Teoria da Informação. Um bit pode assumir somente 2 valores: 0 ou 1, corte ou passagem de energia respectivamente”. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Bit>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

11 “A informática não tem mais nada a ver com computadores. Tem a ver com a vida das pessoas.” NEGROPONTE, op. cit., p. 12.

misturam conteúdos descritivos com atitudes valorativas de aprovação¹². Ora, a sociedade da informação caminha por esta senda, pois, muito mais que descrever esse novo modelo de sociedade – no qual o nome é quase autoexplicativo, ao menos para se ter uma ideia primária de seu significado – hoje em dia afirmar que uma sociedade é da “informação” conduz, pelo senso comum, que é uma sociedade eficiente, um arquétipo que deve ser buscado no desenvolvimento natural das organizações.

Termos como esses têm um sentido descritivo anêmico e uma alta carga emotiva¹³, o que permite ao emissor cobrir com manto descritivo um juízo verdadeiramente de valor. Resta ao intérprete desenvolver o conteúdo dessa nova definição.

1.2 – ORIGENS HISTÓRICAS

Principalmente a partir do século XIV¹⁴, com a expansão das universidades, o livro, que era escrito em latim, língua própria dos sábios, permitiu a criação, pela primeira vez na história, de uma comunidade do saber na Europa, protótipo medieval da sociedade da informação.

Porém, se uma característica positiva do latim era permitir a troca de informações entre comunidades diferentes, que falavam línguas diferentes, acabou por servir, em contraponto, como uma barreira àqueles que não a conheciam (a esmagadora maioria da população, como imaginável).

Ao mesmo tempo em que facilitava as comunicações, impedia a sua difusão, portanto. Tal situação perdurou até a difusão da prensa de Gutemberg, já no século XV, quando o uso do latim foi substituído pela utilização da língua

12 STEVENSON, Charles. **Ethics and Language**. 1944, p. 206 et seq. Apud: COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução à ciência do direito: uma perspectiva zetética às ciências jurídicas**. Porto Alegre: Fabris, p. 149. Significa dizer, por exemplo, que quando a palavra República é utilizada, não se utiliza apenas uma das espécies de organização de poder, mas sim que é uma forma, ao menos hoje em dia nas sociedades modernas ocidentais, preferível de organização do poder. Falar que uma pessoa é republicana, nesses termos, não é dizer que adota, como opção, esse modelo de organização, mas significa muito mais, pois quer dizer aquele que vem ao encontro de ideais democráticos, pluralistas e dignos.

13 WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**, I, p. 43. Apud: COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução à ciência do direito: uma perspectiva zetética às ciências jurídicas**. Porto Alegre, Fabris, p. 151.

14 SERRA, Joaquim Paulo. **A Informação como Utopia**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 1998, p. 121-122.

nativa dos autores.

De certa forma, o que hoje se entende por sociedade da informação pode ser encarado como um produto de dois eventos históricos e coetâneos: de um lado, um inegável retorno aos ideais iluministas, movimento cultural, político e filosófico que significou dar primazia ao domínio da razão, em contraposição à religiosidade então reinante na idade média¹⁵; de outro, uma consequência direta da revolução industrial, que trouxe, pela primeira vez na história da humanidade, a noção de a tecnologia auxiliar no suprimento das necessidades da sociedade (notadamente, em sua origem, com a inserção do vapor e das máquinas no processo produtivo).

Se antes a manufatura era o principal modo de produção, e, antes ainda, o artesanato, a revolução industrial¹⁶, ao compartimentalizar o processo produtivo e permitir a difusão de bens e serviços, foi uma espécie de revolução tecnológica. Hobsbawm alerta que esse, provavelmente, foi o acontecimento mais importante na história do mundo, ao menos desde a invenção da agricultura e das cidades.¹⁷

Conquanto na sociedade industrial era a matriz energética que ditava o desenvolvimento social¹⁸, na atual sociedade é a informação, apoiada na tecnologia, que arroga para si a importância transformadora. Segundo Ricardo Dip:

E o homem inventou o papel e, depois, a eletrônica: e a sociedade, que continuou crescendo e fazendo-se complexa, necessita sempre que se documente a definição das coisas que são de um e se demarquem as que são de outro: seu efeito é a

15 Não sem razão, as três grandes revoluções ocidentais aconteceram nessa época: inglesa, americana e francesa, em ordem (a última sob importante influência de Beccaria, que publicou, em 1764, o célebre "*Dei delitti e delle pene*" ("Dos delitos e das penas")).

16 "O que significa a frase 'a revolução industrial explodiu'? Significa que a certa altura da década de 1780, e pela primeira vez na história da humanidade, foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornaram capazes da multiplicação rápida, constante, e até o presente ilimitada, de homens, mercadorias e serviços. Este fato é hoje tecnicamente conhecido pelos economistas como a "partida para o crescimento auto-sustentável". HOBBSAWM, Eric. **A Era das Revoluções**. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1982, p. 20.

17 Ibidem, p. 21.

18 Anteriormente, na revolução agrícola, era a terra que desempenhava o papel de centro de distribuição de riquezas. Sobre o tema: HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. São Paulo: Editora LP&M, São Paulo, parte dois: A Revolução Agrícola.

paz social.¹⁹

Yoneji Masuda, no início da década de 80²⁰, defendia que a sociedade já vivia um processo silencioso de transformação, ocasionado pela telemática, ou seja, pela junção de tecnologia e informática. Segundo o autor, essa transformação terá um impacto muito maior que a revolução industrial, pois:

[...] a função fundamental do computador é substituir e amplificar o trabalho mental humano, enquanto a máquina a vapor teve a função básica de substituir e amplificar o trabalho físico [...] a importância da tecnologia do computador está em que, pela primeira vez, fez-se uma máquina para criar e fornecer informação.²¹

Traçando um interessante paralelo entre a revolução da energia motora e a revolução computacional, Masuda assevera que houve um período de 229 anos entre a invenção da máquina a vapor e o aparecimento do avião a jato (1708-1937), conquanto o primeiro computador, ainda a válvula, criado em 1946, já teve a sua terceira geração, dotada de microprocessadores (e que perdura até hoje), em 1973. Assim, conclui, a revolução informacional é seis vezes mais rápida que a anterior^{22, 23}.

Frente a todo o exposto, três premissas²⁴ podem ser ressaltadas como as principais responsáveis pelas transformações atualmente em curso: a)

19 DIP, Ricardo. **Direito Administrativo Registral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

20 Helder Coelho, autor português, nos idos de 1986, também detectava a possibilidade do surgimento de uma sociedade da informação, ou melhor, baseada na informação, calcada no uso intensivo da tecnologia computacional, que acarretaria o domínio do setor da informática sobre todos os outros setores da sociedade. Segundo o referido autor: "Avançavam assim as etapas de implantação: uma 1ª fase, de mudança no pensamento das organizações e estruturas tradicionais e de substituição, com reflexos ao nível do emprego; uma 2ª fase, a de crescimento, com novos produtos e serviços e um uso crescente das redes de telecomunicações; a 3ª fase, a da assimilação, que se caracterizará pela reconciliação entre o conteúdo do trabalho e da ocupação com as atividades físicas e intelectuais, onde o papel do homem sairá reforçado, nomeadamente no que respeita ao aproveitamento da sua capacidade de inteligência." (Apud: MARQUES, J. A. Garcia; MARTINS, A. G. Lourenço. **Direito da Informática**. Coimbra: Almedina/Instituto Jurídico da Comunicação, 2000, p. 42).

21 MASUDA, Yoneji. **A Sociedade da Informação como Sociedade Pós-Industrial**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1982, p. 67.

22 Ibidem, p. 62.

23 Segundo Manuel Castells, a sociedade da informação, entendida como revolução, se difundiu por todo globo em menos de duas décadas. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 67-70.

24 **Sociedade da informação no Brasil**: livro verde/organizado por Tadao Takahashi. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, fls. 3-4.

convergência da base tecnológica, no sentido de o formato eletrônico permitir que a informação seja processada e transmitida universalmente; b) dinâmica industrial, referente ao barateamento do preço dos computadores e, hodiernamente, dos *smartphones*, *notebooks* e *tablets*, meios físicos necessários à acessibilidade do conteúdo digital; c) crescimento exponencial da internet.²⁵

Esse terceiro atributo, principalmente, que nos propomos a analisar nas páginas seguintes.

1.3 – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A sociedade da informação não visa a destruir o modelo social até então vigente, de sociedade capitalista industrial. Tanto não, que nem poderia: as matérias primas continuam necessárias ao desenvolvimento da sociedade, desde a construção das habitações até a alimentação diária – e isso é irrefutável, pois são necessidades inerentes ao homem. O que esse novo modelo de organização traduz é a posição de destaque conferida à informação, tratada como seu bem mais valioso (claro, com todas as consequências daí advindas).

Os computadores convertem a informação no formato digital, uma linguagem única (lembra-se do latim, citado linhas atrás?) que permite às redes de comunicação (além da internet, destacam-se outros meios que possibilitam a comunicação, interligando as pessoas: cabos de telefone, fibra ótica, ondas satelitárias, etc.) transferirem a outros quaisquer computadores²⁶ essa mesma informação.

Assim, a informação destaca-se do simples conhecimento acadêmico e passa a integrar o cotidiano de todos, pois se apoia no ambiente digital para permitir desenvolvimento de novos serviços: bancos eletrônicos, jornais eletrônicos, teletrabalho, dentre diversas outras e infindáveis atividades que,

25 Tanto no aspecto micro (nos EUA, p. ex., a internet atingiu 50 milhões de usuários em 4 anos, enquanto o rádio demorou aproximadamente 8 vezes mais, 38 anos) quanto macroeconômico, referente à interconectividade entre diferentes países, entre pessoas situadas em lugares distintos no globo (afinal, no mundo eletrônico, a mensagem não demora mais para chegar ao destinatário caso esteja ele na Finlândia ou na Bolívia, por exemplo).

26 GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da Informação**: novos direitos e modos de regulação na sociedade da informação. Coimbra: Almedina, 2003, p. 17-18.

diariamente repetidas e muitas vezes sequer notadas, passam a refletir comportamentos que agora possuem uma simbologia ímpar: além de facilitados pela utilização de sistemas computacionais, passam a ser visualizações práticas de um novo modelo social, de uma sociedade que se move pela informação.

A atenção centrada na informação altera o modo de pensar do capitalismo, modificando a clássica relação homem-produto. Doravante o centro da vida econômica e social não reside mais na simples produção de bens materiais, e sim no conhecimento adquirido. Novos produtos são criados, novas formas de comércio desses produtos acompanham a sua criação e novos investimentos são possibilitados. Perceba-se que o uso intensivo da informação reduz e otimiza o tempo dos processos produtivos.

A metáfora da aldeia global²⁷ parece realmente possível de ser construída. As distâncias diminuíram. Empresas passam a ter mercados não apenas circunvizinhos às suas matrizes produtivas e os consumidores passam a ter possibilidade de acesso a produtos que antes não lhes eram franqueados e que, muitas vezes, sequer sabiam da existência.²⁸

Como todo e qualquer bem, a informação sempre precisou de um vetor para que pudesse ser transmitida ao seu destinatário: por muitos anos o livro, depois o jornal impresso, o rádio, a televisão e, agora, a internet. O comum desses meios é que representam, por si sós, evoluções tecnológicas relacionadas à sua época, de modo que a informação sempre esteve associada à tecnologia, enquanto mecanismo facilitador da produção, reunião, transmissão e reinterpretação (das informações).

Note-se, também, que a evolução relacionada aos vetores

27 “Aldeia global é um termo criado pelo filósofo canadense Herbert Marshall McLuhan, com o intuito de indicar que as novas tecnologias eletrônicas tendem a encurtar distâncias e o progresso tecnológico tende a reduzir todo o planeta à mesma situação que ocorre em uma aldeia: um mundo em que todos estariam, de certa forma, interligados. A expressão foi popularizada em sua obra “A Galáxia de Gutenberg” (1962) e, posteriormente, em “Os Meios de Comunicação como Extensão do Homem” (1964). McLuhan foi o primeiro filósofo a tratar das transformações sociais provocadas pela revolução tecnológica do computador e das telecomunicações”. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Aldeia_Global>. Acesso em: 17 abr. 2016.

28 Faz-se importante repensar, entretanto, os desafios trazidos por esse novo modelo de sociedade. Muitos, porém, são pseudo-novos-desafios, pois são os mesmos trazidos desde outrora pelo capitalismo: desemprego causado pela automação, privacidade posta em risco, maior controle sobre as ações desenvolvidas em rede, desigualdade social (aqui denominada de info-excluídos), fomento do consumo, entre outros.

informativos nunca supera, por completo, o modelo passado: todos os meios convivem (talvez não estritamente de maneira harmoniosa) em conjunto (a internet, por exemplo, não significou o fim da televisão, nem da rádio, nem do livro impresso).

Entretanto, a internet deixou de ser um simples meio de difusão da informação (como todos os outros até então) e passou a ser um ponto ótimo de seu desenvolvimento: tanto necessita dela quanto é pressuposto para o seu próprio desenvolvimento, em uma verdadeira relação de mutualismo²⁹.

A informação, nesse novo formato (digital), possui algumas características peculiares que a diferenciam dos outros bens, principalmente materiais: é inconsumível e acumulável. A primeira, porque permanece disponível independente de sua efetiva utilização; já a segunda, que deriva da primeira, significa atentar que justamente por não poder ser consumida, é acumulada e pode ser utilizada repetidas vezes, com vistas a permitir seu aumento qualitativo.

Conforme bem assenta Masuda, na sociedade industrial é a lei do preço que mantém o equilíbrio entre a oferta e a procura, e, na sociedade da informação, “[...] a alimentação sinérgica, que distribui funções de forma a atingir um objetivo comum, trabalhará para manter a ordem na sociedade.”³⁰

1.3.1 – A Internet

Em meados da guerra fria, na década de 60, a internet surgiu como uma aplicação militar com o intuito de proteger as informações armazenadas. Imaginou-se, então, um sistema de compartilhamento de informações entre diferentes centros militares.

29 A biologia ensina que tal é a interação entre duas espécies que se beneficiam reciprocamente: a) obrigatória – ambas espécies não podem viver separadas, pois as próprias espécies constituintes da associação perdem a sua identidade; b) facultativa ou proto-cooperativa – as duas espécies são beneficiadas e podem viver independentemente. Assim, tecnologia e informação assumem doravante a forma de um mutualismo antes proto-cooperativo e agora obrigatório, no sentido que facilita a produção e a transmissão da informação, principalmente após a difusão dos *personal computers* – ou PCs.

30 MASUDA, Yoneji. **A Sociedade da Informação como Sociedade Pós-Industrial**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1982, p. 49.

Criou-se a Arpanet (*Advanced Research Projects Agency Network*), oriunda da Arpa (*Advanced Research Projects Agency*), que funcionou por meio de um sistema de transmissão de dados em rede de computadores, na qual as informações eram divididas em pequenos pacotes, que continham dados bastantes que permitissem a junção futura de toda a informação. Era, pois, um sistema fechado, tanto no aspecto da informação (pois necessitava da junção de partes separadas para que fosse, ao final, codificada), quanto no de seus usuários (vez que só tinham acesso os integrantes do sistema, *i.e.*, os militares).

Já na década seguinte, com o arrefecimento da beligerância, houve o desenvolvimento dessa nova ferramenta no âmbito acadêmico: transferiu-se a Arpanet para fins comerciais e científicos e criou-se a Milnet (*Military Network*), com a finalidade exclusivamente militar. O sistema de protocolo de internet (*Internet Protocol – IP*), criado nessa época, permitiu o tráfego de informações entre as diferentes redes, de modo que todas aquelas conectadas pelo endereço IP permitiam a troca de mensagens entre os seus usuários.

Estruturalmente, a internet pode ser dividida em três espécies de provedores (nada impedindo que todas estejam reunidas em apenas um): acesso (aquele que efetua uma atividade-meio, um serviço de intermediação entre o usuário e a rede), conteúdo (oferecem informações através dos sites) e hospedeiros (aqueles que têm por função precípua hospedar as páginas de terceiros, possibilitando o acesso aos demais). Na ponta de todo o sistema, claro, existem os usuários.

E são justamente os usuários que assumem o papel central, de principais protagonistas do conteúdo que circula pela rede: seja produzindo, acessando, modificando, seja, mesmo, transmitindo-o. Passa-se, assim, do solilóquio ao diálogo: a principal característica da internet, em contraposição aos tradicionais meios de difusão da informação, é justamente a possibilidade de interagir com a realidade então proposta. Afinal, não somos mais simples receptores de conteúdo, tal qual ocorre com a televisão e o rádio.

Em uma frase: a internet não é uma rede mundial de computadores, mas sim uma rede global de pessoas. Desse modo, não pode ser encarada como (mais) uma simples forma de possibilitar conhecimento ou transmitir

informações, pois vai além: permite a todos partícipes interpretar e construir uma nova realidade, com base nessas informações que se encontram disponíveis perene e extensivamente na própria internet. Assim, a informação, hoje, pode ser transmitida, armazenada e produzida sem qualquer limitação no que tange à distância, tempo ou volume³¹.

Vê-se um modelo muito mais democrático, de acesso plural e baixos custos, tanto para os informantes quanto para os informados³². Possui, ainda, uma outra característica, derivada da primeira: expansibilidade, pois não mais há as restrições geográficas de outrora. Conquanto o produto anunciado pelo rádio encontra-se adstrito à praça que as ondas sonoras possam ser escutadas, na internet todo o mundo terá acesso à informação. Literalmente³³.

Nesse sentido, o ciberespaço³⁴, ou espaço virtual, apresenta informações que se difundem entre os grupos e entre todos os usuários da rede, relacionando-os, compartilhando memórias e criando hipertextos comunitários para a composição de coletivos inteligentes.

E esse ponto merece uma detida análise. Com a internet foi criado o hipertexto digital, um novo ambiente de socialização que permite a modificação e a personalização da mensagem pelo usuário. Ou seja, trata-se de um agrupamento de páginas que podem ser substituídas a qualquer tempo, que propiciam pesquisas, a permuta de informações, a busca e a atualização do conhecimento.

31 "A Europa e a sociedade global da informação – Recomendações ao Conselho Europeu", Bruxelas: Comissão Europeia, de 26.05.94.

32 Porém, ao mesmo tempo em que aproxima as pessoas, pois apenas participam naquilo que têm em comum, acaba por afastá-las das reais comunidades. "Tal faz com que o ciberespaço, ao tornar-nos mais próximos dos mais distantes, nos torna cada vez mais distantes dos mais próximos". (SERRA, Joaquim Paulo. **A Informação como Utopia**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 1998, p. 151). Surgem, então, novas formas de relacionamento interpessoal, sendo o "darwinismo de conteúdo" uma das mais eloquazes. Se Darwin ensinou, há cerca de 150 anos, que na natureza apenas os mais aptos sobrevivem, o darwinismo de conteúdo significa que apenas os mais adaptados sobreviverão nessa transição tecnológica, pois todos são os próprios editores, noticiando aquilo que nos interessa e selecionando as informações que são importantes.

33 No mercado consumidor, por exemplo, as empresas que utilizam essa plataforma tecnológica integram o chamado e business (negócios eletrônicos), que envolvem não apenas suas relações com os particulares, mas, também, em relação a outras empresas, bem como entre empresas e governos. Ora, os consumidores podem adquirir seus produtos sem sair de casa e, inclusive, gastar menos com isso, vez que no preço do produto final não estará embutido todo o custo operacional para se manter uma loja física. Abre-se, ainda, a possibilidade de intensificar o comércio entre particulares (troca de produtos usados, p. ex.).

34 LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 29.

Muda-se a concepção do texto: substituem-se as cópias físicas ou mesmo virtuais (o famoso ctrl+c + ctrl+v) para ligações hipertextuais³⁵. Basta, doravante, que o texto exista, uma única vez, na memória de um computador conectado à rede, para que dele faça parte. E, ao fazer parte, estará se difundindo por meio de hipertextos:

Do mesmo modo, como o hipertexto remove as barreiras da página impressa, a era da pós-informação vai remover as barreiras da geografia. A vida digital exigirá cada vez menos que você esteja num determinado lugar em determinada hora, e a transmissão do próprio lugar é que vai começar a se tornar realidade.³⁶

Assevere-se, entretanto, que o desenvolvimento do ciberespaço não determina, por si só, o crescimento da inteligência coletiva, mas apenas proporciona um ambiente adequado para que efetivamente aconteça. Para tanto, não basta simplesmente universalizar o acesso a computadores ou mesmo capacitar os indivíduos para utilizá-los: é preciso ir além, pois deve-se:

[...] permitir que as pessoas atuem como provedores ativos dos conteúdos que circulam na rede. Nesse sentido, é imprescindível promover a alfabetização digital, que proporcione a aquisição de habilidades básicas para o uso de computadores e da Internet, mas também que capacite as pessoas para a utilização dessas mídias em favor dos interesses e necessidades individuais e comunitários.³⁷

Daí a transformação da informação em conhecimento. Tarefa hercúlea em um país no qual a taxa de analfabetismo se aproxima dos 10% (dez por cento) em relação às pessoas com mais de 15 anos.³⁸ Mas o desafio está lançado. O futuro é esse. Todos nós - sociedade civil, cidadãos e empresários -

35 A hipertextualidade se constitui através de textos formados por hipertextos, que tem por característica básica apresentar o texto de forma não linear, ou seja, cada leitor pode seguir por um caminho diferente, pois o texto é constituído por diversos hiperlinks, que faz com que o leitor possa navegar por mundos diversos, aumentando as suas informações (LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** São Paulo: Ed. 34, 1996, p. 45).

36 NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 159.

37 **Sociedade da informação no Brasil**: livro verde/organizado por Tadao Takahashi. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. 31.

38 IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2007/2014. Disponível em: <<http://brasilemsintese.ibge.gov.br/educacao/taxa-de-analfabetismo-das-pessoas-de-15-anos-ou-mais.html>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

temos, ao lado dos governos federal, distrital, estaduais e municipais, nossa parcela de contribuição a fim de cumprir o mandamento constitucional de vivermos em uma sociedade mais livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I da CF/88).

1.4 – O DIREITO FRENTE À NOVA PERSPECTIVA

Em um mundo globalizado, cada vez mais conectado, não causa estranheza haver o repensamento de algumas definições. Tal assim ocorre, entre outros – e aqui, frise-se, não se trata de um fenômeno exclusivamente jurídico – pela manutenção das mesmas palavras para a classificação de pensamentos que evoluem e entendimentos que se modificam, necessariamente ocasionando o redimensionamento dessas antigas concepções.

O Direito, que em uma de suas concepções mais clássicas é fato, valor e norma³⁹, não pode, por definição, ficar à parte do mundo dos acontecimentos. Se a tecnologia é uma realidade, cabe ao direito se adaptar a esse novo modelo, de forma que tanto o Estado quanto a sociedade passam a se retroalimentar através de um círculo recíproco e permanente de *inputs* e *outputs*. Ronaldo Lemos afirma:

A relação entre direito e realidade sempre foi um tema central no pensamento jurídico. Com o desenvolvimento tecnológico, essa relação torna-se ainda mais importante, na medida em que a rápida mudança que presenciamos no plano dos fatos traz consigo o germe da transformação no plano do direito. Essa transformação se dá de duas formas: de modo indireto, quando as instituições jurídicas permanecem imutáveis ainda que os fatos subjacentes a elas se alterem profundamente; ou de modo direto, quando o direito se modifica efetivamente perante a mudança na realidade⁴⁰, em um esforço de promover novas soluções para os novos problemas. [...] Em outras palavras, a questão começa a tornar-se relevante quando se inicia a partir do ponto em que a chave é se a nova realidade deve adaptar-se ao velho direito ou se o velho direito deve adaptar-se à nova realidade.⁴¹

Diante do exposto, uma importante transformação para o direito decorre

39 REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 59 et seq.

40 Cite-se, por exemplo, a publicação da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, vulgarmente conhecida como “Marco Civil da Internet”.

41 LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Licença Creative Commons, 2005, passim.

do aprofundamento das relações humanas pelos sistemas telemáticos via desmaterialização, pois tornam a sociedade mais eficiente e sustentável. Daí que a ideia de sua legitimidade repousa, com crescente nitidez, na abertura do operador do direito à percepção dos recentes conceitos tecnológicos, que trazem consigo a permeabilidade, o aceite aos influxos de outras ciências.

Nesse contexto, os direitos fundamentais, historicamente, constituem um mecanismo de conquista na luta por direitos do homem. A sua quarta geração surgiu com o Estado neoliberal globalizado, isto é, com as inovações tecnológicas que acarretaram para a coletividade problemas que exigem soluções provenientes do Direito.

Essa denominada quarta geração é composta pelo direito à informação, pluralismo e democracia, temas intimamente relacionados⁴². Segundo o professor Paulo Bonavides, “[...] os direitos da quarta geração compreendem o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos”⁴³.

Logo, a informação de hoje não é aquela de outrora⁴⁴, mas sim compreendida como um verdadeiro direito fundamental:

O direito de liberdade de informação deve compreender três aspectos essenciais, a saber: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. O Direito de informar consiste na prerrogativa de transmitir informações pelos meios de comunicação [...] O Direito de se informar corresponde à

42 “É conhecida a formulação de Lincoln quanto à essência da democracia; governo do povo, pelo povo e para o povo. Ainda hoje se considera esta formulação como a síntese mais lapidar dos momentos fundamentais do princípio democrático” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Lisboa, 2004, p. 288). A difusão em escala geométrica da internet mundial permitiu a criação, ao menos em tese, de um novo marco na democracia, denominada de democracia eletrônica, que vem a traduzir uma reanálise do modelo democrático sob a ótica das novas tecnologias da informação. Assim, a rede mundial se torna a sua ferramenta de incentivo e fomento, facilitando a participação popular na vida política. Cumpre salientar que o Conselho Constitucional Francês reconheceu, em 2009, a internet como um direito fundamental do cidadão. Como lembra Wald, “[...] é preciso reinventar o Estado, modificar o seu relacionamento com o cidadão, privatizar a sua gestão, retirar-lhe a arrogância e a onipotência, que não se coadunam com a democracia fazendo valer uma democracia que se faria sentir não apenas na seleção dos governantes mas, de modo mais intenso, na formação da vontade nacional.” WALD, Arnold. As Novas Tendências do Direito Administrativo. In: **O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 220-221.

43 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 572.

44 Em verdade, a fundamentalidade do conceito de informação data desde antes da revolução tecnológica, pois presente, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1949), cujo artigo 19 é expresso: Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

faculdade de o indivíduo buscar as informações pretendidas sem quaisquer obstáculos [...] e o Direito de ser informado equivale à faculdade de ser mantido completa e adequadamente informado.⁴⁵

Apenas pode-se cogitar de uma sociedade universal e aberta caso os espaços de convivência pública sejam, por todos e cada vez mais, divididos e construídos. E tal não ocorre a não ser pelo compartilhamento das informações⁴⁶. O amparo constitucional à informação protege principalmente aquelas verdadeiras, mas, também, as eventualmente incorretas desde que não tenha havido dolo ou negligência de quem as forneceu:

A Constituição Federal não protege as informações levemente não verificadas ou astuciosas e propositadamente errôneas, transmitidas com total desrespeito à verdade, pois as liberdades públicas não podem prestar-se a tutela de condutas ilícitas.⁴⁷

Essa é justamente a razão de todo o presente trabalho: até que ponto, em redes computacionais, consegue-se alcançar a veracidade das informações prestadas e das autorias afirmadas? Afinal, como questionou o professor Newton de Lucca, na sociedade contemporânea não estamos progressivamente suprimindo a presença física das partes na celebração dos negócios e também nas formalidades a ela inerentes?⁴⁸

A resposta é positiva, e o certificado digital nada mais é que a segurança dentro do avanço inerente aos sistemas tecnológicos, de acordo com o modelo adotado pela República Federativa do Brasil, consubstanciado na Medida Provisória 2.200-2/01⁴⁹.

45 CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodium, 2012, p. 708.

46 Na Alemanha, em meados de 2008, o Tribunal Constitucional Federal, em decorrência da decisão 197-206, reconheceu como novo direito fundamental a garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais, que visa tutelar os dados dos cidadãos.

47 MORAES, Alexandre de. **Direitos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 152.

48 LUCCA, Newton de. **Contratos pela Internet e via computador: requisitos de celebração, validade e eficácia**. Bauru: Edipro, 2001, p. 23.

49 Em importante passagem, Martini é incisivo: “Dessa forma, a criptografia é um ato político, pois empodera o ciber-cidadão, como já afirmou Zimmermann. Deveríamos nos acostumar a isso. Usar uma assinatura digital equivale, hoje, seguramente, a um ato de cidadania-eletrônica, já que o seu concurso ajuda na existência de uma comunicação sem perturbações e um uso público da razão.” MARTINI, Renato da Silveira. **Tecnologia e Cidadania Digital: ensaio sobre**

tecnologia, sociedade e segurança. Rio de Janeiro: Brasport, 2008, p. 102. Mais a frente, o ilustre autor continua: “A plataforma computacional confiável terá que alcançar nesta rede aberta (internet) algum nível de identificação segura. É neste ponto que teremos de nos apoiar em criptossistemas civis como a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira. A ICP-Brasil como um sistema nacional de certificação digital é baseado em padrões internacionais e pode levar ao cidadão-digital o seu certificado digital. No entanto, o certificado digital deve ser visto como uma ferramenta a ser usada nos serviços oferecidos na rede Internet, jamais como uma panaceia.” (Ibidem, p. 153).

Capítulo 2

A INFRAESTRUTURA DE CHAVES PÚBLICAS BRASILEIRA (ICP-BRASIL)

2.1 – VISÃO GERAL

Conforme assentado no capítulo anterior, à facilidade na divulgação das informações, oriunda, principalmente, do desenvolvimento das redes telemáticas – dentre as quais a internet é o seu principal expoente – contrapõe-se a falta de segurança na utilização desses mesmos meios.

Não se pode esquecer que a segurança da informação é de fundamental importância em um mundo binário, onde não se conhece as pessoas com quem se está lidando, ou, acaso conhecidas, não se tem certeza se realmente são quem se acredita ser, nem se a informação é exatamente aquela que se afirmou ter enviado ao seu destinatário⁵⁰.

O Regulamento (UE) nº 910/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, que revogou antiga Diretiva 1999/93 e cuida da identificação eletrônica e dos serviços de confiança para as transações eletrônicas, é expresso em afirmar, logo em seu primeiro considerando, que:

Criar confiança no ambiente em linha é fundamental para o desenvolvimento económico e social. A falta de confiança, nomeadamente devido à percepção de incerteza jurídica, leva os consumidores, as empresas e as autoridades públicas a hesitarem em realizar transações por via eletrónica e em adotar novos serviços.

Desse modo, a certificação digital existe justamente para conferir certeza, ainda que relativa, às pessoas e aos documentos que trafegam em redes computacionais. Trata-se de uma cadeia de confiança⁵¹: nos processos, nas pessoas e nas tecnologias empregadas, a fim de tornar possível – e jurídica – a transposição do mundo físico para o virtual.

A Infraestrutura de Chaves Públicas⁵² Brasileira, ou ICP-Brasil, é o

50 “Na internet o indivíduo se pergunta: aquele que se apresenta como um banco é um banco (?), a página que diz ser de uma companhia de turismo pertence realmente a ela? A rede dilui a potencialidade dos processos de identificação e de autoria”. LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: RT, 2004, p. 46.

51 Resolução CG ICP-Brasil nº 2, de 25 de setembro de 2001, subitem 11.1.2: “As atividades das entidades integrantes da ICP-Brasil estão associadas ao conceito de confiança. O processo de auditoria periódica representa um dos instrumentos que facilita a percepção e transmissão de confiança à comunidade de usuários.”

52 Literal tradução do inglês *Public-Key Infrastructure*, cujo acrônimo é “PKI”.

sistema nacional de certificação digital, instituído pela Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, para garantir três atributos ao documento emitido em forma originariamente eletrônica: autenticidade, integridade e validade jurídica.

Trata-se de infraestrutura integrada por uma Autoridade Gestora de Políticas (Comitê Gestor da ICP-Brasil), uma Autoridade Certificadora Raiz (Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI), as Autoridades Certificadoras (incluídas, aqui, as Certificadoras do Tempo), as Autoridades de Registro, as entidades que prestam serviços a essas autoridades (chamadas de Prestadores de Serviço de Suporte – PSS e as Prestadoras de Serviços Biométricos – PSBio), e, logicamente, os usuários de todo o sistema, aqueles que se utilizam dos certificados digitais emitidos no âmbito da ICP-Brasil.

Na ICP-Brasil, cada entidade possui seu quadrante de atuação previamente delimitado: o Comitê Gestor normatiza, o ITI executa, as Autoridades Certificadoras emitem os certificados e as Autoridades de Registro identificam os usuários.

Em linhas bastantes gerais, é esse o modelo.

Logo, a ICP-Brasil deve ser considerada uma infraestrutura não apenas pelo aspecto formal, oriundo da lei (no caso, pela Medida Provisória); nem pelo material, plasmado no modelo – já existente e atuante – acima colacionado. Decorre, isso sim, da união dessas duas características⁵³, em um conjunto de normas e instituições que garante o fornecimento de certificados digitais seguros aos seus usuários. Segundo Demócrito:

[...] um conjunto de regimes normativos, procedimentos, padrões e formatos técnicos que viabilizam o uso em escala da criptografia de chaves públicas; constitui um modelo formado por autoridades certificadoras responsáveis pela geração e gerenciamento de chaves e certificados públicos, utilizados para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de

53 Infraestrutura, para a economia, é “[...] todo aparato de condições que permite haja a produção de bens e serviços, como ainda o seu fluxo ente vendedor e comprador [...]”. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Infraestrutura_%28economia%29>. Acesso em: 30 maio 2013.

documentos e transações eletrônicas.⁵⁴

É, assim, uma construção técnica que se destina a produzir efeitos eminentemente jurídicos. Ou, em outras palavras: a estrutura, regida por padrões internacionais de segurança e normas de direito administrativo (não se pode esquecer que a Autoridade Certificadora Raiz é uma Autarquia), tem por escopo maior conferir validade jurídica às manifestações eletrônicas, tema esse afeto ao direito civil⁵⁵.

Doutrinariamente⁵⁶, pode-se descrever a configuração de uma infraestrutura de chaves públicas em dois modelos: o hierárquico e o de confiança distribuída⁵⁷.

O primeiro é estabelecido em forma vertical, metaforicamente na figura de uma pirâmide (ou de uma árvore invertida, na feliz expressão utilizada por Menke), situando-se no topo uma entidade na qual todos devem confiar. A confiança dissemina-se do cume para a base: a entidade localizada no ápice da hierarquia, denominada Autoridade Certificadora Raiz, emite um certificado para uma Autoridade Certificadora subsequente, e esta, por sua vez, emite o certificado para o usuário final.

Já no modelo de confiança distribuída, cada Autoridade Certificadora constitui uma hierarquia independente, não havendo, em princípio, níveis intermediários. Estabelecem-se inúmeras hierarquias, que, para se comunicarem, deverão recorrer à certificação cruzada.

O Brasil adotou o primeiro modelo, com uma estrutura hierárquica e centralizada que opera com certificados de uso geral em âmbito nacional. Para Veronese:

54 REINALDO FILHO, Demócrito. **A ICP-Brasil e os poderes regulatórios do ITI e do CG**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7576/a-icp-brasil-e-os-poderes-regulatorios-do-iti-e-do-cg>>. Acesso em: 30 maio 2013.

55 Código Civil, art. 104: A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.

56 MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2005, p. 58 et seq.

57 Certamente existem outros, tais como o modelo “internet”, no qual as ACs Raízes de certificados confiáveis pelo navegador já vêm pré-instaladas; ou mesmo o modelo em “malha”, no qual todas as ACs Raízes têm certificação cruzada.

[...] o sistema criado é estruturado como uma pirâmide ou como uma cadeia de certificação digital, que tem no seu vértice o ITI. O vértice não significa controle direto e sim fiscalização (auditoria técnica) e determinação de procedimentos padronizados (regulamentos) pelas entidades que, efetivamente, certificam cidadãos.⁵⁸

Já os Estados Unidos, a título de exemplo, adotaram o modelo de confiança distribuída. Lá, a interoperabilidade é um ponto central, com a necessária formação de diversas certificações cruzadas, denominadas de pontes (“*bridges*”), a fim de permitir que os certificados de uma cadeia se comuniquem com os de outra (as cadeias geralmente são estaduais, em decorrência do modelo federativo adotado pelos norte-americanos). Ciente das dificuldades apresentadas por esse modelo difuso, há alguns anos:

[...] promoveram a iniciativa do projeto federal Bridge Certification Authority, que tem por escopo fundamental viabilizar a intercomunicação entre os titulares de certificados digitais que adquiriram as suas chaves de Autoridades Certificadoras diversas. Em que pese os esforços, os próprios envolvidos no projeto têm reconhecido que a iniciativa se transformou numa empreitada que tem sido marcada pelo lento progresso.⁵⁹

Ainda segundo Menke⁶⁰, o modelo brasileiro, inspirado no modelo alemão, apresenta basicamente duas vantagens frente ao norte-americano: a) a uniformidade de políticas e padrões técnicos facilita a interoperabilidade entre os usuários de certificados digitais, gerando o aumento das possibilidades de acordos internacionais de reconhecimento recíproco⁶¹ (é, assim, um sistema mais barato, pois não exige esforços de acreditação bi ou multilaterais); b) o processo de credenciamento prévio imprime uma maior confiança e

58 VERONESE, Alexandre. **A política de certificação digital:** processos eletrônicos e a informatização judiciária. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações_RDIT, Belo Horizonte, ano 2, nº 2, p. 22, jan./jun. 2007. Apud: CARVALHO, Paulo Ceo de. A Natureza Jurídica do Credenciamento na ICP-Brasil. Recife: Nossa Livraria, 2010, p. 29.

59 MENKE, Fabiano. **Assinaturas Digitais, Certificados Digitais, Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira e a ICP-Alemã.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/4429/public/4429-4422-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013.

60 Ibidem.

61 Não seria demais ressaltar que os certificados digitais ICP-Brasil são interoperáveis, ou seja, desinteressa a Autoridade Certificadora emitente: todos os certificados devem funcionar em todos os sistemas. Desse modo, basta o usuário ter um único certificado digital ICP-Brasil para utilizá-lo ilimitadamente em todos os softwares que aceitem a utilização de certificados digitais. Reforça-se, assim, a ideia de uma infraestrutura única e nacional.

credibilidade. Fica fácil identificar a origem segura do certificado ICP-Brasil.

A ICP-Brasil é uma infraestrutura que se diz com o exercício das funções de Estado, com a identidade do cidadão, com a livre manifestação de vontade dos indivíduos e corporações. Logo, se presta ao fortalecimento das instituições democráticas, pois fomenta e garante a autenticidade nas relações eletrônicas entre todos os componentes da República Federativa brasileira, nos quais o povo (CF/88, art. 1º, parágrafo único), é a sua maior razão de existência.

2.2 – LEGISLAÇÃO E SUA HISTÓRIA

Atente-se ao comando instituído na Constituição Federal, no capítulo IV, que trata da Ciência e Tecnologia:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. [...]

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Atendendo-se à determinação constitucional, antes da edição do marco regulatório da ICP-Brasil foi publicado o Decreto nº 3.587, de 5 de setembro de 2000, que instituiu a ICP-Gov, uma infraestrutura, conforme o próprio nome diz, exclusiva para as entidades integrantes do Executivo Federal (ou seja, excludente dos Estados, Municípios, Distrito Federal, dos poderes Legislativo, Judiciário e, principalmente, da sociedade civil).

Inobstante esse caráter restritivo, teve seus méritos: a) inaugurou, na legislação brasileira, o conceito de criptografia assimétrica (art. 2º); b) reconheceu expressamente a validade dos documentos assinados com certificados emitidos em sua cadeia (art. 2º § 2º); c) trouxe a ideia de um órgão gerenciador central (art. 6º), que deveria credenciar (art. 7º) e auditar (art. 4º) as entidades integrantes da infraestrutura.

Percebeu-se, então, à época, que apenas seria possível estabelecer a prestação dos serviços de certificação – ainda que restrita ao âmbito da Administração Federal – se a certificação digital, em si, tivesse validade jurídica.

E a validade, conforme acima tratado, é um tema de direito civil, que necessita, por determinação constitucional⁶², de lei (e não um simples decreto regulamentar que organiza o funcionamento da máquina administrativa).

O passo seguinte foi evidente: se é necessária uma lei – como de fato realmente o é – não há motivos para restringir a certificação apenas à Administração Pública.

Publicou-se, então, a Medida Provisória nº 2.200, marco regulatório da ICP-Brasil, hoje em vigor por expressa disposição constitucional⁶³, que foi objeto de nada menos que três republicações, à época que tal era possível⁶⁴.

Revogou-se, tacitamente, o Decreto nº 3.587/00, e, apenas após estabelecida juridicamente a infraestrutura, foi publicado o Decreto nº 3.996, de 31 de outubro de 2001, ainda em vigor, que dispõe sobre a prestação de serviços de certificação digital no âmbito da Administração Pública Federal, direta e indireta e determina:

Art. 2º Somente mediante prévia autorização do Comitê Executivo do Governo Eletrônico, os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal poderão prestar ou contratar serviços de certificação digital. § 1º

Os serviços de certificação digital a serem prestados, credenciados ou contratados pelos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal deverão ser providos no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.⁶⁵

62 CF/88, art. 22, inc. I.

63 Emenda Constitucional 32/01, art. 2º, *verbis*: As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional. Assim, até que revogada ou haja deliberação definitiva do Congresso sobre o tema, continua plenamente vigente e aplicável, de modo que as medidas provisórias em vigor quando da publicação da referida Emenda são equiparadas, no plano eficaz, a uma lei ordinária.

64 Explica-se. No regime anterior à Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, o prazo de vigência das medidas provisórias era de 30 dias, com possibilidade de reedição indefinida. Tal entendimento restou consubstanciado pelo STF na súmula 651: A medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia, até a EC 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição. Porém, após a sua entrada em vigor, o prazo de vigência foi alterado para 60 dias, prorrogável uma única vez, automaticamente, caso a Medida Provisória não seja aprovada dentro desse período.

65 O disposto no art. 2º merece dois imediatos esclarecimentos: a) o Comitê Executivo do Governo Eletrônico foi instituído pelo Decreto s/n, de 18 de outubro de 2000, e em nada se confunde com o Comitê Gestor de Segurança da Informação, responsável pelo antigo ICP-Gov,

A publicação originária da Medida Provisória 2.200, datada de 28 de junho de 2001, instituiu as linhas gerais da ICP-Brasil no formato em que hoje se encontra. Destaca-se, assim, a instituição da sua finalidade, para fins de garantir a autenticidade, integridade e validade jurídica de documentos em forma eletrônica (art. 1º); a previsão de uma Autoridade Gestora de Políticas – o Comitê Gestor da ICP-Brasil; seu assessoramento e apoio técnico pelo CEPESC – Centro de Pesquisas e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações, órgão vinculado à Agência Brasileira de Inteligência – ABIN; o “licenciamento” das Autoridades Certificadoras e de Registro (art. 10); bem como a previsão que a todos seria assegurado “[...] o direito de se comunicar com os órgãos públicos por meio eletrônico” (art. 13).

Já a segunda publicação, de 27 de julho de 2001, trouxe as maiores e mais importantes alterações – que não apenas se encontram vigentes, mas são essenciais ao correto funcionamento da infraestrutura. De somenos importância, pode-se citar a alteração do número de integrantes do Comitê Gestor, passando de 11 (onze) para 12 (doze) (art. 3º), bem como a revogação do direito de todos os cidadãos se comunicarem eletronicamente com o governo⁶⁶.

Há, porém, que se destacar: a) geração do par de chaves criptográficas sempre pelo próprio titular, com a chave privada (para a assinatura) de seu exclusivo controle, uso e conhecimento (art. 8º, parágrafo único); b) identificação presencial do interessado em adquirir certificados digitais ICP-Brasil (art. 9º), requisito inafastável a fim de conferir autenticidade ao documento eletrônico; c)

estabelecido pelo Decreto nº 3.505, de 13 de junho de 2000; b) a simples aquisição (compra) de certificados digitais por entidades governamentais não se enquadra na definição de “[...] prestar ou contratar serviços de certificação digital”, haja vista o certificado ser encarado pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil como um produto, e não serviço. Prescinde-se, portanto, de qualquer autorização do Comitê Executivo para que as entidades e órgãos da Administração Federal adquiram certificados ICP-Brasil. Tal entendimento não significa, porém, que o artigo em análise tenha sido revogado tacitamente, vez que continua necessária a autorização prévia do referido Comitê sempre que a entidade ou órgão público federal deseje inserir-se na cadeia de certificação digital brasileira, seja como Autoridade de Registro (hierarquicamente vinculada a uma Autoridade Certificadora, com quem deve firmar um contrato – daí a expressão do art. 2º: “contratar serviços de certificação”) ou mesmo como Autoridade Certificadora (daí a expressão do art. 2º: “prestar serviços”).

66 Assunto esse retomado, de certa forma, pelo Decreto 6.932, de 11 de agosto de 2009, que estabelece, em seu artigo 1º, inc. VI, a competência dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal para a “[...] aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao cidadão e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações.”

presunção de veracidade, em relação aos signatários, das declarações constantes em documentos que utilizem certificados digitais ICP-Brasil, na forma do art. 131 do Código Civil então em vigor (atual art. 219⁶⁷); d) possibilidade de utilização de outros certificados, além do ICP-Brasil, desde que “[...] admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento” (art. 12, § 2º). Todos esses pontos em destaque serão analisados detidamente ao longo do presente trabalho.

A derradeira publicação data de 24 de agosto de 2001 e fez apenas alguns pequenos ajustes de forma, tais como a extinguir o apoio técnico do CEPESC e prever expressamente a possibilidade de delegação de atribuições do Comitê Gestor ao ITI (art. 4º, parágrafo único).

Por fim, em 7 de novembro de 2002, o Executivo apresentou ao Congresso o Projeto de Lei nº 7.316, a fim de disciplinar o uso de assinaturas eletrônicas e a prestação de serviços de certificação digital. Talvez porque a Medida Provisória vige *sine* dia, talvez porque o referido projeto não buscou modificar as linhas básicas da certificação digital prestada em nosso país (diante da excelência alcançada pela Medida Provisória), o fato é que sequer foi votado de maneira conclusiva na Câmara dos Deputados. De qualquer forma, possui alguns avanços importantes, como o reforço das atribuições da Autoridade Certificadora Raiz (art. 20); a possibilidade de imposição de multa às entidades integrantes do sistema (art. 41), bem como a criminalização de quem cede a terceiro ou utiliza um certificado digital de outrem (art. 42).

2.2.1 – Natureza da Legislação

Cabe assentar que a Medida Provisória 2.200-2/01 é uma norma nacional, e não apenas federal⁶⁸, com aplicabilidade perante toda a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, compreendida nessa a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal (CF/88, art. 18).

Significa falar da unicidade territorial de tal modelo, não facultado a

67 Código Civil, art. 219: As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.

68 Cujo âmbito material de aplicabilidade encontrar-se-ia restrito à União.

qualquer outro ente político (Estados ou Municípios, p. ex) criar infraestruturas de certificação próprias, ainda que sigam, por simetria, o modelo adotado na Medida Provisória. Conclui-se, portanto, que o Brasil só possui uma (numeral e não artigo indefinido) infraestrutura de chaves públicas, instituída e mantida pela União, que possui abrangência perante todos os entes da federação.

Em tão interessante quanto escasso acórdão sobre o tema, traz-se o entendimento exarado nos autos do Reexame Necessário Cível nº 2007.72.00.002903-9, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, oportunidade na qual o ITI impetrou Mandado de Segurança em desfavor do então Prefeito da cidade de Florianópolis-SC, que instituiu, em âmbito municipal, o chamado Sistema de Autorização de Documentos Fiscais Eletrônicos – AEDF, operacionalizado por uma Autoridade de Registro (AR) própria da Secretaria Municipal da Receita – SMR, não integrante da ICP-Brasil:

[...] Nesse particular, tenho por acolher a argumentação no sentido de que o cumprimento de obrigações tributárias, ainda que acessórias (emissão de documentos fiscais), não pode ser executado na forma eletrônica fora do Sistema hierárquico da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, pela limitação expressa no próprio dispositivo do § 2º do art. 10. Ademais, o parágrafo primeiro do mesmo artigo dez assegura presunção de veracidade das declarações constantes dos documentos em forma eletrônica, desde que utilizado o processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil. Em outras palavras, por maior que seja a segurança técnica oferecida pelo Sistema adotado pelo Fisco de Florianópolis (que não se questiona aqui), não pode ostentar a presunção legal de veracidade das declarações em relação aos signatários. Tal circunstância, de ordem legal, é incompatível no âmbito das relações de natureza tributária. O Decreto Municipal nº 4446/06, questionado nesta ação, introduz intenção de conferir presunção de veracidade aos documentos fiscais gerados e emitidos em forma eletrônica (art. 15). O referido Diploma, na condição de mero regulamento administrativo, não tem força de Lei, não podendo alterar a norma legal expressa acima destacada. Outra ponderação relevante destacada na inicial é a necessária garantia da interoperabilidade entre os diversos Sistemas, todos integrados, de forma hierárquica, ao Instituto Nacional de Tecnologia da Informação - ITI, o qual figura como Autoridade Certificadora Raiz e constitui uma raiz única. Tal garantia de interoperabilidade permitirá, no futuro, intercâmbio e gerenciamento de informações entre as entidades públicas que venham a operar com a tecnologia em questão, por exemplo: Receita Federal (já integrante), secretarias de fazenda estaduais e municipais. Nesse quadro, a existência de um sistema fechado, exclusivo de um município e seus contribuintes, tornaria difícil

essa interoperabilidade [...] ⁶⁹.

Tal assim ocorre porque a finalidade da ICP-Brasil, cumpre lembrar, é conferir validade jurídica às manifestações eletrônicas, tema esse afeto ao direito civil, cuja competência legislativa é privativa da União ⁷⁰. Como se não bastasse, é competência privativa legislativa da União dispor sobre informática e telecomunicações (CF/88, art. 22, IV).

Apesar de o vetor principal da infraestrutura ser a Medida Provisória em referência (que, conforme visto acima, de provisória não tem nada), não se pode olvidar que diversos outros diplomas legislativos, cada vez mais, reconhecem e incentivam a utilização dos certificados digitais ICP-Brasil.

Ressalte-se, principalmente, a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial e estabelece como uma das formas de assinatura eletrônica a assinatura digital baseada no certificado ICP-Brasil (art. 1º, § 2º, alínea “a”). O novíssimo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), inclusive, determina igualmente a observância da ICP-Brasil ⁷¹.

2.3 – COMITÊ GESTOR

M.P. 2.200-2/01

Art. 4º Compete ao Comitê Gestor da ICP-Brasil:

I - adotar as medidas necessárias e coordenar a implantação e o funcionamento da ICP-Brasil;

II - estabelecer a política, os critérios e as normas técnicas para o credenciamento das AC, das AR e dos demais prestadores de serviço de suporte à ICP-Brasil, em todos os níveis da cadeia de certificação;

III - estabelecer a política de certificação e as regras operacionais da AC Raiz;

69 Curioso notar que tal decisão, exarada pelo Exmo. Des. Federal Edgard Lippmann Júnior, foi assinada digitalmente justamente conforme a M.P nº 2.200-2/2001, adotada pela Portaria TRF 4 nº 195, de 16 de dezembro de 2004 (DJU de 24/12/2004, pg. 25).

70 Não se pode perder de vista que a validade é um modelo deontológico que pressupõe pertinência a todo o território brasileiro (haja vista a incongruência de se considerar um documento válido em um Estado da federação e inválido em outro, por exemplo).

71 *Verbis*: Art. 195. O registro de ato processual eletrônico deverá ser feito em padrões abertos, que atenderão aos requisitos de autenticidade, integridade, temporalidade, não repúdio, conservação e, nos casos que tramitem em segredo de justiça, confidencialidade, observada a infraestrutura de chaves públicas unificada nacionalmente, nos termos da lei.

IV - homologar, auditar e fiscalizar a AC Raiz e os seus prestadores de serviço;

V - estabelecer diretrizes e normas técnicas para a formulação de políticas de certificados e regras operacionais das AC e das AR e definir níveis da cadeia de certificação;

VI - aprovar políticas de certificados, práticas de certificação e regras operacionais, credenciar e autorizar o funcionamento das AC e das AR, bem como autorizar a AC Raiz a emitir o correspondente certificado;

VII - identificar e avaliar as políticas de ICP externas, negociar e aprovar acordos de certificação bilateral, de certificação cruzada, regras de interoperabilidade e outras formas de cooperação internacional, certificar, quando for o caso, sua compatibilidade com a ICP-Brasil, observado o disposto em tratados, acordos ou atos internacionais; e

VIII - atualizar, ajustar e revisar os procedimentos e as práticas estabelecidas para a ICP-Brasil, garantir sua compatibilidade e promover a atualização tecnológica do sistema e a sua conformidade com as políticas de segurança.

Parágrafo único. O Comitê Gestor poderá delegar atribuições à AC Raiz.

O Comitê Gestor da ICP-Brasil (CG ICP-Brasil) é um órgão (portanto, sem personalidade jurídica), vinculado à Casa Civil da Presidência da República (portanto, não integrante do ITI), definido, no art. 2º da Medida Provisória nº 2.200-2/01, como Autoridade Gestora de Políticas. Significa dizer, em linhas gerais, que compete ao referido Comitê legislar (infralegalmente) acerca das normas técnicas da ICP-Brasil.

E esse é um ponto que merece destaque: o Comitê Gestor atua apenas normativamente⁷², cabendo ao Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI, Autoridade Certificadora Raiz, materializar as suas decisões. O ITI, inclusive, não possui assento no referido Comitê, e, por consequência, não possui direito a voto, participando apenas de maneira reflexa em sua gestão: ora por meio da Secretaria-Executiva, organizando as reuniões, e, eventualmente, coordenando-as; ora executando as suas decisões, conforme visto.

O CG ICP-Brasil possui representação mista, composta por 12 (doze)

72 A única atividade concreta a ser desempenhada pelo referido Comitê, constante do art. 4º, inc. IV da MP 2.200-2/01 (homologar, auditar e fiscalizar a AC Raiz e os seus prestadores de serviço), foi delegada ao ITI, por meio da Resolução nº 64, de 14 de abril de 2009, para que esse, por sua vez, contrate uma empresa de auditoria independente a fim de realizar a tarefa. Mas não foi sempre assim. Veja-se, por exemplo, a Resolução nº 3, de 25 de setembro de 2001, ocasião na qual o próprio Comitê Gestor criou uma comissão para auditar a AC Raiz e seus prestadores de serviço de suporte.

integrantes, representantes tanto do governo (sua maioria, com sete membros de diversos ministérios⁷³) quanto da sociedade civil organizada, indicados, todos, pelo Presidente da República⁷⁴ e exercentes de função não remunerada, pois de relevante interesse público.

Em relação ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, deve ser salientado que existe um convite permanente à sua participação, com dois representantes, sem, porém, direito a voto (daí que seus membros podem ser alterados sem maiores formalidades, pois a competência de indicá-los é exclusiva do próprio CNJ, sendo desnecessária a indicação formal do Presidente da República, tal como ocorre para os integrantes permanentes). Isso porque a Medida Provisória data de 2001, época na qual o referido Conselho não existia (adveio apenas com a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004).

Logo, o arremedo utilizado para reconhecer a importância da participação do CNJ, mas sem ferir a Medida Provisória (que não o prevê expressamente) foi convidá-lo em caráter permanente, mas sem direito a voto⁷⁵. Cumpre salientar que, de *lege ferenda*⁷⁶, essa injustiça restará sanada, com a previsão expressa de sua participação e votação.

As decisões do CG ICP-Brasil são consubstanciadas na forma de Resoluções, publicadas na internet⁷⁷, bem como possuem um quórum de deliberação fixo – maioria absoluta (sete membros); e quórum de aprovação variável – maioria simples dos presentes. O Comitê atua basicamente em três formas⁷⁸: Plenário (competência decisória), Secretaria-Executiva (competência auxiliar) e Comissão Técnica Executiva – COTEC (competência técnica).

Nesse sentido, cumpre salientar que o Decreto nº 6.605, de 14 de

73 São eles: Ministério da Justiça; Ministério da Fazenda; Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ministério da Ciência e Tecnologia; Casa Civil da Presidência da República; e Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República.

74 Apenas para os representantes da sociedade o mandato será fixo: dois anos, permitida a recondução.

75 Decreto 6.605, de 14 de outubro de 2008, art. 2º, § 7º: São convidados para participar das reuniões, em caráter permanente, dois representantes indicados pelo Conselho Nacional de Justiça.

76 Projeto de Lei 7.316/2002, já citado, cujo andamento legislativo pode ser verificado no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=96920>>.

77 Atualmente disponíveis em: <<http://www.iti.gov.br/legislacao/83-icp-brasil/145-resolucoes>>.

78 Resolução CG ICP-Brasil nº 63, de 01 de abril de 2009, art. 11, inc. I.

outubro de 2008, revogou o vetusto Decreto nº 3.872, de 18 de julho de 2001, que também dispunha sobre o funcionamento do Comitê Gestor. Novidadeiro, implementou uma maior rapidez às deliberações, ao prever que na ausência do Coordenador e seu suplente, *munus* esse deferido aos representantes indicados pela Casa Civil da Presidência da República, caberá a coordenação ao secretário-executivo do Comitê, função essa desempenhada pelo Diretor-Presidente do ITI. Antigamente, a coordenação, ante a ausência dos representantes da Casa Civil, caberia a um terceiro indicado pelo Presidente da República, o que não deixava de ser uma verdadeira contradição, haja vista ser mais fácil nomear, diretamente, o representante titular, membro da Casa Civil da Presidência.

Portanto, aquele que for investido como Diretor-Presidente do ITI exercerá, automaticamente, o cargo de secretário-executivo do Comitê, podendo, a depender da ausência do coordenador, ainda, exercer a sua coordenação de forma interina.

Tal fato evita a acefalia do CG ICP-Brasil e confere perenidade às suas deliberações e reuniões. O referido secretário é o titular, por óbvio, da Secretaria-Executiva (na dicção dos administrativistas, trata-se de um órgão unipessoal, pois integrado apenas pelo Secretário⁷⁹), que receberá todo o apoio do ITI no desempenho de suas funções, inclusive no que se refere aos cargos de assessoria e ao apoio técnico e administrativo. Não é tecnicamente correto, portanto, entender o ITI como integrante da Secretaria-Executiva, órgão esse integrado exclusivamente pelo seu Diretor-Presidente.

Veja-se a racionalidade da disposição: o dia a dia da certificação digital é vivido pelo ITI, que possui, na figura de seu mandatário máximo, a Secretaria-Executiva do Comitê. Sendo assim, as deliberações do CG ICP-Brasil são convocadas justamente pelo ITI (e não pelo próprio Comitê) de modo a se evitar que um assunto urgente, verificado pela Autoridade Certificadora Raiz no uso de suas atribuições, fique a depender da marcação de reunião pelo próprio órgão responsável por decidir. É uma inteligente disposição que evita a paralisação dos trabalhos da infraestrutura sem desrespeitar a soberania dos vereditos exarados

79 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 413.

pelo Comitê Gestor.

À Secretaria-Executiva compete: a) prestar assistência ao coordenador do CG ICP-Brasil; b) preparar as reuniões (não se pode esquecer que o Comitê é um órgão de reunião esporádica, não possuindo, portanto, uma localização definida na Administração Pública Federal. Sendo assim, apesar de hoje as reuniões ocorrerem na sede do ITI, já ocorreram reuniões na Presidência da República bem como no Banco do Brasil, por exemplo); e, c) coordenar os trabalhos da COTEC.

A COTEC (que substituiu o CEPESC, previsto até a primeira reedição da Medida Provisória) tem por competência dar o devido suporte técnico para o Comitê. É integrada por representantes, titulares e suplentes, indicados pelos membros do CG ICP-Brasil e designados pelo secretário-executivo, sem prejuízo do convite para participar das reuniões técnicos e especialistas de áreas afins. Sua competência encontra-se disposta no art. 5º do Decreto nº 6.605/08:

Art. 5º Compete à COTEC:

I - manifestar-se previamente sobre matérias de natureza técnica a serem apreciadas e decididas pelo CG ICP-Brasil;

II - preparar e encaminhar previamente aos membros do CG ICP-Brasil expediente contendo o posicionamento técnico dos órgãos e das entidades relacionados com as matérias que serão apreciadas e decididas; e

III - cumprir outras atribuições que lhe forem conferidas por delegação do CG ICP-Brasil.

Por fim, resta analisar a previsão, constante no parágrafo único do art. 4º da Medida Provisória, que trata da possibilidade de delegação, do Comitê Gestor ao ITI, de suas atribuições (ou seja, de suas competências)⁸⁰. Apesar de genérica, certamente sofre as restrições constantes na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que trata especificamente sobre o tema e estabelece, em seu artigo 13, como limites à delegação, a edição de atos normativos, a decisão de recursos administrativos e as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade⁸¹.

80 A competência pode ser entendida como o “[...] conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 188.

81 Para José dos Santos Carvalho Filho, os atos de competência exclusiva devem ser

A questão assume relevo ao se deparar com a previsão constante no inciso VI do art. 4º da Medida Provisória, que estabelece a competência do Comitê Gestor para credenciar as Autoridades Certificadoras e de Registro na ICP-Brasil, haja vista esse credenciamento, hoje, ser efetuado diretamente pelo ITI, com base na delegação prevista nos itens 2.2.2.2.7 (para Autoridades Certificadoras) e 2.2.3.2.2. (para Autoridades de Registro), todos do DOC ICP 03.

É inegável que tais previsões não se encontram formalmente perfeitas, haja vista a ausência de sua duração (conforme exigido pelo art. 14, § 1º, da Lei nº 9.784/99) bem como a inexistência de delegação expressa (houve apenas a atribuição de competência de forma tácita⁸²) acerca dos atos específicos a serem praticados (art. 14, *caput*, da Lei nº 9.784/99). É, porém, uma previsão que possui efetividade e vem sendo obedecida dentro do sistema, racionalizando-o e conferindo celeridade aos referidos credenciamentos, ponto de partida para a atuação dos prestadores de serviços na ICP-Brasil.

2.3.1 – A Questão da Deslegalização

O instituto da deslegalização pode ser entendido, em linhas gerais, como o resultado de um silogismo que possui duas premissas básicas: na primeira, o Congresso Nacional estabelece, por meio de lei formal, os princípios gerais sobre determinada matéria; na segunda, essa mesma lei principiológica delega, ao Executivo, a possibilidade de sua complementação mediante atos administrativos (infralegais, portanto).

Nesses termos, segundo Canotilho, ocorre a deslegalização quando “[...] uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por

entendidos como aqueles que “[...] a norma jurídica, seja ela legal e regulamentar, já estabelece previamente que certa competência é indelegável [...]”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 122.

⁸² Há entendimento doutrinário no sentido da desnecessidade de previsão expressa para a delegação de competência, pois atribuição inerente ao desempenho da função administrativa, ideia essa albergada pelo art. 12 da Lei nº 9.784/99. Nesse sentido: DI PIETRO, op. cit., p. 189.

regulamento”.⁸³

Deve-se salientar, porém, que, ao lado desse entendimento majoritário, existem outros, com representantes de peso, que visitam campos diametralmente opostos: para uns, há desnecessidade de autorização legislativa. Eros Grau, por exemplo, entende a deslegalização como uma atribuição inerente ao Poder Executivo, restando desnecessária, portanto, qualquer autorização legislativa expressa a esse respeito. São suas as seguintes palavras:

Os regulamentos autônomos ou independentes são emanados a partir da atribuição implícita do exercício de função normativa ao Executivo, definida no texto constitucional ou decorrente de sua estrutura. A sua emanação é indispensável à efetiva atuação do Executivo em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência. Dessa forma, poder-se-ia concluir que as agências reguladoras estariam autorizadas a criar direito novo, por meio de regulações, ainda que despidas da previsão legal.⁸⁴

Já para outros, haveria a possibilidade de deslegalização apenas nas hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal (o que acaba fechando, quase que por completo, a possibilidade de sua utilização). Nesse sentido, Di Pietro⁸⁵ entende a função regulatória como inerente apenas às agências previstas na Constituição e, mesmo para essas, a competência regulamentadora deve se limitar aos chamados regulamentos administrativos ou de organização⁸⁶. Assim, todos os outros atos exarados pela Administração tem que seguir o regime estabelecido pela lei, tão somente.

A justificativa, segundo a autora, reside na interpretação literal do art. 25, inc. I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que expressamente vedou o exercício do poder regulamentar pelo Poder Executivo⁸⁷, combinado com o princípio da separação dos poderes, expressamente previsto

83 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 915.

84 GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 187 et seq.

85 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Ed. Atlas, 2011, p. 158.

86 No que é seguida expressamente por Lúcia Valle Figueiredo. Nesse sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 144.

87 *Verbis*: Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I – ação normativa; [...].

na CF/88, art. 2º.

Há que se ponderar, porém, que independentemente de tertúlias acadêmicas, a realidade brasileira impõe uma visão muito mais objetiva do instituto. Não se pode deixar de reconhecer que o princípio da legalidade, previsto na CF/88, art. 5º, inc. II, é um princípio amplo, que estabelece a necessidade de norma jurídica, e não necessariamente a emissão de uma lei (entendida como o comando formal emitido pelo Congresso Nacional). Tanto que Alexandre de Moraes é expresso:

[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada pelo Poder competente, segundo as normas do processo legislativo constitucional, determinando a Carta Magna, desta forma, quais os órgãos competentes e quais os procedimentos de criação das normas gerais.⁸⁸

Requer-se, assim, uma reserva de norma (definição essa que abrange, necessariamente, os regulamentos), salvo para aqueles casos em que a lei é expressamente imposta (a exemplo do direito tributário). Norma, nesse sentido, deve ser entendida como um comando-geral, abstrato e impessoal, e não apenas a sua espécie, exarada pelo Poder Legislativo e denominada de lei.

A questão assume relevância na seara da certificação digital quando a Medida Provisória define, em seu art. 4º, a competência regulamentar do Comitê Gestor da ICP-Brasil.

Fixa-se, desta feita, o instituto da deslegalização no quadrante normativo da certificação digital, haja vista uma Medida Provisória, que possui carga normativa de lei ordinária, deferir a um órgão do Poder Executivo (repise-se que o CG ICP-Brasil é um órgão pertencente à estrutura da Casa Civil da Presidência da República), a possibilidade de regulamentar, técnica e infralegalmente, determinada matéria.

Segundo Varella Bruna, em um argumento pragmático absoluto:

88 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Atlas, 1999. pág. 487. Não seria demais ressaltar que essa é uma visão moderna, pois os constitucionalistas mais clássicos, a exemplo de José Afonso da Silva, igualam a legalidade à estrita observância de lei em sentido material e formal (Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 420).

No Brasil, é, pois, chegada a hora de deixarmos de debater sobre a existência ou não de regulamentos autorizados (ou por delegação)⁸⁹, para voltarmos nossas preocupações aos métodos de controle dessa modalidade de poder normativo.⁹⁰

A técnica de atribuição de poderes normativos ao Executivo é uma realidade da vida moderna, decorrente de novas circunstâncias materiais que se apresentam com o desenvolvimento do Estado e a crescente necessidade de emitir decisões rápidas acerca de temas prementes, e considerar tais regulamentos como inconstitucionais seria gerar um vácuo normativo que feriria de morte, quando menos, todo o terceiro setor brasileiro.

Isso porque o Congresso Nacional não é um órgão técnico, mas plural; um caminho onde se mesclam distintas correntes, e, submeter à sua aprovação qualquer deliberação que afete direitos de terceiros, seria, em última análise, paralisar o país. Perceba-se, portanto, que muito mais que o argumento jurídico, é a necessidade prática que impõe a utilização de tais regulamentos, que atendem ao princípio da eficiência.⁹¹

Nesse sentido, a título de exemplo e referendando o entendimento aqui exarado - embora, é verdade, sob outro enfoque, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AC nº 1.193 QO-MC/RJ, declarou constitucional o procedimento licitatório no âmbito da Petrobras estabelecido por simples Decreto. Nesses termos restou vazada a notícia no Informativo nº 426, de 8 a 12 de maio de 2006:

[...] Quanto à plausibilidade jurídica do pedido, asseverou-se que a submissão da Petrobras a regime diferenciado de licitação estaria, à primeira vista, justificado, tendo em conta que, com o advento da EC 9/95, que flexibilizara a execução do monopólio da atividade do petróleo, a ora requerente passara a competir livremente com empresas privadas, não sujeitas à Lei 8.666/93. Nesse sentido, ressaltaram-se as consequências de ordem econômica e política que adviriam com o cumprimento da decisão impugnada, caso a Petrobras tivesse que aguardar o julgamento definitivo do recurso extraordinário, já admitido, mas ainda não distribuído no STF, a caracterizar perigo de dano

89 O instituto jurídico é a deslegalização, operacionalizada, na ICP-Brasil, por meio de Resoluções.

90 BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras**. São Paulo: RT, 2003, p. 94.

91 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 100.

irreparável. Entendeu-se, no ponto, que a suspensão das licitações realizadas com base no Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado (Decreto 2.745/98 e Lei 9.478/97) poderia tornar inviável a atividade da Petrobras e comprometer o processo de exploração e distribuição do petróleo em todo país, com reflexos imediatos para a indústria, comércio e, enfim, para toda a população.

Não se pode perder de vista que, justamente por existirem tais espécies de regulamentos é que a Constituição Federal é expressa em prever a competência exclusiva do Congresso Nacional para “[...] zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes” (CF/88, art. 49, inc. XI).

Adentrando-se especificamente nas decisões do Comitê Gestor da ICP-Brasil, a legalidade de suas manifestações repousa em uma duplicidade de requisitos: a) matéria de ordem técnica; b) observância dos princípios gerais delineados na Medida Provisória.

Logo, suas manifestações são eminentemente técnicas, autorizadas expressamente pela norma, não como uma procuração em branco, mas sim como limitadora de sua discricionariedade. O contraponto de tal liberdade normativa deferida a órgãos e entidades do Executivo reside na possibilidade, sempre inafastável, de qualquer cidadão ou entidade que se veja malferido em seus direitos subjetivos de procurar proteção no Judiciário (CF/88, art. 5º, inc. XXXV).

Corroborando os argumentos aqui expendidos, Floriano Marques Neto defende como deve ser entendida a nova roupagem do instituto da regulação, muito menos vertical e impositiva em favor de um conceito de maior equilíbrio:

O Estado, de alguma maneira, sempre interferiu nas relações econômicas. Inicialmente, o fazia editando leis pra disciplinar genericamente a ação dos agentes privados, manejava o poder de polícia ou, eventualmente, incumbia-se de algumas atividades de relevância social, elevadas à condição de serviços públicos [...]. A moderna noção de regulação remete à ideia de equilíbrio dentro de um dado sistema regulado. Como dito, a regulação busca equilibrar os interesses internos a um sistema econômico (um setor ou uma atividade econômica). Porém, o equilíbrio buscado pela regulação poderá envolver também a introdução de interesses gerais, externos ao sistema, mas que tenham de ser processados pelo regulador de forma que a sua consecução

não acarrete a inviabilidade do setor regulado. [...] A ação estatal passa a depender do equilíbrio entre os interesses privados (competição, respeito aos direitos dos usuários, admissão da exploração lucrativa de atividade econômica) com as metas e objetivos de interesse público (universalização, redução de desigualdades, modicidade de preço e tarifas, maiores investimentos, etc), desde que, por óbvio, não se trate de matéria reservada absolutamente à regulamentação por lei.⁹²

Repise-se que a atuação do Comitê não é arbitrária, mas sim discricionária no limite de sua tecnicidade. Além de tudo, como órgão integrante da Administração Pública, o CG ICP-Brasil deve, sempre, seguir os princípios constitucionais estabelecidos para toda a atividade administrativa (CF 88, art. 37, *caput*), dentre os quais se encontram a legalidade e a impessoalidade.

Frente ao exposto, mesmo editando normas gerais, atua no legítimo exercício da função administrativa, não havendo, pois, qualquer forma de usurpação da natureza legiferante, exclusiva do Congresso Nacional.

2.4 – INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO – ITI

M.P. 2.200-2/01

Art. 5º A AC Raiz, primeira autoridade da cadeia de certificação, executora das Políticas de Certificados e normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados das AC de nível imediatamente subsequente ao seu, gerenciar a lista de certificados emitidos, revogados e vencidos, e executar atividades de fiscalização e auditoria das AC e das AR e dos prestadores de serviço habilitados na ICP, em conformidade com as diretrizes e normas técnicas estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, e exercer outras atribuições que lhe forem cometidas pela autoridade gestora de políticas.

O Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI é uma autarquia federal, criada pelo art. 12 da Medida Provisória nº 2.200-2/01,⁹³ com sede em

92 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica**. Biblioteca Digital Fórum Administrativo. Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, nº 100, junho 2009.

93 Nos termos da Constituição Federal, apenas lei específica pode criar autarquias: art. 37, inc. XIX, cuja iniciativa, no âmbito federal, é privativa do Presidente da República, em face do disposto no art. 61, § 1º, II, 'e'. No caso específico da ICP-Brasil, cumpre salientar que inexistente qualquer atecnia, haja vista as Medidas Provisórias serem equiparadas, em termos hierárquicos, às leis ordinárias.

Brasília-DF.

É uma entidade de direito público, integrante da administração indireta⁹⁴, criada com o fim específico de ser a Autoridade Certificadora Raiz da ICP-Brasil. Desempenha atividades típicas da potestade pública, prestando serviços públicos em sentido amplo⁹⁵, com as principais características (inerentes a todas as autarquias, diga-se de passagem): contratação de servidores por concurso; contratação de bens e serviços mediante licitação; pagamento de débitos, reconhecidos judicialmente, por meio de precatórios; cobrança de créditos por meio de executivo fiscal; impenhorabilidade de bens, entre outros.

Ser Autoridade Certificadora Raiz significa dizer que possui o certificado de nível mais alto na ICP-Brasil, que contém a chave pública correspondente à chave privada utilizada para assinar o seu próprio certificado e os certificados das Autoridades Certificadoras de nível imediatamente subsequente ao seu (além da Lista de Certificados Revogados – LCR). É, assim, a primeira autoridade da cadeia de certificação, responsável pelo credenciamento (por delegação, conforme visto), auditoria e fiscalização de todas as entidades integrantes da infraestrutura, bem como executora das políticas de certificados e normas técnicas exaradas pelo Comitê Gestor.

Todos aqueles que desejam prestar serviços relacionados à certificação digital devem, previamente, se cadastrar perante o ITI, que obedece a rígidos critérios, já anteriormente definidos pelo Comitê Gestor, para deferir o credenciamento⁹⁶, e, após, ainda os audita e fiscaliza. É um modelo, portanto,

94 O Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, dispõe sobre a organização da Administração Federal, e, em seu art. 4º estabelece a divisão entre administração direta e indireta. A Administração Pública pode classificar-se em: Administração Pública em sentido objetivo, que “refere-se às atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas”, e Administração Pública em sentido subjetivo, que “refere-se aos órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), aos quais a lei confere o exercício de funções administrativas.” Nesse sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 55-56.

95 Uma primeira ideia de serviço público, tema esse que será mais bem abordado ao longo do trabalho, pode ser aqui tratada como “[...] a qualificação de determinada atividade como serviço público importa, em princípio, na exclusão de sua titularidade do âmbito dos particulares e a sua exploração por estes passa a depender do consentimento do Estado”. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 591.

96 Atualmente descritos, entre outros, no DOC ICP 03, disponível em: <http://www.iti.gov.br/images/twiki/URL/pub/Certificacao/DocIcp/DOC-ICP-03_-_Versao_4.9_-_CRIT._E_PROCED._PARA_CRED._DAS_ENT._INTEG._DA_ICP-BRASIL.pdf>. Acesso em: 10

que facilita o controle e o atingimento de níveis mínimos de qualidade, haja vista a centralização de suas ações estar a cargo de uma entidade única, em nível nacional, com poderes específicos e regime jurídico derogatório do comum.

Ser Autarquia e, ao mesmo tempo, Autoridade Raiz, são dois lados de uma mesma moeda: faces opostas, mas intimamente conectadas. É importante salientar que a atividade de certificação digital desenvolvida no âmbito da ICP-Brasil demanda a montagem de uma estrutura complexa. A chave privada da Autoridade Certificadora Raiz, por exemplo, é guardada em uma sala cofre, um ambiente estanque com diversos níveis de segurança⁹⁷, proteção contra precipitações temporais, incêndios, explosões, contando com guarda armada 24 horas por dia, 7 dias por semana (não à toa, localizada na própria Presidência da República).

Há, ainda, diversos requisitos de segurança de pessoal que as Autoridades Certificadoras e Autoridades de Registro devem observar, desde entrevistas com seus empregados a até compromissos de sigilo e investigação de antecedentes desabonadores.

Cabe atentar que por determinação da Medida Provisória (art. 5º, parágrafo único), ao ITI é vedado o fornecimento de certificados digitais ao usuário final⁹⁸, tarefa delegada exclusivamente às Autoridades Certificadoras subsequentes à AC Raiz. Logo, não possui nenhuma Autoridade de Registro a ele diretamente vinculada, pois apenas credencia aquelas que atuarão na cadeia de determinada Autoridade Certificadora.

O artigo 15 da Medida Provisória determina que integrarão a estrutura básica do ITI uma Presidência, uma Diretoria de Tecnologia da Informação (substituída, nos termos do Decreto nº 4.689, de 7 de maio de 2003, pela

jun. 2016.

97 Mais especificamente descritos no item 5 do DOC ICP 01, versão 4.2, de 27 de setembro de 2012.

98 “Como o regime é de livre iniciativa, o Estado não deve se antecipar ao particular na exploração da atividade econômica, devendo, antes, oferecer aos setores de interesse ao particular (inclusive fazendo uso dos instrumentos de fomento, que não devem ser concedidos discricionariamente, mas, sim, vinculados a um contexto de benefício global – sem favorecimento a um setor ou grupo econômico). Somente se o setor privado não se interessar pelo setor ou empreendimento previsto no plano como indispensável ao desenvolvimento econômico é que o Estado está autorizado a explorar a atividade (poder-dever de agir diante do interesse público, diante do princípio da subsidiariedade)”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 86-87.

Diretoria de Auditoria, Fiscalização e Normalização), uma Diretoria de Infraestrutura de Chaves Públicas e uma Procuradoria-Geral. Conquanto o Diretor-Presidente e os Diretores são nomeados diretamente pelo Presidente da República, por indicação do Ministro da Casa Civil da Presidência da República, o Procurador-Chefe será nomeado pelo Ministro da Casa Civil, por indicação do Advogado-Geral da União (na prática, porém, a indicação é feita pelo Diretor-Presidente do ITI).

Importante consignar que o Decreto nº 4.689, de 7 de maio de 2003, que estabelece a estrutura regimental do ITI, trouxe, ainda, a previsão da CGPOA – Coordenação-Geral de Planejamento, Orçamento e Administração, com competência para auxiliar administrativamente as áreas-fins a bem desempenhar as suas funções.

À Presidência do ITI compete, primordialmente, as relevantes funções de representação e coordenação superior da Autarquia. À Procuradoria, por sua vez, o papel de representação judicial e extrajudicial em processos quais o ITI figure como parte interessada⁹⁹, em examinar e aprovar minutas de editais de licitação e de instrumentos de contratos (nos termos da Lei nº 8.666/93, artigo 38, parágrafo único), bem como orientar a todos os órgãos que compõem a Autarquia nos assuntos de natureza jurídica, quando demandada.

Já à Diretoria de Infraestrutura de Chaves Públicas – DINFRA compete, principalmente, além de substituir o Diretor-Presidente em suas ausências e impedimentos, dirigir a operação da AC Raiz (e não a do ITI, a cargo, por certo, do Diretor-Presidente), bem como orientar a elaboração de normas e procedimentos operacionais (Decreto nº 4.689/2004, anexo I, art. 7º). A Diretoria de Auditoria, Fiscalização e Normalização – DAFN planeja, coordena, supervisiona, executa, avalia e controla as atividades relacionadas com a auditoria, fiscalização e normalização no âmbito da ICP-Brasil (Decreto nº 4.689/2004, anexo I, art. 8º).

E aqui um ponto merece destaque: ao dirigir a operação da AC Raiz,

99 A função de representação judicial encontra-se delegada à Procuradoria-Geral Federal, nos termos da Portaria nº 530, de 13 de julho de 2007.

executa o ITI um serviço público¹⁰⁰; ao fiscalizar todas as entidades integrantes da ICP-Brasil (não se pode nunca perder de vista que a ICP-Brasil é uma cadeia de confiança), revela-se o papel de polícia administrativa¹⁰¹. É, assim, uma autarquia que desempenha funções híbridas, concomitantes tanto a serviços públicos quanto as de poder de polícia (mesmo porque esses não deixam de integrar o conceito amplo de serviços públicos).

A Medida Provisória, no mesmo artigo que instituiu a sua criação, vincula¹⁰² o ITI não à Casa Civil, tal qual determinado pelo Decreto nº 6.129, de 20 de junho de 2007, mas sim ao Ministério de Ciência e Tecnologia – MCT, haja vista ser originário do desdobramento do Centro de Pesquisas Renato Archer (CenPRA) – antigo centro de Tecnologia para Informática – sediado em Campinas/SP e vinculado, então, ao referido Ministério - que havia concentrado, no ano anterior, todas as unidades de pesquisa em uma única secretaria.

Ora, em princípio, não poderia o Decreto diferentemente dispor da Medida Provisória nº 2.200-2/01, vez que a sua função usual é complementá-la¹⁰³, e não contrariá-la, em vista do que a doutrina mais abalizada denomina de princípio do congelamento do grau hierárquico:

100 Evoluindo um pouco no conceito, pode-se entender agora o serviço público como “[...] a atividade de satisfação das necessidades da população, desenvolvida pelo Estado ou por particulares, por meio do qual são postas utilidades ou comodidades à disposição da coletividade.” FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 609.

101 Cuja definição é encontrada no Código Tributário Nacional: Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

102 Importante ressaltar que a vinculação de uma autarquia a algum órgão da Administração Pública resulta apenas em um controle finalístico, de tutela, exercido nos termos definidos em lei, uma vez que inexistente hierarquia entre ambos, que possuem personalidade jurídica diversas. Segundo Di Pietro, “Para assegurar que as entidades da administração indireta observem o princípio da especialidade, elaborou-se outro princípio: o do controle ou tutela, em consonância com o qual a Administração Pública direta fiscaliza as atividades dos referidos entes [...]”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 73.

103 Famosa é a distinção feita por Reale, há mais de 30 anos, para quem os atos normativos derivados têm por objetivo “[...] a explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando a sua execução no plano da práxis”. REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**: contribuição ao estudo das figuras que integram o instituto da revisão dos atos administrativos pela própria administração. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 14.

Os princípios da tipicidade e da preeminência da lei justificam logicamente o princípio do congelamento do grau hierárquico: uma norma legislativa nova, substitutiva, modificativa ou revogatória de outra deve ter uma hierarquia normativa pelo menos igual à da norma que se pretende alterar, revogar, modificar ou substituir.¹⁰⁴

No caso tratado, porém, essa alteração é válida (tal qual a substituição da Diretoria de Tecnologia da Informação – DTI pela Diretoria de Auditoria, Fiscalização e Normalização – DAFN, prevista no Decreto nº 4.689/03, já vista), por expressa disposição constitucional:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

Logo, doravante, tornou-se possível, nos estritos termos em que deferido constitucionalmente, a edição de decretos normativos autônomos pelo Presidente da República, com a criação de novos direitos e deveres, inovadores na ordem jurídica, sem a prévia edição de lei (tanto a lei quanto o regulamento autônomo encontram seu fundamento de validade diretamente na Constituição. Daí a possibilidade de alteração de uma lei por Decreto, desde que autônomo e não regulamentar)¹⁰⁵. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citado por José Levi Mello do Amaral Júnior¹⁰⁶, arremata (que o regulamento autônomo é o):

104 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 915.

105 A título de exemplo, cite-se que a Lei nº 6.385/76, que criou a Comissão de Valores Mobiliários, foi alterada pelo Decreto nº 3.995/2001, no que resultou o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 2601, Rel. Min. Carlos Veloso), em que se impugnou, dentre outras coisas, a revogação de dispositivos de Lei por um Decreto. O Supremo ainda não julgou a ação, mas o Ministério Público Federal pugnou pela improcedência dos pedidos. Ou seja, para o Procurador-Geral da República, é constitucional a revogação de dispositivos de Lei por um Decreto regulamentar autônomo do Presidente da República, quando se tratar de matéria que lhe é reservada (art. 84, inc. VI da CF). No mesmo sentido, o Ministro da Fazenda, na Exposição de Motivos nº 213, que resultou no referido Decreto nº 3.995/2001, registrou que “as atribuições e a estruturação dos Ministérios e órgãos da administração pública não mais tocam à lei, podendo ser veiculadas em decreto autônomo – [...] espécie normativa primária – desde que não implique aumento de despesa ou criação ou extinção de órgãos públicos”.

106 Decreto autônomo Inovação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_30/artigos/Art_Levi.htm>. Acesso em: 02 jun. 2013. Colhe-se interessante distinção entre normas de impulso e normas de arbitragem, oriundas do direito francês, mas que refogem ao escopo do presente trabalho.

[...] ato pelo qual o governo edita regras jurídicas novas, com força de lei, portanto revogando ou derogando atos do Parlamento anteriores, relativas a matérias não enumeradas no art. 34 da Constituição. É ele, pois, a expressão de um poder normativo governamental, no dizer de Vedel, que deve ser posto no mesmo pé que o Poder Legislativo, já que consiste em editar regras jurídicas somente subordinadas à Constituição.

Não há que se confundir, porém, a questão da deslegalização, vista linhas atrás, com a possibilidade de alteração de Lei por Decreto, tal como tratada nesse tópico específico: conquanto naquela há uma expressa previsão em lei para que um regulamento autorizado trate do assunto, nessa há a possibilidade de um decreto autônomo (apenas) regular a matéria administrativa (apenas) nos termos em que deferido diretamente pela Constituição (apenas).

Por fim, insta salientar que a recentíssima Medida Provisória nº 726, de 12 de maio de 2016, que, em seu art. 7º, § 1º, inc. I, retornou a vinculação do ITI à antiga previsão original: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – MCTIC.

2.4.1 – Agência Reguladora (?)

Agências Reguladoras nada mais são que uma espécie do gênero autarquia, sob regime jurídico especial,¹⁰⁷ definido em sua lei instituidora. Via de regra, possuem uma maior autonomia em relação ao Poder Executivo (expressada, dentre outros, por meio da impossibilidade de a administração direta rever as suas decisões administrativas),¹⁰⁸ direito à estabilidade de seus dirigentes (exercentes, pois, de mandato fixo)¹⁰⁹ e poder normativo (via instituto da deslegalização, já estudado no item 2.3.1.1 deste capítulo). São, enfim, entes

107 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 390.

108 Essa independência não se reflete em relação ao Poder Judiciário (CF/88, art. 5º, inc. XXXV) nem ao Poder Legislativo (CF/88, art. 49, inc. X c/c art. 70).

109 O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de enfrentar a questão no julgamento da Medida Cautelar na ADIN 1.949-RS, *verbis*: “A investidura a termo - não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras - é, porém, incompatível com a demissão ad nutum pelo Poder Executivo: por isso, para conciliá-la com a suspensão cautelar da única forma de demissão prevista na lei - ou seja, a destituição por decisão da Assembleia Legislativa -, impõe-se explicitar que se suspende a eficácia do art. 8º dos diplomas estaduais referidos, sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos conselheiros da agência sem justo motivo, pelo Governador do Estado, ou da superveniência de diferente legislação válida”.

dotados de reforçado grau de autonomia gerencial, orçamentária e regulamentar, incumbidos de fiscalizar e normatizar as delegações de serviços públicos ou outras atividades de interesse coletivo¹¹⁰.

Esse brevíssimo panorama permite excluir, de imediato, a possibilidade de o ITI ser desse modo considerado, pois não possui nenhum grau de independência financeira, ou mesmo seus dirigentes possuem mandato certo (pois ocupantes de simples cargos em comissão e funções de confiança, demissíveis *ad nutum*).

Pergunta mais interessante seria cogitar, porém, se o ITI, em conjunto com o Comitê Gestor da ICP-Brasil, desempenharia o papel de uma agência reguladora. Em importante artigo sobre o tema, Demócrito Filho entende positivamente:

O Comitê Gestor tem, pois, uma atividade normativa no âmbito da ICP-Brasil, cumprindo ao ITI (na condição de AC Raiz) a execução das normas e regulamentos editados pelo primeiro órgão. Mas, como existe previsão de que as funções do Comitê Gestor sejam delegadas à AC-Raiz (parágrafo 4º da MP), mesmo essa função normativa pode ser exercida pelo ITI. Na prática, o que se observa é que essa função normativa é repartida entre esses dois órgãos. [...]. O conjunto de atribuições que foram conferidas pela MP 2.200 ao Comitê Gestor e ao ITI demonstra que esses dois órgãos, em conjunto, desempenham tarefas que, a despeito das peculiaridades, se incluem como atividades típicas de uma agência reguladora, pois possuem poder gerencial (técnico) e de controle sobre os prestadores de serviços de certificação credenciados.¹¹¹

Tirante a possibilidade de o Comitê delegar suas funções normativas ao ITI, hipótese expressamente vedada em lei¹¹², e, principalmente, que o poder

110 “Deve-se notar que nem todas as agências dizem respeito propriamente à regulação e fiscalização de serviços públicos, cuja execução foi transferida ao setor privado mediante concessão, permissão, autorização, ou cuidam da regulação de atividades resultantes da quebra, total ou parcial, de monopólios estatais”. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: RT, 2012, p. 86. Cite-se, como exemplo de atividade de interesse coletivo, a ANCINE, Agência Nacional de Cinema, instituída pela MP 2.228-1/01, para o fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica no Brasil.

111 REINALDO FILHO, Demócrito. **A ICP-Brasil e os poderes regulatórios do ITI e do CG**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7576/a-icp-brasil-e-os-poderes-regulatorios-do-iti-e-do-cg>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

112 Lei nº 9.784/99, art. 13, já citada. Carvalho Filho assim preleciona: “Atos normativos são aqueles que não têm destinatários individualizados; dirigem-se, pois, a uma generalidade de pessoas. [...]. Se fosse admissível a delegação de tais atos, o disciplinamento daquelas

fiscalizatório não é fator apto, por si só, para caracterizar uma autarquia como agência (haja vista todas as autarquias, em maior ou menor grau, fiscalizarem algo ou alguém) a tese defendida pelo festejado autor ainda assim não merece prosperar, com a devida vênia. Diogo de Figueiredo Moreira Neto denomina de os quatro importantes aspectos de atuação das agências reguladoras, aptos, portanto, a caracterizá-las:

- 1º) independência política dos gestores, investidos de mandatos e com estabilidade nos cargos durante um termo fixo;
- 2º) independência técnica decisional, predominando as motivações apolíticas para seus atos, preferentemente sem recursos hierárquicos impróprios;
- 3º) independência normativa, necessária para o exercício de competência reguladora dos setores de atividade de interesse público a seu cargo; e
- 4º) independência gerencial orçamentária e financeira.¹¹³

Ora, os membros do Comitê Gestor não possuem mandatos fixos (apenas os representantes da sociedade, que são minoria, o possuem), nem exercem competências decisoriais, mas apenas técnico-regulamentares. Ainda, o CG ICP-Brasil não possui nenhuma (repise-se: qualquer) verba orçamentária a seu favor, pois a Secretaria-Executiva do Comitê é exercida pelo Diretor-Presidente do ITI, que receberá todo o apoio desta autarquia (i.e., do ITI), conforme já dito.

Logo, considerar, ainda que metaforicamente, a possibilidade de ambas as figuras, em conjunto, exercerem o papel de uma agência reguladora, unicamente pela independência normativa que o Comitê realmente possui, parece alargar, até perder de vista, o escopo do instituto.

2.4.2 – A Natureza da Atividade de Emissão de Certificados Digitais

A rigor, o presente tópico deveria estar localizado linhas abaixo, após a análise das Autoridades Certificadoras, haja vista a impossibilidade de o ITI

situações ficaria a cargo do agente delegado, o que poderia comprometer a própria razão de ser da superior hierarquia do delegante. Por isso, a lei veda a delegação na hipótese.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 122.

113 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 148.

emitir certificados digitais aos usuários finais.

Porém, a fim de facilitar o entendimento acerca da matéria, diante da íntima conexão entre a natureza da emissão dos certificados e a natureza do credenciamento efetivado pelo ITI, optou-se, para fins didáticos, por analisar presentemente o tema.

No direito brasileiro, e desde já retomando as ideias iniciais de serviços públicos trazidas, de maneira esparsa, ao longo do presente capítulo, a sua prestação compete ao Estado, direta ou indiretamente (sob o regime de concessão ou permissão), conforme dispõe o art. 175 da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, a CF/88 atribui expressamente ao Poder Público a titularidade dos serviços públicos, que, por sua vez, podem ser executados pelos particulares ou mesmo diretamente pelo Estado. Mas, enfim, o que seriam serviços públicos?

Segundo a doutrina, existem três espécies de serviços que podem ser prestados a uma coletividade: os privados (que têm como objetivo o atendimento de interesses individuais e buscam o lucro); os de utilidade pública e os públicos.¹¹⁴

Hely define os serviços de utilidade pública como aqueles quais a Administração reconhece a sua conveniência (não a sua essencialidade, nem a sua necessidade) para os membros da coletividade, prestando-os diretamente ou aquiescendo que sejam prestados por terceiros, nas condições que impuser e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores e mediante remuneração dos usuários. Tais serviços visam a facilitar a vida do indivíduo na coletividade, pondo à sua disposição utilidades que “[...] lhe proporcionarão mais conforto e bem estar”.¹¹⁵ Segundo Medauar:

Por isso, os chamados serviços de utilidade pública, realizados pelos particulares e reconhecidos como de utilidade pública, não podem ser qualificados como serviços públicos, em sentido

114 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 336.

115 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 325.

técnico, por faltar o vínculo orgânico com a Administração, por não incumbir ao Poder Público.¹¹⁶

Já os serviços públicos propriamente ditos podem ser entendidos como:

[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”¹¹⁷

Percebe-se, da análise do regramento constitucional combinado com a definição aqui exposta, que se torna possível classificar os serviços públicos em privativos e não privativos do Estado (dentre as diversas classificações, aquela que mais interessa ao desenvolvimento do tema).

Privativos são aqueles já enumerados pela Constituição: União, Estado-membro, Distrito Federal e os Municípios são os competentes para a sua prestação, diretamente ou mediante delegação aos particulares.

Já os serviços não privativos são aqueles cuja prestação é livre ao setor privado, sem a obrigatoriedade de concessão ou permissão, cujos exemplos clássicos são a saúde e educação. Tais serviços, relacionados geralmente a direitos fundamentais sociais, devem ser executados também diretamente pelo Estado como serviços públicos, mas não são de sua titularidade exclusiva. Possuem, desse modo, um caráter híbrido: quando prestados pelo Estado, seguem o regime jurídico dos serviços públicos; quando pelos particulares, são atividades privadas regulamentadas, sujeitas a um controle estatal típico do poder de polícia.¹¹⁸

Sejam os serviços públicos privativos ou não privativos, deve-se sempre ter em mente a possibilidade de o Estado prestá-los diretamente, e, quando assim feito, submetido a um regime jurídico derogatório do direito comum, orientado pelo princípio da supremacia do público sobre o particular.

É justamente essa impossibilidade de prestação direta do serviço que afasta a certificação digital do conceito de serviço público, pois, conforme já

116 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: RT, 2012, p. 330-331.

117 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 95.

118 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. São Paulo: Editora GEN, 2012, p. 674.

ressaltado, ao ITI é expressamente vedado, de acordo com a Medida Provisória, art. 5º, parágrafo único, emitir certificados digitais ao usuário final. Ou seja: ao se proibir explícita e aprioristicamente tal possibilidade, vedou-se, por conseguinte, a titularidade estatal do serviço. E, se o Estado não pode ser seu titular, de serviço público não se trata¹¹⁹.

Certamente a vedação da Medida Provisória advém do comando constitucional (art. 173) que proíbe a prestação de atividade econômica diretamente pelo Estado, ressalvados os casos de relevante interesse coletivo ou segurança nacional, conforme definido em lei.

Tal assim ocorre pois a participação de um ente estatal no mercado privado inexoravelmente diminuiria a possibilidade da livre competição, (princípio constitucional esculpido na CF/88, art. 170, inc. IV), prejudicando o desenvolvimento da atividade econômica.

Portanto, a certificação digital poderia ser, mas não foi, estabelecida como espécie de serviço público. Trata-se de mera opção legislativa, *conditio sine qua non* para o enquadramento da matéria no referido conceito:

[...] Em suma, a importância da atividade em si mesma não permite afirmar, em nosso país, se um serviço é ou não público; não existem serviços públicos por sua própria natureza, qual fora noção pertinente a uma sorte de direito natural ou suprapositivo. Quem determina uma atividade seja prestada sob regime jurídico de direito público é o próprio ordenamento jurídico.¹²⁰

Não se pode perder de vista, porém, que o senso comum entende a prestação dos serviços de certificação digital como uma espécie de serviço público, diante de diversos fatores que, em tese, aproxima-os: a) a finalidade

119 Corroborar o ponto de vista aqui defendido o entendimento do Comitê Gestor da ICP-Brasil, exarado em reunião realizada no dia 10 de fevereiro de 2009, que entende o certificado digital como um produto, e não um serviço prestado ao adquirente.

120 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. São Paulo: Editora GEN, 2012, p. 619. Explica-se: no Brasil, a concepção essencialista de serviço público, que considera para a caracterização de tais serviços a utilização unicamente do critério material, ou seja, a importância dos serviços prestados, não foi adotada, tanto que o serviço de loterias, p. ex., é um serviço público inobstante não ser um serviço de importância para o desenvolvimento da sociedade. Ganha relevo, pois, a escola legalista de serviço público, a qual conjuga dois fatores para a definição de tais serviços: primeiramente utiliza-se o critério material, ou seja, diz-se sobre a natureza da atividade prestada que configure uma comodidade material aos administrados. Após, utiliza-se o critério formal de serviço público, ou seja, se tais serviços forem prestados sob um regime de direito público, definido em lei.

identificatória da certificação digital; b) o pagamento de “taxa” para a aquisição do certificado; c) a forte regulamentação da atividade¹²¹, normatizada pelo Comitê Gestor e exercida pelo ITI.

Em relação à alínea “a”, é inegável que o certificado digital é sim um documento eletrônico que se presta para a identificação em meio digital. Não se pode, porém, equiparar a sua emissão com a emissão do documento de identificação civil, dada a diversidade de regimes jurídicos.¹²²

Como documento, possui a função precípua de ser utilizado como prova, mas, em si, não é um documento de identificação, seja pelo fato de o possível emissor ser uma pessoa jurídica de direito privado, ou mesmo pela relação jurídica entre o usuário e o referido emissor ser de consumo.

Já em relação à alínea “b”, cumpre ressaltar que a natureza do valor cobrado pela Autoridade Certificadora¹²³ para a emissão de um certificado digital não se trata de taxa, mas sim de mero valor civil. Cada Autoridade cobra o valor que desejar, sem qualquer normatização da ICP-Brasil a esse respeito, pois o mercado se autorregula, de acordo com o binômio oferta-demanda. Ora, se se tratasse de serviço público, o preço cobrado ou seria taxa – que, por ser espécie do gênero tributo, necessita de lei para ser instituída (e alterada) - ou mesmo tarifa, que possui base contratual. Em ambas, tanto na taxa quanto na tarifa, os valores da prestação dos serviços já se encontram pré-definidos.

Em conclusão: se a certificação digital não pode ser enquadrada como

121 Na lição de José dos Santos “[...] os serviços públicos só podem ser executados se houver uma disciplina normativa que os regulamente, vale dizer, que trace as regras através das quais se possa verificar como vão ser prestados. Essa disciplina regulamentadora, que pode se formalizar através de leis, decretos e outros atos regulamentares, garante não só o Poder Público como também o prestador do serviço e, ainda, em diversas ocasiões, os próprios indivíduos a que se destina.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 556.

122 Conquanto a emissão do documento de identificação civil possui previsão legal específica (Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983), que define, inclusive, a incumbência estatal na sua prestação (como não poderia deixar de ser), a simples finalidade identificatória encontra-se, por exemplo, em carteiras estudantis - e nunca sequer se cogitou de inserir a emissão de uma carteira de estudante como um serviço público. São, assim, finalidades similares que levam, porém, as naturezas jurídicas diametralmente distintas.

123 Ora, se o ITI cobra taxa às postulantes ao credenciamento na Infraestrutura, o faz amparado pela diretiva constitucional que a permite, com base no efetivo poder de polícia que presta ao analisar e efetivar o credenciamento. Não, porém, as Autoridades Certificadoras, que emitem certificados digitais em um contexto de atividade econômica.

um serviço público¹²⁴, haja vista o Estado não poder desempenhá-la diretamente, nem também como uma atividade econômica privada comum, sujeita apenas ao poder de polícia geral, a sua natureza jurídica se afigura como uma atividade privada de interesse público, de relevância pública ou simplesmente atividade privada regulamentada, na feliz expressão de Alexandre Santos Aragão:

[...] naturalmente, que toda atividade privada é de alguma forma regulamentada. Quando se utiliza a expressão 'atividades privadas regulamentadas' está-se referindo a uma regulamentação específica, setorial e funcionalizada.¹²⁵

Frente a tal classificação, extrai o autor duas consequências: a) as empresas exercem essas atividades por direito próprio, o que não afasta a necessidade de submissão a uma prévia autorização (CF/88, art. 170, parágrafo único) e a uma forte regulação (CF/88, art. 174), que pode inclusive alcançar alguns aspectos contratuais da prestação, tais como valor final da prestação; b) as empresas que exercem essas atividades podem ser funcionalizadas e instrumentalizadas pelo Estado para a realização de políticas públicas, mas não elas próprias serem forçadas a executá-las:

É lógico que a permissão constitucional dada ao legislador para restringir a intensidade da eficácia da norma constitucional assecuratória do direito não permite a retirada de toda a sua eficácia prática, podendo apenas conformá-la com outros valores constitucionais a ele pertinentes. Do contrário, estaríamos diante de uma improvável delegação de poder constituinte ao legislador, que poderia de fato abrogar, tornando vazia de conteúdo norma constitucional sem os procedimentos fixados para a reforma constitucional, o que, *ipso facto*, convolaria a nossa constituição em uma Constituição flexível. Se o direito é assegurado pela Constituição, o legislador pode regulamentá-lo, mas não o

124 Assim, se por pressuposição se considerar a natureza dos serviços de certificação como públicos, de concessão de serviço não se trataria, pois necessária prévia licitação para seu deferimento; nem de permissão de serviço, uma vez que essa também pressupõe a licitação e pode ser deferida para pessoas físicas, algo inimaginável na ICP-Brasil; muito menos autorização, que é outorgada a título unilateral, precário e discricionário, possuindo o particular mero interesse, e não um direito subjetivo na sua obtenção.

125 ARAGÃO, Alexandre Santos. Atividades Privadas Regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. Biblioteca Difitalk **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abril 2005.

extinguir.¹²⁶

A forte regulamentação exercida na atividade não serve, por si só, para caracterizar a prestação de um serviço como público, mas sim para enquadrá-lo como uma atividade privada, porém, fortemente regulamentada. É, logo, um meio termo entre o serviço público – aquele cuja titularidade é do Estado, que pode prestá-lo direta ou indiretamente – e a atividade privada comum, sujeita, apenas, a um poder de polícia genérico.

Distingue-se, portanto, a certificação digital da saúde e educação privadas, caracterizadas como serviços públicos não privativos, ante a impossibilidade de o Estado, ao lado dos particulares, prestá-la (a certificação) diretamente. Aproximam-se, porém, ambos os regimes, na indefinição do número máximo de prestadores de serviços, pois atividade aberta a todos que desejem e cumpram as exigências. Nesse mesmo sentido se afigura a inovadora e importante obra de Paulo Ceo, específica sobre o tema, que é enfático:

Por isso, observa-se, por vezes, o compartilhamento entre o Estado e a sociedade civil na promoção do bem estar da coletividade. Assim, tendo em vista que particulares assumem encargos relevantes, o Estado, apenas provedor, assume papel de controlador e fiscalizador de determinadas atividades, com o fim de atingir o interesse público.¹²⁷

Esse é um ponto, aliás, que merece desenvolvimento, ante a diferença constitucional entre serviço público e atividade econômica, diferenciação essa que encontra guarida no Supremo Tribunal Federal¹²⁸. A atividade encarada sob

126 ARAGÃO, Alexandre Santos. Atividades Privadas Regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. Biblioteca Difitalk **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abril 2005.

127 CARVALHO, Paulo Ceo de. **A Natureza Jurídica do Credenciamento na ICP-Brasil**. Recife: Nossa Livraria, 2010, p. 77.

128 *Verbis*: "A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. [...] 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja

o prisma da prestação econômica é um gênero, com atuação subsidiária do Estado – que não possui dever de prestá-la (tal qual no serviço público); e encontra-se protegida pelo direito fundamental da livre iniciativa, que gera um dever de observância quando da regulamentação estatal.

Uma vez fixada a premissa básica de que a atividade desempenhada pelas Autoridades Certificadoras não é um serviço público, mas sim uma atividade privada, regulamentada, resta analisar de que forma o ato administrativo necessário ao desenvolvimento das atividades será exteriorizado.

2.4.3 – O Credenciamento

Conforme visto, o CG ICP-Brasil delegou ao ITI o credenciamento (e não mais licenciamento, como previsto na redação original da Medida Provisória nº 2.200 e na legislação argentina¹²⁹)¹³⁰ de todas as entidades integrantes da ICP-Brasil. A título de exemplo, o já revogado Decreto nº 3.587/00 definia-o, em seu anexo II, como um processo de aprovação de políticas e procedimentos de uma Autoridade Certificadora, de forma que a mesma fosse autorizada a participar de uma ICP.

Tirante a injustificada restrição a apenas às Autoridades Certificadoras, a ideia trazida pela norma era satisfatória, de modo que o credenciamento pode ser entendido como um complexo procedimento de pormenorizada análise da qualificação econômica, técnica e jurídica dos postulantes¹³¹, culminando em uma qualificação formal que habilita o interessado à prestação de serviços relacionados a certificação digital.

desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade". ADPF 46/DF, Rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau, em 05/08/2009.

129 LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: RT, 2004, p. 140.

130 A diferença não é meramente de nomenclatura, inobstante ambos termos serem entendidos como atos vinculados. Licença é definida pela doutrina como um "[...] ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, por exemplo, o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio." MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 170. Assim, conquanto o vocábulo licença traga a ideia de definitividade, o credenciamento passa a ideia de simples estabilidade, ou seja, a manutenção do direito do outorgado enquanto mantida as mesmas condições alcançadas quando do deferimento inicial.

131 Sendo assim, certamente os requisitos exigidos para o credenciamento de uma Autoridade Certificadora são muito mais rígidos que os de uma Autoridade de Registro, por exemplo.

O DOC ICP 03 estabelece os diversos critérios e procedimentos para o credenciamento de todas as entidades integrantes da ICP-Brasil. Diz, assim, os documentos que deverão ser apresentados, os requisitos técnicos que devem ser seguidos e o procedimento que será observado pela AC Raiz, culminando na expedição de autorização para a prestação dos serviços de certificação digital, devidamente publicada no Diário Oficial da União – DOU.

Determina, ainda, que todas as comunicações e requerimentos à AC Raiz deverão ser encaminhados por intermédio da cadeia de AC, ou candidatos a AC, operacionalmente vinculados. E esse é um princípio fundamental do sistema: as autoridades inferiores devem primeiro se comunicar com as suas superiores imediatas que, por sua vez, encaminharão os pedidos às suas superiores (se houver), até chegar à AC Raiz. O reverso também é verdadeiro, pois compete às ACs comunicar às entidades que lhe sejam operacionalmente vinculadas todas as decisões da AC Raiz ou do CG ICP-Brasil.

Os requisitos mínimos para o credenciamento (exigíveis de todas as entidades, em qualquer nível), são os seguintes (item 2.1 do DOC ICP 03):

- a) ser órgão ou entidade de direito público ou pessoa jurídica de direito privado;
- b) estar quite com todas as obrigações tributárias e os encargos sociais instituídos por lei;
- c) atender aos requisitos relativos à qualificação econômico-financeira estabelecidos, conforme a atividade a ser desenvolvida, nos anexos I, II, III, IV e V; e
- d) atender às diretrizes e normas técnicas da ICP-Brasil relativas à qualificação técnica ou contratual, constantes dos documentos relacionados nos Anexos I, II, IV e V, aplicáveis aos serviços a serem prestados.

Existem, além desses requisitos comuns, outros variáveis para cada natureza de pedido e que serão analisados em seu devido tempo. Quanto aos acima enumerados, três importantes considerações merecem ser tecidas: a) inexistente a possibilidade do credenciamento de pessoas físicas no âmbito da ICP-Brasil; b) a personalidade jurídica será prescindível somente para as postulantes de natureza pública, pois as entidades privadas apenas poderão requerer seu credenciamento quando dotadas de personalidade jurídica, após a devida inscrição de seu ato constitutivo no órgão competente (Código Civil, art. 45); c) a

alínea “b” é decorrência direta do comando constitucional que proíbe à pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social possa “contratar” (em sentido amplo, por certo) com o Poder Público e dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (CF/88, art. 195, § 3º).

Uma vez fixadas essas premissas básicas, cumpre passar à análise do procedimento. A entidade que receber a solicitação de credenciamento de outra que lhe seja hierarquicamente inferior (por exemplo, uma AC que recebe o pedido de credenciamento de uma AR em sua cadeia), terá o prazo de 30 (trinta) dias corridos para análise e encaminhamento à entidade que lhe seja superior (no exemplo, ou à AC de primeiro nível ou à AC Raiz). Caso quaisquer dessas entidades recusem a documentação que lhes foi apresentada, deverão devolvê-la com a devida fundamentação.

E esse é um ponto que merece análise, pois o item 2.2.1.7 do DOC ICP 03 estabelece uma estranha disposição no sentido que em caso de recusa ou findo o prazo, caberá recurso do postulante à AC Raiz. Ora, a recusa de credenciamento por parte da AC Raiz é um ato de império estatal que deve ser passível sim de recurso a órgão diverso, conforme se verá adiante. Outra coisa totalmente distinta é o não prosseguimento do processo de credenciamento por recusa da Autoridade Certificadora, como no caso, por exemplo, de não desejar ter em sua cadeia hierárquica uma determina AR.

Está-se, aqui, no campo privado, da autonomia negocial, cujo corolário constitucional básico é a propriedade privada e a livre concorrência (CF/88, art. 170, incs. II e IV). O ITI não tem, nem poderia ter, qualquer poder impositivo a esse respeito. Desse modo, o recurso à AC Raiz não possui qualquer efeito prático, devendo-se entender a disposição, pois, como simples comunicação ao ITI para anotação em seus registros.

Todos os requerimentos devem vir acompanhados de um Formulário de Solicitação, que identifica os responsáveis legais, o CNPJ da postulante bem como a natureza de seu pedido, cujo modelo padrão encontra-se disponibilizado na internet.

Uma vez devidamente protocolado na AC Raiz, por intermédio da cadeia hierárquica, haverá o prazo de 30 (trinta) dias para a análise dos documentos

recebidos. Essa análise inicial encontra-se a cargo da Procuradoria Federal Especializada – PFE, a quem compete verificar os requisitos formais do pleito, ou seja, se os documentos exigidos pelas normas foram devidamente encaminhados. Caso haja alguma pendência, o prazo inicial é automaticamente interrompido e abre-se um novo, de iguais mais trinta dias, contados a partir do recebimento da carta registrada enviada ao interessado para a solução da pendência.

Após o parecer jurídico, haverá um despacho fundamentado de recebimento, assinado pelo Diretor-Presidente do ITI, e devidamente publicado. A fundamentação do despacho sempre ocorre com base no parecer jurídico, o que juridicamente se denomina “*per relationem*” ou “*aliunde*”¹³² e eventual indeferimento resulta na possibilidade de interposição de recurso ao CG ICP-Brasil.

No caso do credenciamento de Autoridades Certificadoras, Autoridades de Carimbo de Tempo bem como de Prestadores de Serviços Biométricos – PSBio (última entidade criada na ICP-Brasil e que será objeto de detida análise linhas adiante), a publicação do recebimento do pedido autoriza a interessada a solicitar, em até 30 dias, a feitura de auditoria pré-operacional, a cargo do ITI, declarando estar em conformidade com todos os requisitos exigidos pelas resoluções do CG da ICP-Brasil e pronta para ser auditada no prazo de até 15 (quinze) dias. O recebimento pelo ITI do pedido de realização de auditoria se afigura também como o prazo final para a desistência do credenciamento por parte da interessada.

Depois de realizada a referida auditoria, a AC Raiz terá o prazo de 30 (trinta) dias para análise final do pedido. Caso cumpridos todos os requisitos, sendo, assim, devidamente credenciadas, a AC ou ACT interessada deve pagar as tarifas exigidas¹³³ e apresentar apólice de contrato de seguro de cobertura de

132 Lei 9.784/99, Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...] § 1o A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

133 Os valores são estabelecidos no DOC ICP 06, de 1º de dezembro de 2008: 1 – A emissão de certificados pela Autoridade Certificadora Raiz da ICP-Brasil, para as Autoridades Certificadoras que lhe são diretamente vinculadas, constitui serviço a ser prestado mediante a cobrança de tarifas. 2 – As tarifas cobradas em virtude da prestação do serviço de emissão de

responsabilidade civil decorrente de suas atividades, suficiente e compatível com o risco dessa atividade. Apenas após o cumprimento dessas duas providências será possível à emissão do certificado digital¹³⁴, ato final de seu credenciamento. Já para o PSBio, onde inexistente a apresentação da apólice de seguro diante da não prestação de atividades finalísticas da ICP-Brasil, com o ato de credenciamento a entidade já deverá apresentar o termo de compromisso devidamente firmado.

Em relação às Autoridades de Registro – ARs e Prestadores de Serviço de Suporte – PSSs, a publicação do recebimento da documentação resulta na análise da auditoria pré-operacional (ou seja, já realizada por outra empresa devidamente credenciada perante o ITI) em 30 (trinta) dias. Os procedimentos são iguais para todas as entidades, salvo, é certo, o ato final relacionado às ACs e ACTs, pois as Autoridades de Registro e os Prestadores de Serviço de Suporte não terão a emissão de nenhum certificado, mas o simples deferimento para o exercício de suas atividades relacionadas à certificação digital. Portanto, seus credenciamentos consumam-se com a publicação do ato autorizante.

Em linha conclusiva, releva notar que qualquer que seja a entidade credenciada, o fato, por si só, de se exigir o credenciamento na ICP-Brasil demonstra que todas possuem a chancela estatal da União em sua atuação funcional.

2.4.3.1 – A Natureza Jurídica do Credenciamento¹³⁵

É importante frisar que no credenciamento perante a ICP-Brasil inexistente um número pré-determinado de prestadores de serviços de certificação digital. Ou seja, todos aqueles que desejam participar da infraestrutura assim poderão o

certificados são: a) R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) - na emissão do primeiro certificado de uma Autoridade Certificadora diretamente vinculada à AC Raiz, quando de seu credenciamento na ICP-Brasil; b) R\$ 100.000,00 (cem mil reais) - na emissão de certificados posteriores ao primeiro. 3 – A auditoria pré-operacional para credenciamento de uma Autoridade de Carimbo do Tempo na ICP-Brasil constitui serviço a ser prestado mediante a cobrança de tarifa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

134 Cumpre ressaltar que a Administração Direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios está dispensada do pagamento da tarifa e da apresentação da apólice.

135 Assunto abordado de maneira original e brilhante na seguinte obra: CARVALHO, Paulo Ceo de. **A Natureza Jurídica do Credenciamento na ICP-Brasil**. Recife: Nossa Livraria, 2010.

fazer, desde que cumpram os requisitos estabelecidos na legislação.

Inexistem propostas formuladas em um procedimento licitatório (no qual sempre existe um vencedor), mas apenas um pedido, fundamentado, para que passem a integrar o sistema¹³⁶.

Desse modo, o postulante possui um verdadeiro direito subjetivo em ver seu pedido aceito, desde que cumpra com as determinações legais. Esse direito advém da própria Constituição Federal, pois, como se trata de uma atividade econômica, sofre a incidência do postulado da livre iniciativa¹³⁷, esculpido no art. 170, inc. IV, *verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV - livre concorrência;

Credenciamento deve ser compreendido como um ato vinculado, dado que ao ITI não é facultada a análise da conveniência ou oportunidade em seu deferimento, mas apenas atestar se os requisitos objetivamente estabelecidos pelas normas foram observados. À toda evidência, inexistente qualquer espécie de monopólio na infraestrutura, pois nada mais democrático que deferir o credenciamento àqueles que assim desejem e que cumpram os mandamentos normativos para tanto.

Segundo, mais uma vez, Alexandre Santos Aragão, o ato de credenciamento pode adotar duas naturezas jurídicas distintas: a) contrato de atribuição, ou seja, aquele que defere ao particular determinada vantagem pessoal, firmado com inexigibilidade de licitação por inviabilidade de

136 “Se a Administração pretende credenciar médicos ou hospitais privados para atendimento à população e se admite credenciar todos os que preencham os requisitos indispensáveis, não se há de falar em licitação. É que o credenciamento não pressupõe disputa, que é desnecessária, pois todos os interessados aptos serão aproveitados.” SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 42.

137 “A liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo.’ É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 794.

competição¹³⁸; b) ou exercício de poder de polícia da Administração sobre atividades privadas:

[...] geralmente atividades privadas instrumentais ao exercício do poder de polícia principal (ex: oftalmologistas e psicólogos aptos a fazerem os exames necessários à habilitação de motorista, estabelecimentos habilitados a confeccionar placas de automóveis ou blocos de notas fiscais, etc.). [...] O poder de polícia em si é indelegável, mas as atividades instrumentais a ele podem ser atividades privadas comuns, em relação às quais, no entanto, o Estado impõe requisitos adicionais aos ordinários para que os seus resultados possam ser encampados pela Administração. Sobre elas incidirá, então, um outro poder de polícia, ou seja, essa atividade privada policiada é instrumental ao exercício de um outro poder de polícia [...] Essas atividades privadas instrumentais ao exercício do poder de polícia pelo Estado constituem espécie das atividades privadas de interesse público, de maneira que não são serviços públicos, mas atividades de iniciativa privada submetidas a uma forte regulação, tanto na entrada como na permanência de agentes nesse mercado. Consequentemente, o dito “credenciamento” não é, nesses casos, um contrato, e sim um ato de polícia administrativa.¹³⁹

Afastese, desde logo, a possibilidade de se entender o ato de credenciamento na ICP-Brasil como uma espécie de contrato de atribuição, pois de contrato não se trata. A Administração não adquire um bem ou serviço afeto aos seus interesses: o credenciamento na ICP-Brasil visa a qualificar os interessados para que possam emitir certificados digitais. Tanto que, diferentemente dos contratos usuais, a remuneração não sai do orçamento administrativo, mas sim dos particulares, para a aquisição de um bem a ser fruído diretamente pelos mesmos.

Resta, portanto, a segunda alternativa: o credenciamento como um ato de exercício do poder de polícia administrativa (faculdade de que dispõe a Administração Pública de condicionar e restringir o uso e gozo de bens,

138 “Na lição de Helyassim se distinguem os contratos de colaboração de atribuição: no contrato de colaboração, o particular contratado pela Administração obriga-se a prestar determinado serviço ou a realizar uma obra. No contrato de atribuição, a Administração confere ao particular determinadas vantagens ou direitos, como, por exemplo, o uso especial de bem público.” MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 196-197.

139 ARAGÃO, Alexandre Santos. Delegações de Serviço Público. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

atividades e direitos individuais em benefício da coletividade ou do próprio Estado)¹⁴⁰. Tal poder deve ser externado por meio de atos concretos, tanto preventiva quanto repressivamente.

Preventiva, pois o Comitê Gestor da ICP-Brasil estabelece normas que limitam e condicionam o exercício da atividade privada de certificação, exigindo que as empresas interessadas obtenham uma autorização operativa prévia à emissão do primeiro certificado. Repressivamente, pois cabe ao ITI a fiscalização contínua das atividades então prestadas, sob pena de cassação da autorização para operar na ICP-Brasil.

Portanto, o credenciamento é tanto necessariamente prévio ao início da atividade quanto a prestadora dos serviços de certificação deve manter todas as condições regulares durante o exercício da atividade.

Não há que se falar em direito adquirido à manutenção do credenciamento, mesmo porque a relação estabelecida entre o credenciado e o Estado é contínua, de trato sucessivo, que impescinde da manutenção de todos seus requisitos para a sua validade.

Há sim um caráter de definitividade ao credenciamento, em contraposição à ideia de precariedade – vez que à Administração não é permitido revogá-lo quando bem entender –, que não se confunde, entretanto, com perpetuidade.

Mas, por meio de qual instrumento se faculta à empresa credenciada a prestação dos serviços? Certamente não por meio de uma autorização¹⁴¹, nos moldes do direito administrativo clássico, nas quais, além de discricionárias, o poder da Administração esgota-se com a emissão do ato, não dando origem, via de regra, a vínculo posterior com o administrado. Logo, tal espécie de autorização possui uma função primária de controle, instantânea na autorização

140 Cujo conceito legal é extraído do Código Tributário Nacional, art. 78: Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

141 Interessante análise sobre o vocábulo “autorização” é feita em: CARVALHO, Paulo Ceo de. **A Natureza Jurídica do Credenciamento na ICP-Brasil**. Recife: Nossa Livraria, 2010, p. 121-128.

e na extinção, com prazo para findar-se (como, por exemplo, a autorização para a abertura de uma barraca de feira).

Diferentemente, porém, nas autorizações operativas ou de funcionamento, aplicáveis à certificação digital, há uma vinculação permanente com a Administração, com a finalidade de tutelar o interesse público de forma perene. Não apenas se autoriza, mas, também, se disciplina e orienta a atividade desempenhada por seu titular, constituindo-se em uma relação não instantânea, mas de trato sucessivo.¹⁴²

Ocorre, nos dizeres de Eros Grau, a intervenção do Estado como um ente regulador (intervenção por direção)¹⁴³, quando mecanismos e normas compulsórias são estabelecidas para os sujeitos da atividade econômica. Com a redução do papel do Estado como agente da atividade econômica, a regulamentação se torna mais relevante para assegurar os princípios básicos, as formas de atuação, as sanções e os direitos dos usuários.

Em uma frase: pode-se definir, juridicamente, o credenciamento na ICP-Brasil como a manifestação do exercício de poder de polícia por intermédio de uma autorização operativa.

2.5 – ATECNIA DA MEDIDA PROVISÓRIA

Percebe-se que houve homogeneidade na nomenclatura utilizada tanto para as Autoridades Certificadoras (art. 6º) quanto para as Autoridades de Registro (art. 7º): em ambas, utilizou-se a denominação “entidades”, que, para o direito administrativo, significam pessoas jurídicas, ou seja, entes abstratos dotados de personalidade (em contraposição aos órgãos, que não a possuem)¹⁴⁴.

142 CARVALHO, Paulo Ceo de. **A Natureza Jurídica do Credenciamento na ICP-Brasil**. Recife: Nossa Livraria, 2010, p. 83-84.

143 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 171.

144 Clássica é a distinção feita pela doutrina: “Isto equivale a dizer que o órgão não tem personalidade jurídica própria, já que integra a estrutura da Administração direta, ao contrário da entidade, que constitui unidade de atuação dotada de personalidade jurídica [...]” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 411. Tal diferenciação encontra, inclusive, respaldo legal: Lei nº 9.784/99, art. 1º § 2º: Para os fins desta Lei,

A dificuldade, porém, se inicia com o disposto no artigo 8º da mesma Medida Provisória, que estabelece expressamente que observados os critérios a serem estabelecidos pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, poderão ser credenciados como AC e AR os órgãos e as entidades públicas e as pessoas jurídicas de direito privado.

Ora, ao se abrir a possibilidade de órgãos se credenciarem como autoridades no âmbito da ICP, contradiz-se, no mesmo diploma legislativo, o que foi dito nos artigos imediatamente anteriores, que estabelecem a necessidade de personalidade jurídica. Não se pode negar, portanto, que a referida Medida Provisória, ela própria, estabeleceu uma antinomia de segundo grau¹⁴⁵. Segundo Bobbio:

Mas pode ocorrer antinomia entre duas normas contemporâneas, ou do mesmo nível, ou ainda, ambas gerais. Entende-se nesse caso, os três critérios não ajudam mais. Tais antinomias não são solucionáveis com nenhum dos três critérios; não com o cronológico, por que as normas de um código são estabelecidas ao mesmo tempo; não com o hierárquico, porque são todas leis ordinárias; não com o da especialidade, porque este resolve somente antinomias total-parcial.¹⁴⁶

Na prática, e aqui não se ressalta nenhum fundamento jurídico para tanto, segue-se o disposto no artigo 8º. Significa dizer, portanto, que se admite o credenciamento de órgãos e entidades (e não apenas dessas) como ACs e ARs (na verdade, de qualquer figura: Prestador de Serviço de Suporte, Autoridade de Carimbo do Tempo, etc.), dentro da ICP-Brasil. A título de exemplo, cite-se a AC Receita Federal e a AC Jus, que são órgãos federais, integrantes da Administração Direta. Essa solução pragmática encontrada pelos aplicadores da norma encontra, inclusive, respaldo doutrinário:

consideram-se: I – órgão – a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta; II – entidade – a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica; [...].

145 "[...] a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado." FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 211.

146 BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 98.

[...] no caso de um conflito no qual não se possa aplicar nenhum dos três critérios, a solução do conflito é confiada à liberdade do intérprete, poderíamos quase falar em um autêntico poder discricionário do intérprete, ao qual cabe resolver o conflito segundo a oportunidade.¹⁴⁷

Órgãos nada mais são que divisões de competência inerentes à Administração, seja ela direta (apenas pública), seja indireta (tanto pública – Autarquias e Fundações; quanto privada – Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas). Desse modo, existem órgãos (públicos, em sentido leigo) em estruturas de direito privado, pois uma sociedade de economia mista, por exemplo, é um ente da Administração Indireta e possui, ao mesmo tempo, a natureza jurídica de direito privado. Portanto, em tese, seus órgãos podem se credenciar como entidades prestadoras dos serviços de certificação digital.

Nada impede, por exemplo, que um órgão do Banco do Brasil, e não o Banco do Brasil em si, se credencie na ICP-Brasil como uma AR ou como AC. Já, porém, as pessoas jurídicas de direito privado, tais como as sociedades, fundações e associações (Código Civil, art. 44) devem estar regularmente inscritas no registro competente para fins de aquisição de personalidade jurídica e posterior possibilidade de seu credenciamento na ICP-Brasil.

2.6 – AUTORIDADE CERTIFICADORA (AC)

M.P. 2.200-2/01:

Art. 6º Às AC, entidades credenciadas a emitir certificados digitais vinculando pares de chaves criptográficas ao respectivo titular, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados, bem como colocar à disposição dos usuários listas de certificados revogados e outras informações pertinentes e manter registro de suas operações.

Conforme visto, a ICP-Brasil é um sistema nacional que envolve diversos prestadores de serviços de naturezas distintas. Em posição destacada se afiguram as Autoridades Certificadoras (ACs), entidades (ou órgãos, conforme visto acima) públicas ou privadas, devidamente credenciadas pela Autoridade

147 BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 100.

Certificadora Raiz, que emitem certificados digitais aos usuários finais.

Uma ideia básica de certificado digital é a de um atestado de vínculo existente entre uma chave pública e o seu titular. É, assim, um arquivo eletrônico de dados que contém uma declaração, emitida por Autoridade Certificadora, no sentido de que a chave pública de alguém pertence a esse alguém (no caso, dos adquirentes dos próprios certificados digitais). Ou seja: a chave pública de André Pinto Garcia pertence a André Pinto Garcia (e não é o André quem diz isso, mas sim uma terceira pessoa, no caso, a Autoridade Certificadora. É justamente esse mecanismo que permitirá garantir a autenticidade e a integridade documentais no mundo eletrônico, conforme restará minudenciadamente analisado no capítulo seguinte).

Dessa forma, as ACs dão continuidade à cadeia hierárquica de confiança estabelecida a partir da AC Raiz, pois recebem do ITI um certificado digital que demonstrará, aos usuários, que podem emitir certificados digitais ICP-Brasil, vinculando pares de chaves criptográficas ao seu respectivo titular. Cada Autoridade Certificadora possui uma cadeia hierárquica própria, devendo possuir ao menos uma Autoridade de Registro – AR, a ela vinculada (*rectius*: subordinada), a fim de identificar e cadastrar presencialmente os usuários e encaminhar às ACs as solicitações de certificado.

Portanto, a Autoridade Certificadora não tem contato direto com os adquirentes dos certificados por ela emitidos, a não ser que se credencie, também, ela própria, como uma Autoridade de Registro (se bem que, nesse caso, o contato com o usuário se dará sob um outro título, o de Autoridade de Registro, e não o de Autoridade Certificadora, apesar de serem, juridicamente, a mesma pessoa).

As ACs estabelecem e fazem cumprir, pelas Autoridades de Registro, as políticas de segurança necessárias para garantir a autenticidade da identificação dos usuários, que, conforme a Medida Provisória estabelece, deve ser sempre presencial, obedecendo às diretrizes estabelecidas na Declaração de Práticas de Certificação (DPC) e na Política de Certificado (PC) de sua cadeia, sujeitando-

se, ainda, a uma auditoria anual obrigatória¹⁴⁸.

Cumprido destacar que existem Autoridades Certificadoras de primeiro e segundo níveis. As de primeiro¹⁴⁹ estão diretamente vinculadas à AC Raiz; já as de segundo estão ligadas às de primeiro nível. Na prática, significa dizer que onde houver uma AC de segundo nível (haja vista que a cadeia hierárquica pode contar apenas com a de primeiro nível), será essa que emitirá os certificados digitais ao usuário, e a de primeiro nível será apenas normativa, ou seja, estabelecerá as regras para a emissão dos certificados digitais.¹⁵⁰ Desnecessário asseverar que onde houver apenas uma Autoridade Certificadora haverá a acumulação das funções executória e normativa.

Além dos requisitos comuns, necessários para o credenciamento de toda e qualquer entidade, para ser uma Autoridade Certificadora (AC) o candidato deve (DOC ICP 03, item 2.1.1):

- a) apresentar, no mínimo, uma entidade operacionalmente vinculada, candidata ao credenciamento para desenvolver as atividades de AR, ou solicitar o seu próprio credenciamento como AR;
- b) apresentar a relação de eventuais candidatos ao credenciamento para desenvolver as atividades de PSS;
- c) ter sede administrativa localizada no território nacional; e
- d) ter instalações operacionais e recursos de segurança física e lógica, inclusive sala-cofre, compatíveis com a atividade de certificação, localizadas no território nacional, ou contratar PSS

148 Toda AC possui uma DPC – Declaração de Prática de Certificação e uma PC – Política de Certificado. De modo geral, esse documento indica “o que deve ser cumprido” enquanto uma declaração de práticas indica “como cumprir”, isto é, o documento que descreve as práticas e os procedimentos empregados pela AC na execução de seus serviços.

149 Atualmente, montam em 14 (quatorze) as Autoridades Certificadoras de primeiro nível da ICP-Brasil. São elas: Autoridade Certificadora da Casa Civil da Presidência da República – AC PR; Autoridade Certificadora da Secretaria da Receita Federal – AC RFB; Autoridade Certificadora da Justiça – AC JUS; Autoridade Certificadora do Serviço Federal de Processamento de Dados – AC SERPRO; Autoridade Certificadora da Caixa Econômica Federal – AC CAIXA; Autoridade Certificadora da SERASA – AC SERASA; Autoridade Certificadora da Imprensa Oficial de São Paulo – AC IMESP; Autoridade Certificadora da CERTISIGN – AC CERTISIGN; Autoridade Certificadora da Casa da Moeda do Brasil – AC CMB; Autoridade Certificadora Valid – AC VALID; Autoridade Certificadora Soluti - AC SOLUTI; Autoridade Certificadora Digitalsign – AC DIGITALSIGN ACP; Autoridade Certificadora Boa Vista – AC BOA VISTA e Autoridade Certificadora do Ministério das Relações Exteriores – MRE.

150 As de segundo nível possuem requisitos de credenciamento não tão rígidos quanto as de primeiro, podendo ser destacado, entre outros: a) a “taxa” para a emissão de uma cadeia de uma AC de primeiro nível será de R\$ 500.000,00 (acaso se trate de uma nova entidade) ou de R\$ 100.000,00, referente à renovação de cadeia para AC de primeiro nível já existentes. As de segundo nível não pagam qualquer taxa à AC Raiz; b) o patrimônio líquido de uma AC de primeiro nível deve ser R\$ 2.500.000,00; já as de segundo, R\$ 1.000.000,00.

que as possua.

Em suma, se o interessado comprovar que possui capacidade técnica e organizacional para emitir certificados e para gerenciar listas de certificados revogados, se garantir a segurança da integridade e a segurança de suas instalações e outros tantos requisitos previstos nas normas específicas, será credenciado pelo ITI e passará a ter autorização para emitir certificados digitais. Não é demais lembrar que o credenciamento (em qualquer nível da cadeia) é um ato vinculado do ITI, pois constitui direito subjetivo da postulante que cumpre os mandamentos normativos.

As ACs são o que se denomina de um terceiro de confiança, ao intermediar a declaração de vontade daquele que compareceu presencialmente em uma Autoridade de Registro de sua cadeia, para adquirir certificados digitais, e o destinatário do arquivo de dados assinado digitalmente.

Vale dizer, o adquirente do certificado digital confiará na Autoridade Certificadora que escolheu para emitir seu certificado, ao passo que o destinatário do documento assinado digitalmente confiará no certificado digital que acompanha o referido documento. E toda essa cadeia, em última análise, encontra no Estado brasileiro a sua baliza de confiança, vez que regulador, normatizador e fiscalizador das atividades desempenhadas. Nos dizeres de Demócrito:

Fazem o papel desempenhado pelos notários no sistema de certificação tradicional. Da mesma forma que os cartórios tradicionais, são organizadas segundo critérios legais e obedecem, na prestação de seus serviços de certificação, a toda uma política de procedimentos, padrões e formatos técnicos estabelecidos em regimes normativos. Obedecem, portanto, a um modelo técnico de certificação e estrutura normativa, que define quem pode emitir certificado para quem e em quais condições.¹⁵¹

Essa confiança dos destinatários pode ser subjetiva ou objetiva.

A primeira, como o próprio nome diz, refere-se à possibilidade de

151 REINALDO FILHO, Demócrito. **A ICP-Brasil e os poderes regulatórios do ITI e do CG.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7576/a-icp-brasil-e-os-poderes-regulatorios-do-iti-e-do-cg>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

determinada pessoa, por sua livre e espontânea vontade, acreditar que determinado sistema é seguro. Tal decisão é costumeira, ou seja, resulta da percepção das pessoas sobre aquilo que normalmente acontece, decorrente, via de regra, de marketing ou da dominação de mercado relevante por determinada empresa ou produto.

Em sistemas como esse, a única proteção posta pelo Estado à disposição dos usuários repousará nas normas de defesa do consumidor e nas normas de proteção contra o abuso de poder econômico. Tal modelo liberal é o adotado por países como os Estados Unidos da América, no seu “*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*”, popularmente conhecido como “*e-Sign*”.

Já a confiança objetiva é aquela oriunda da lei: a norma jurídica determina a validade de determinados processos, independentemente da percepção pessoal de cada um. Assim ocorre, por exemplo, com as serventias extrajudiciais, vez que a lei (Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994) determina a fé pública do que seus titulares declarem ou façam no exercício de suas funções¹⁵². Se, na assinatura manuscrita, o Tabelião é uma terceira parte, investida pelo Estado, que assevera a autenticidade de determinada manifestação de vontade, as Autoridades Certificadoras efetuam um serviço parecido, porém, no mundo eletrônico: vinculam pessoas às suas assinaturas.

Mas claro que existem diferenças marcantes entre ambos: os notários são pessoas físicas e a sua atuação possui respaldo constitucional expreso, exercida mediante concurso público de provas e títulos (CF/88, art. 236). Principalmente, cumpre salientar que os tabeliães atuam *ex post*, pois verificam assinaturas manuscritas já efetuadas (ou mesmo efetuadas em sua presença), conquanto as Autoridades Certificadoras exercem seu mister *ex ante*, na emissão dos certificados que permitirão as futuras assinaturas digitais (cuja validação, isto é, a verificação de sua validade, será efetuada por meio de programas de computador específicos, e não mais pela própria AC emissora do certificado).

152 Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

Em ambos, porém, existe uma simplificação da vida em sociedade: não se precisa conhecer grafoscopia, nem, também, de algoritmos de autenticação, pois presente, em todos, a chancela estatal em suas atuações. São, assim, infraestruturas complementares, com o mesmo objetivo: levar paz social à vida em sociedade, diminuindo litígios e simplificando procedimentos.

A disseminação da confiança na ICP-Brasil estabelece-se da mesma forma que a cadeia hierárquica encontra-se disposta: do cume para a base, definindo o Estado a sua atividade regulatória para estabelecer o controle sobre os prestadores de serviços de certificação que se proponham a emitir certificados ao público.

2.7 – AUTORIDADE DE CARIMBO DO TEMPO (ACT)

O carimbo de tempo, também denominado de *timestamp*, tem por função precípua associar uma data e hora a determinado documento eletrônico. Já o carimbo de tempo da ICP-Brasil vai além, uma vez que fornece a hora com garantia de sincronismo ao Tempo Universal Coordenado (hora UTC, que será vista linhas adiante). Se afigura, pois, como uma referência temporal, com presunção de verdade, no meio eletrônico: um protocolo físico no mundo virtual. Segundo o DOC ICP 11, item 1.3:

Um carimbo do tempo aplicado a uma assinatura digital ou a um documento prova que ele já existia na data incluída no carimbo do tempo. Os carimbos de tempo são emitidos por terceiras partes confiáveis, as Autoridades de Carimbo do Tempo (ACTs), cujas operações devem ser devidamente documentadas e periodicamente auditadas pela própria AC-Raiz da ICP-Brasil. Os relógios dos SCTs devem ser auditados e sincronizados por sistemas de auditoria e sincronismo (SASs).

Os referidos carimbos nasceram da constatação que a referência temporal no mundo digital é tão importante quanto no mundo físico, haja vista o tempo integrar o suporte fático de diversos fenômenos jurídicos, com inúmeras consequências tanto materiais (usucapião, prescrição, decadência) quanto processuais (preclusão, coisa julgada, etc)¹⁵³.

153 Sobre a dimensão do tempo na internet, mais especificamente o conceito do meridiano de

No meio eletrônico existe, ainda, um agravante: a simples aposição da data e hora com base naquela constante do computador do emissor ou dos servidores das empresas não garante a devida validade jurídica, pois tais referências são facilmente manipuláveis e podem, inclusive, confundir o destinatário do documento, ao declarar determinada hora que não necessariamente é a correta.

Inobstante a sua importância, conforme já visto a temporalidade no mundo digital é um sistema ainda facultativo, e os documentos eletrônicos assinados digitalmente com certificados ICP-Brasil são válidos independente de sua datação. Tanto assim que a Medida Provisória nada tratou acerca da utilização dos carimbos de tempo, que podem, inclusive, ser apostos em qualquer documento digital, independente de estarem assinados eletronicamente.

Seu principal objetivo é garantir a confiabilidade temporal no meio digital, permitindo assegurar que aquela informação existia em determinado instante do tempo passado. Um carimbo de tempo, aplicado a um documento eletrônico, prova a sua anterior existência à data em que atestada. E esse é um ponto importante: não se assegura a data de criação, mas sim que o documento já existia quando foi emitido o respectivo carimbo.

Estruturalmente, percebem-se algumas diferenças entre a hierarquia comum da ICP-Brasil e aquela destinada à emissão de carimbos de tempo. Em grande parte, tal ocorre diante da constatação de que apenas aqui se faz necessário agregar uma informação externa (no caso, a hora brasileira) aos processos de assinatura.

Nesse modelo, o Comitê Gestor da ICP-Brasil continua como órgão normatizador e o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação-ITI continua como AC Raiz, que, além de manter as suas funções ordinárias de credenciamento¹⁵⁴, fiscalização e execução, também será considerada uma

Biel (BMT), que tem como base geográfica a cidade de Biel, na Suíça, ver interessante análise em: MALTA, Maria Lucia Levy. **Direito da Tecnologia da Informação**. Campinas: Edicamp, 2002, p. 137-138.

154 Os requisitos de credenciamento das ACTs encontram-se descritos no DOC ICP 03, item 2.1.3: a) apresentar a relação de eventuais candidatos ao credenciamento para desenvolver as atividades de PSS; b) ter sede administrativa localizada no território nacional; e c) ter instalações

Entidade de Auditoria do Tempo (EAT), com uma dupla função, bem definida: disseminar a hora internacionalmente aceita e utilizar mecanismos para garantir o sincronismo dos relógios dos equipamentos de tempo.

Logo, os Sistemas de Auditoria e Sincronismo (SASs) da AC Raiz estão ligados a um relógio atômico, e, a partir deles, são realizadas as atividades de auditoria e sincronismo dos Servidores de Carimbo do Tempo (SCTs), instalados nas ACTs.

Os SCTs são um sistema de *hardware* e *software* que geram os carimbos de tempo de determinada Autoridade Carimbadora e devem observância a diversos requisitos de segurança, dentre eles, o de utilizar apenas certificados digitais emitidos por Autoridades Certificadoras ICP-Brasil (as ACs são figuras externas à infraestrutura de carimbo do tempo) bem como o de manter o relógio sincronizado com a fonte confiável de tempo (FCT), difundida pela AC Raiz. Esse sincronismo obedecerá a um complexo procedimento descrito DOC ICP 11:

2.4.2. Os recursos usados para manter o sincronismo dos relógios dos equipamentos que compõem a Rede de Carimbo do tempo da ICP-Brasil são os seguintes: a) o relógio atômico da AC-RAIZ, ou Fonte Confiável do Tempo (FCT), fornece a hora UTC para o equipamento chamado de Sistema de Auditoria e Sincronismo (SAS) da AC-RAIZ; e

b) o SAS da AC-Raiz, por sua vez, dissemina a hora para os equipamentos instalados na ACT e autoriza seu funcionamento por período de tempo pré-estipulado, emitindo-lhe um alvará, cujo período de validade é aquele em que irá ocorrer a próxima verificação de sincronismo e os principais atributos são: ano, mês, dia, hora, minuto, segundo, compensação e retardo.

2.4.3. A garantia de que todos os equipamentos estejam sincronizados à hora UTC está baseada no fato de que os equipamentos que compõem a Rede de Carimbo do tempo da ICP-Brasil somente receberão os respectivos alvarás se estiverem adequadamente sincronizados.

2.4.4. Os SASs e SCTs utilizam, para assinatura dos alvarás e carimbos do tempo e autenticação, chaves privadas vinculadas a certificados digitais ICP-Brasil, o que garante a autoria desses documentos.

O resultado final do processo de auditoria e sincronismo resulta na

operacionais e recursos de segurança física e lógica compatíveis com a atividade de emissão de carimbos do tempo, localizadas no território nacional, ou contratar PSS que as possua.

emissão, pela AC Raiz (via seu SAS), de uma autorização, ou alvará, que permite ao SCT continuar operando por mais um período (no caso da ICP-Brasil, de 6 em 6 horas), ou seja, até que ocorra uma nova auditoria e sincronismo pela EAT.

Na ICP-Brasil, somente serão aceitos carimbos de tempo emitidos por SCT com alvará válido de sincronismo, pois, caso verificada qualquer discrepância, será emitido um alvará com prazo de validade igual a zero, que vem a significar a impossibilidade de o SCT fornecer carimbos de tempo até que haja a devida sincronização. O DOC ICP 12 estabelece os requisitos de validade do carimbo de tempo ICP-Brasil:

2.1.3.3 Um carimbo emitido por ACT integrante da ICP-Brasil será considerado válido quando:

- a) tiver sido assinado corretamente, usando certificado ICP-Brasil específico para equipamentos de carimbo de tempo;
- b) a chave privada usada para assinar o carimbo de tempo não foi comprometida até o momento da verificação;
- c) caso o alvará seja integrado no CT, ele deverá também estar válido para o período do CT.

Mas não apenas com sincronismo assegura-se a funcionalidade do sistema, e são ainda exigidos rígidos requisitos de segurança física, procedimental e pessoal, descritos, principalmente, nos DOCs ICP 11, 12, 13 e 14. Some-se, a tudo, a constante fiscalização e auditoria a que são submetidas as ACTs por parte da AC Raiz da ICP-Brasil.

Percebe-se que diferentemente da estrutura comum, as ACTs não emitem certificados digitais, mas sim carimbos de tempo¹⁵⁵; ademais, não possuem ARs, pois os interessados dirigem-se diretamente à ACT para a emissão do referido carimbo.

Diante do exposto, existem duas formas de solicitar um carimbo de tempo na ICP-Brasil: presencial e remota, cabendo à ACT definir qual dessas estará disponível aos subscritores.

A remota, mais comum, é feita a partir de uma rede de comunicação de

¹⁵⁵ Nada impede, porém, que uma mesma Autoridade seja credenciada, simultaneamente, como AC e ACT, hipótese na qual ela poderá emitir tanto certificados digitais quanto os próprios carimbos de tempo ora analisados.

dados privada ou pela internet. O subscritor acessa a ACT, que dispõe de servidores atuando como interface de acesso aos Servidores de Carimbo de Tempo-SCT, e envia um TSQ (*Time Stamp Request*) contendo o *hash* a ser carimbado.

Já a solicitação presencial ocorre quando o subscritor dirige-se fisicamente a uma ACT e entrega uma mídia contendo o arquivo ou o documento que deseja carimbar. A Autoridade utiliza uma estação de trabalho, formata o pedido e o envia ao seu servidor de carimbo de tempo, recebendo, de volta, o carimbo emitido e repassando-o ao subscritor.

2.7.1 - Tempo Universal Coordenado (UTC)

Inicialmente, a Fonte Confiável do Tempo na ICP-Brasil era o Observatório Nacional, órgão do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), responsável pela geração da hora legal do Brasil¹⁵⁶. Logo, o Observatório Nacional, por meio de um acordo de cooperação técnica então firmado com o ITI, fornecia a hora legal brasileira para ser disseminada por toda a infraestrutura.

Hoje, porém, não mais: é a própria AC Raiz que fornece a hora UTC (Tempo Universal Coordenado)¹⁵⁷, dentro dos parâmetros internacionais exigidos, para o Sistema de Auditoria e Sincronismo (SAS). Como a própria hora legal brasileira se vale da hora UTC, na prática, não existe nenhuma diferença aos usuários.

Interessa notar que inexistente qualquer obrigatoriedade para que os órgãos da Administração Federal adotem a hora legal brasileira, apesar de a nomenclatura parecer indicar o contrário. Um paralelo se faz importante para

156 Decreto nº 4.264, de 10 de junho de 2002.

157 “O Tempo Universal Coordenado (em inglês: *Coordinated Universal Time*), ou UTC (sigla de *Universal Time Coordinated*), também conhecido como tempo civil, é o fuso horário de referência a partir do qual se calculam todas as outras zonas horárias do mundo. [...]. É o sucessor do Tempo Médio de Greenwich (Greenwich Mean Time), cuja sigla é GMT. A nova denominação foi cunhada para eliminar a inclusão de uma localização específica num padrão internacional, assim como para basear a medida do tempo nos padrões atômicos, mais do que nos celestes. Ao contrário do GMT, o UTC não se define pelo sol ou as estrelas, mas é sim uma medida derivada do Tempo Atômico Internacional (TAI)”. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Tempo_Universal_Coordenado> Acesso em: 20 set. 2015.

exemplificar o tema: caso qualquer órgão da Administração Federal deseje prestar os serviços de certificação digital, deverá contratar especificamente a certificação digital ICP-Brasil, nos termos em que determinado pelo Decreto 3.996/01. Caso porém, qualquer órgão da Administração Pública Federal deseje fornecer a hora, em sua infraestrutura, essa não precisa ser a hora legal brasileira, pois, repise-se, inexistente qualquer ato normativo nesse sentido.

Dessa forma, a hora legal nada mais significa, senão, que uma hora confiável, fornecida e disseminada por um órgão da Administração Pública Federal (no caso, o Observatório Nacional), mas cuja observância não é vinculante. Via de consequência, nada impede que existam outras, fornecidas também por integrantes da Administração Pública, desde que haja garantias técnicas de confiabilidade (fato atendido, entre outros, desde que observada a hora UTC) e que essa nova hora não tenha o mesmo nome da hora gerada pelo Observatório Nacional, com vistas a se evitar confusão por parte dos usuários.

Não se negue, ademais, que a hora UTC é a internacionalmente aceita, além de servir de base para a própria hora legal brasileira, de modo que a opção pelo seu fornecimento de modo direto apenas beneficia os usuários dos carimbos de tempo da ICP-Brasil, seja porque é a mundialmente utilizada, seja, também, porque a AC Raiz não fica a depender de entes externos à infraestrutura (no caso, do Observatório Nacional) para a prestação dos serviços.

2.8 – OUTROS CARIMBOS DE TEMPO

A Portaria do Ministério de Ciência e Tecnologia (atual MCTIC – Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações) nº 293, de 11 de maio de 2007, estabeleceu a Rede de Carimbo do Tempo Certificado à Hora Legal Brasileira – ReTemp/HLB, dispendo sobre a execução dos serviços de natureza essencial a serem oferecidos e assegurados pelo Observatório Nacional.

É uma infraestrutura parecida com a da ICP-Brasil, e com o mesmo objetivo: fornecer uma referência temporal aos documentos eletrônicos. Conta, assim, com uma EAT – Entidade de Auditoria do Tempo (no caso, exercida diretamente pelo Observatório Nacional), SCTs – Servidores de Carimbo de Tempo e se utilizam de certificados digitais ICP-Brasil. Em seu Anexo II, item 4,

dispõe:

Esta estrutura consiste de padrões atômicos primários e secundários, servidores de carimbo do tempo auditados e sincronizados a estes padrões e um sistema de gerenciamento que forneça as evidências de que os resultados obtidos estejam rastreados à Hora legal Brasileira que por sua vez está rastreada ao sistema metrológico internacional sob a coordenação do Bureau International de Poids et Mesures – BIPM.

Com base nesse modelo, diversas empresas passaram a vender carimbos de tempo e não se pode negar que ambas as infraestruturas (tanto a ReTemp/HLB quanto a ICP-Brasil) possuem valor probatório semelhante.

O certificado digital ICP-Brasil diferencia-se dos certificados digitais comuns justamente porque possui validade jurídica, expressamente prevista na Medida Provisória. Já seus carimbos de tempo, ante a ausência de qualquer previsão normativa, acabam por se igualar àqueles garantidos pelo Observatório Nacional.

Mas isso do ponto de vista jurídico. Tecnicamente, porém, existem algumas diferenças que robustecem o carimbo da ICP-Brasil, dotando-o de uma presunção de veracidade mais confiável que aquela concernente à ReTemp/HLB.

Somente a ICP-Brasil credencia, audita e fiscaliza a empresa que prestará o serviço, ao passo que o Observatório Nacional apenas credencia o equipamento (de modo a garantir seu sincronismo com a hora legal brasileira), e não a empresa. Inexiste, assim, a garantia dos requisitos técnicos, jurídicos e econômicos da prestadora do serviço de tempo. Em poucas palavras, o sincronismo é tudo que a ReTemp/HLB oferece, ao passo que na ICP-Brasil essa é apenas uma parte do serviço prestado.

Mas não só. A ICP-Brasil criou políticas específicas de assinatura para os carimbos de tempo, denominadas, tecnicamente, de T3 e T4. Pelas normas vigentes, apenas essas podem referenciar o tempo na ICP-Brasil, ao passo que o Observatório Nacional não utiliza qualquer política específica na ReTemp/HLB, pois somente aqueles devidamente credenciados perante a AC Raiz, como Autoridades Carimbadoras de Tempo, podem utilizá-las.

Significa dizer, então, que a datação oriunda da ReTemp/HLB está em desacordo com o padrão da ICP-Brasil, além de não encontrar previsão legal acerca de suas veracidade e autenticidade.

2.9 – PRESTADOR DE SERVIÇO DE SUPORTE (PSS)

No complexo processo de credenciamento visto ao longo do presente capítulo, procurou-se evidenciar que todas as entidades devem possuir estruturas adequadas ao desempenho de suas atividades. Com o intuito de facilitar a obtenção desses rígidos requisitos, é muito comum¹⁵⁸ a delegação de determinados serviços a terceiros, tecnicamente denominada de *outsourcing*. Tal instituto:

[...] consiste na utilização significativa de recursos humanos e/ou físicos externos, para realizar atividades que, tradicionalmente, seriam executadas por colaboradores e por outros ativos da própria. Em sentido mais restrito, o conceito de outsourcing exige também que haja a transferência para o fornecedor externo da responsabilidade de gestão operacional ou diária do serviço em causa.¹⁵⁹

Na ICP-Brasil, essa atividade é desempenhada pelos Prestadores de Serviço de Suporte – PSSs, que devem, também, estar devidamente credenciados na infraestrutura. Interessante notar que o PSS, para se credenciar, não se dirige diretamente à AC Raiz, mas sim o faz por intermédio da entidade candidata (ou mesmo já credenciada) a AR, AC, ACT ou PSBio a que estarão operacionalmente vinculados. Seus requisitos de credenciamento são (DOC ICP 03, item 2.1.4.2):

2.1.4.2 Os candidatos ao credenciamento como PSS devem:

- a) estar operacionalmente vinculados a, pelo menos, uma AC ou candidato a AC, ou uma AR ou candidato a AR, ou uma ACT ou candidato a ACT, ou a um PSBio ou candidato a PSBio;
- b) ter sede administrativa, instalações operacionais e recursos de segurança física e lógica compatíveis com as atividades a serem desempenhadas.

158 A contratação de uma PSS pode ocorrer por diversos motivos, que vão desde a falta dos requisitos mínimos para se credenciar na ICP-Brasil, até a decisão de concentrar os esforços em sua atividade-fim, terceirizando as atividades acessórias.

159 PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 97.

Desse modo, os PSSs podem ser contratados pelas ACs, ARs, ACTs ou mesmo PSBios para o fornecimento de infraestrutura física e lógica; para a contratação de recursos humanos especializados; ou, por fim, para o fornecimento de infraestrutura física, lógica e de recursos humanos especializados.

Como infraestrutura física deve-se entender o lugar no qual a atividade será desempenhada. No caso das ARs, por exemplo, esse local possui uma denominação própria (instalação técnica) e que será objeto de análise específica.

Já a infraestrutura lógica é todo um arcabouço de sistemas operacionais, utilizados pelas entidades, para a consecução de suas atividades.

Ademais, para que toda essa infraestrutura entre em funcionamento são necessárias pessoas capazes e treinadas para que a operacionalizem de maneira correta e segura. A especialização dos recursos humanos visa a reduzir os riscos de erros, furtos, apropriações indébitas, fraudes ou usos não apropriados dos equipamentos e dispositivos das entidades da ICP-Brasil, pois devem se submeter a um rigoroso processo seletivo, de modo que possam ser escolhidos somente aqueles que detenham qualificação técnica, sejam reconhecidamente idôneos e sem antecedentes que possam comprometer a segurança e credibilidade das entidades.

Vale salientar que a contratação de um prestador de serviço não exclui a responsabilidade do contratante: será a entidade, e não o PSS, a responsável por qualquer má prestação do serviço, vez que a ela caberá verificar e fiscalizar se as atividades estão sendo executadas dentro dos padrões normativos da ICP-Brasil e dentro das políticas de certificação e de segurança às quais foi credenciada, mesmo porque o PSS não é, por si só, tecnicamente, um prestador do serviço de certificação digital (área-fim), mas sim um auxiliar para que as entidades executem suas atividades (área-meio).

Entende-se que o credenciamento do PSS ocorre na infraestrutura, e não para a prestação de determinados serviços ao seu contratante. Quer-se, com isso, dizer que, uma vez credenciado, qualquer que seja o nível hierárquico, para quaisquer das atribuições previstas nas normas, caso o PSS deseje prestar

serviços para uma outra entidade, seja da mesma ou de outra cadeia, encontrar-se-á dispensado de efetuar um novo credenciamento, bastando encaminhar, na documentação, a cópia da publicação de seu credenciamento anterior no D.O.U.

Cabe ressaltar, por fim, que um PSS não pode se credenciar como prestador de serviços dele próprio, enquanto outra Autoridade. Hipoteticamente, caso uma candidata a AC deseje se credenciar na ICP-Brasil e solicite, concomitantemente, seu pedido de credenciamento como PSS, esse último restará imediatamente indeferido, sem qualquer análise meritória, pois não há sentido em uma empresa prestar serviços a ela mesma.

Nada impede, porém, que, após determinada entidade encontrar-se devidamente credenciada, solicite o seu posterior credenciamento como PSS, desde que, conforme ressaltado, seja para prestar serviços a outra entidade.

2.10 – PRESTADOR DE SERVIÇOS BIOMÉTRICOS (PSBio)

Mais novo integrante da infraestrutura, o PSBio foi previsto originariamente na Resolução CG ICP-Brasil nº 114, de 30 de setembro de 2015.

A biometria, para os fins do presente estudo, pode ser compreendida como um método de reconhecimento individual baseado em medidas anatômicas do indivíduo. Logo, as impressões digitais, o reconhecimento de face e até o (recente) reconhecimento de íris podem ser definidos como meios biométricos que se prestam para a identificação das pessoas.

Mas de que forma ocorre essa identificação? Inexoravelmente, diante da checagem entre os dados obtidos e aqueles previamente armazenados em uma base de dados. Sempre, portanto, deve haver um prévio cadastro para que se possa atestar a biometria que então é fornecida.

Os PSBios são entidades com capacidade técnica para realizar a identificação do futuro adquirente dos certificados digitais, tornando-o único para toda a ICP-Brasil, de modo que seus dados biométricos serão checados, no ato de emissão do certificado, com a base nacional de dados biométricos e, além, tais dados fornecidos também passarão a alimentar essa mesma base de dados, para checagens posteriores.

Operacionalmente, no ato de aquisição de um certificado digital, o titular deve comparecer presencialmente perante uma Autoridade de Registro, conforme será visto linhas abaixo. Essa AR será a responsável por identificá-lo presencialmente, mediante seus documentos de identificação aceitos por lei, bem como pela coleta de seus dados biométricos, que, hoje, na ICP-Brasil, foram definidos, no DOC ICP 05.03, pela impressão digital e pela fotografia de face do requerente.

Esses dados serão encaminhados à Autoridade Certificadora, efetiva emissora dos certificados digitais, que, por sua vez, contará com o auxílio de um PSBio para fazer a sua checagem na base nacional: inicialmente, faz-se uma verificação do CPF fornecido. Caso esse número já esteja cadastrado na base nacional (e, conseqüentemente, já possua alguma biometria associada) será efetuada uma verificação entre a biometria fornecida e aquela presente na referida base. Desnecessário dizer, nesse caso, que se os dados forem discrepantes a emissão do certificado restará obstada até a regularização da situação.

Caso, porém, inexista o número de CPF na base, será efetuada uma verdadeira varredura em relação a todos os dados existentes, de modo a verificar se aquela biometria já existe em relação a algum certificado emitido. Nessa hipótese, caso encontrada alguma biometria que seja igual àquela que se solicita a emissão, resta claro, mais uma vez, que existe algum problema de identificação (e, por isso, mais uma vez será suspenso o procedimento): seja em relação àquele já emitido; seja, mesmo, em relação à nova solicitação.

Assim, uma vez adquirido determinado certificado digital, os dados biométricos, que identificam a pessoa física de maneira perene e unívoca, passarão a compor a base de dados biométricos da ICP-Brasil, de modo que toda aquisição futura de certificados, para quem quer seja, sempre será feita mediante prévias checagens para atestar se aquela biometria está sendo indevidamente utilizada por alguém.

O papel dos PSBios, portanto, é instrumental, justamente para fazer o confronto entre os dados biométricos fornecidos (pelo adquirente) e os existentes (na base de dados).

A necessidade para a instituição desse modelo nasceu, enfim, da triste constatação de que o documento de identidade brasileiro é um documento falido. Ou seja: não se presta para a finalidade ao qual se destina, que é, justamente, identificar.

Se nada impede, por exemplo, que cada cidadão brasileiro possua, lícitamente, 27 registros gerais (RGs), um em cada entidade da federação, imagine os meios ilícitos para as emissões de carteiras de identidade. Tanto é verdade que existem diversas soluções setoriais que visam a minorar a possibilidade de ocorrência de fraudes, a exemplo do cadastramento biométrico, efetuado pela Justiça Eleitoral e regulamentado pelas Resoluções/TSE nº 23.335/2011 e 23.366/2011.

Desse modo, a ICP-Brasil passou a se ver vítima (em um número absolutamente ínfimo, a bem da verdade) da utilização de identidades falsas para a emissão de certificados digitais em nome de terceiros. Ora, se o documento de identificação fosse único, nacionalmente cadastrado, e utilizado mediante uma interface robusta, certamente nenhuma iniciativa específica, tais como a da ICP-Brasil ou mesmo a do TSE, seria necessária.

A Lei nº 12.908, de 13 de outubro de 2009, ao alterar a Lei nº 9.454, de 7 de abril de 1997, tentou solucionar o problema, ao instituir o número nacional único de Registro de Identidade Civil, pelo qual cada cidadão brasileiro, nato ou naturalizado, será identificado em suas relações com a sociedade e com os organismos governamentais e privados. Acontece, porém, que passados mais de seis longos anos, a referida iniciativa não foi implementada.

Daí a necessária introdução da biometria na ICP-Brasil, com vistas à se tentar diminuir a ocorrência de fraudes, postura essa que já vinha sendo tomada por meio de outras medidas não tão eficazes, tais como a necessária consulta prévia à base de dados dos órgãos emissores da CNH.

São requisitos específicos para o credenciamento do PSBio, entre outros (não se deve esquecer que o referido pedido advém, sempre, de uma AC já credenciada ou em processo de credenciamento):

- a) Identificação do local onde o PSBio realizará as suas operações e manterá seus equipamentos, documentação e

materiais utilizados;

b) Identificação do serviço de diretório ou página web onde se obtêm o arquivo com a publicação da Política de Segurança - PS e a relação das autoridades certificadoras credenciadas na ICP Brasil atendidas pelos serviços biométricos os quais estão credenciado junto a ICP Brasil;

c) apresentar a relação de eventuais candidatos ao credenciamento para desenvolver as atividades de PSS;

d) ter sede administrativa localizada no território nacional; e

e) ter instalações operacionais e recursos de segurança física e lógica compatíveis com a atividade de identificação biométrica, localizadas no território nacional, ou contratar PSS que as possua.

Vê-se, pois, que inobstante a similaridade entre os nomes, nada impede que um PSBio possua um PSS que lhe auxilie no exercício de suas funções.

Por fim, uma nota faz-se importante: é relativamente comum a ideia de que se a biometria identifica univocamente o seu titular, ela poderia, por si só, ser utilizada para identificar pessoas no mundo eletrônico. Algo que ocorre bastante em filmes, por exemplo. Porém, não se deve esquecer que a biometria é sim unívoca, porém, não é secreta. Uma vez fornecida, esse arquivo de dados pode ser, por exemplo, salvo maliciosamente por um terceiro e posteriormente utilizado com o intuito fraudulento. Daí seu caráter instrumental, devendo sempre ser utilizada complementarmente à criptografia assimétrica para se garantir a validade jurídica das manifestações eletrônicas.

2.11 – AUTORIDADE DE REGISTRO (AR)

M.P. 2.200-2/01:

Art. 7º Às AR, entidades operacionalmente vinculadas a determinada AC, compete identificar e cadastrar usuários na presença destes, encaminhar solicitações de certificados às AC e manter registros de suas operações.

Dentro de sua função extrai-se a vinculação: ao estabelecer que as Autoridades de Registro possuem por incumbência identificar os interessados em adquirir certificados digitais, a Medida Provisória também determina que sempre estarão vinculadas a pelo menos uma Autoridade Certificadora - AC ou

candidata a AC¹⁶⁰.

Em consonância com a regra da ICP-Brasil, o pedido de credenciamento de uma AR não é enviado diretamente à AC Raiz, mas sim por intermédio da AC que lhe será hierarquicamente superior. Ao reverso, o próprio credenciamento das ACs exige ao menos uma candidata a AR em sua cadeia, conforme visto linhas acima.

Tal assim ocorre pois cada qual desempenha atividades distintas (mas nada impede que a mesma pessoa jurídica se constitua como AC e AR, simultaneamente), porém, complementares: as ARs, responsáveis pelo processo final na cadeia de certificação digital, identificam os usuários; as ACs, entidades ligadas diretamente à AC Raiz, emitem os certificados digitais (quando houver, em uma mesma cadeia, duas ACs, a de primeiro nível será apenas normativa, conquanto a de segundo será a efetiva emissora, conforme já visto linhas acima).

Deve-se atentar que o Brasil é um país de dimensões continentais, e dividir as tarefas entre ACs e ARs aumenta exponencialmente a capilaridade das Autoridades Certificadoras, ao não se exigir que elas próprias estejam presentes em todos os lugares de venda de certificados.

A ICP-Brasil se afigura, portanto, como uma infraestrutura preocupada tanto com o modelo negocial das entidades (via de regra, a AR fica com determinado percentual incidente sobre o valor de venda dos certificados), quanto, também, com o interesse público, no sentido da maior existência possível de postos para a emissão de certificados digitais.

Os requisitos de credenciamento das ARs estão descritos no DOC ICP 03, item 2.1.2:

160 Nada impede, ainda, que uma AR participe de várias cadeias hierárquicas diferentes, caso já esteja credenciada na ICP-Brasil, devendo, para tanto, realizar o procedimento de credenciamento simplificado, que consiste no encaminhamento de correspondência ao endereço eletrônico auditoria@iti.gov.br ou ao Protocolo-Geral da AC-Raiz, assinada pelos responsáveis legais da (nova) AC imediatamente subsequente a AC Raiz, informando o que se segue: a data em que a AR iniciará as operações junto à AC subordinada; o local onde a AR irá armazenar os Termos de Titularidade correspondentes a esse novo credenciamento; e qual o instrumento legal, a exemplo de contrato ou convênio, utilizado para descrever as responsabilidades desse vínculo entre as entidades envolvidas.

[...]

b) ter sede administrativa, instalações operacionais e recursos de segurança física e lógica;

c) apresentar a relação de eventuais candidatos a PSS; e

d) caso a instalação técnica se localize em endereço diferente do de sua sede administrativa, apresentar, cumulativamente: i. no caso de entidade privada: 1. certidão atualizada da junta comercial ou do registro civil de pessoas jurídicas, conforme sua natureza; 2. alvará de funcionamento, se houver; 3. CNPJ; ii. no caso de pessoa jurídica da administração direta, indireta, ou órgão público: 1. ato administrativo que autorize a operação naquele endereço; iii. no caso de serviços notariais e de registro: 1. cópia do ato de outorga da delegação; 2. CNPJ.

Enfim, às ARs compete a importantíssima função de identificar presencialmente os adquirentes dos certificados digitais ICP-Brasil. Ainda, o item 2.1.2 do DOC ICP 05 estabelece um rol de obrigações das AR's, dentre as quais estão as de receber solicitações de emissão ou de revogação de certificados; confirmar a identidade do solicitante e a validade da solicitação; encaminhar a solicitação de emissão ou de revogação de certificado à AC responsável utilizando protocolo de comunicação seguro; informar aos respectivos titulares a emissão ou a revogação de seus certificados; disponibilizar os certificados emitidos pela AC aos seus respectivos solicitantes; identificar e registrar todas as ações executadas, conforme as normas, práticas e regras estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil.

2.11.1 - Identificação presencial

O Regulamento (UE) nº 910/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, em seu art. 24, que cuida dos requisitos aplicáveis aos prestadores qualificados dos serviços de confiança, define que:

1. Ao emitirem certificados referentes a serviços de confiança, os prestadores qualificados de serviços de confiança verificam, pelos meios adequados e nos termos da legislação nacional, a identidade e as eventuais características específicas da pessoa singular ou coletiva à qual é emitido o certificado qualificado.

As informações referidas no primeiro parágrafo são verificadas pelos prestadores qualificados de serviços de confiança pelos seus próprios meios ou recorrendo a um terceiro, nos termos da legislação nacional:

a) Mediante a presença física da pessoa singular ou de um

- representante autorizado da pessoa coletiva; ou
- b) À distância, utilizando meios de identificação eletrónica, para os quais tenha sido assegurada, antes da emissão do certificado qualificado, a presença física da pessoa singular ou de um representante autorizado da pessoa coletiva e que cumprem os requisitos estabelecidos no artigo 8.º relativamente aos níveis de garantia «substancial» ou «elevado»; ou
- c) Por meio de um certificado de assinatura eletrónica qualificada ou de um selo eletrónico qualificado emitido nos termos das alíneas a) ou b); ou
- d) Utilizando outros métodos de identificação reconhecidos a nível nacional que deem garantias equivalentes, em termos de confiança, à da presença física. A equivalência de tais garantias será confirmada por um organismo de avaliação da conformidade.

Logo, a previsão é muito mais branda que a legislação nacional, pois não determina a rígida necessidade de identificação presencial do interessado. Basta que seja verificada a identidade.

No Brasil, inclusive, a presença física não foi prevista na primeira edição da Medida Provisória 2.200, de 28 de junho de 2001, apenas passando a constar na segunda, de 27 de julho de 2001. A conclusão foi evidente: não há como garantir a autenticidade se não se garante que aquela pessoa é realmente quem afirma o ser¹⁶¹.

Diante da dicção da norma contida no art. 7º da Medida Provisória, não se admite, em princípio, nenhuma forma de representação¹⁶² na aquisição de certificados digitais, seja por pessoas físicas, seja por pessoas jurídicas. Há que se diferenciar, entretanto, os requisitos para a identificação de cada pessoa,

161 O primeiro projeto de lei que tentou regulamentar a certificação digital foi elaborado pela comissão de informática da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional São Paulo (PL nº 1.589/99), e, em seu artigo 25, também exigia a presença física do titular: "O tabelião certificará a autenticidade de chaves públicas entregues pessoalmente pelo seu titular, devidamente identificado: o pedido de certificação será efetuado pelo requerente em ficha própria, em papel, por ele subscrita, onde constarão dados suficientes pra identificação da chave pública, a ser arquivada em cartório."

162 Código Civil, Art. 653: Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato. Segundo Orlando Gomes: "O mandato é a relação contratual pela qual uma das partes se obriga a praticar, por conta da outra, um ou mais atos jurídicos. O contrato tem a finalidade de criar essa obrigação e regular os interesses dos contratantes, formando a relação interna, mas, para que o mandatário possa cumpri-la, é preciso que o mandante lhe outorgue o poder de representação; se tem ademais, interesse em que aja em seu nome, o poder de representação tem projeção exterior, dando ao agente, nas suas relações com terceiras pessoas, legitimidade para contratar em nome do interessado, com o inerente desvio dos efeitos jurídicos para o patrimônio deste último". GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 347-348.

tanto por serem realidades distintas¹⁶³, como, principalmente, por receberem tratamento específico na legislação.

Conforme determina o item 3.1.1.1 do DOC ICP 05, para a obtenção do certificado digital de pessoa física, aquele que se apresenta como titular deve comprovar a sua identidade por meio da documentação exigida, vedada qualquer espécie de procuração para tal fim. Deve o interessado comparecer, ele próprio, junto à Autoridade de Registro, de modo que tenha a sua identidade confirmada.

Se na obtenção de uma carteira de identidade tradicional é indispensável o comparecimento presencial do cidadão perante o respectivo órgão da Secretaria de Segurança Pública¹⁶⁴, conclui-se que o fornecimento do certificado digital não poderia ter requisitos de segurança mais abrandados, pois ambos possuem a mesma função: identificar pessoas. A aquisição de certificados digitais é, portanto, um ato personalíssimo, tal qual o exercício do direito a voto e a feitura de um testamento público.

Já em relação à pessoa jurídica¹⁶⁵, é importante consignar que tal entidade, por seu caráter abstrato, sempre será representada por pessoas físicas, que irão adquirir e utilizar o certificado não sob seus respectivos nomes, mas sim em nome da pessoa jurídica, titular do certificado¹⁶⁶. É, assim, a própria

163 Porém, com a mesma base fática, conforme magistério de Pontes de Miranda: "[...] as pessoas jurídicas, como as pessoas físicas, são criações do direito; é o sistema jurídico que atribui direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções a entes humanos ou a entidades criadas por esses, bilateral, plurilateral (sociedade, associações), ou unilateralmente (fundações). Em todas há o suporte fático; e não há qualquer ficção em se ver pessoa nas sociedades e associações (personificadas) e nas fundações: não se diz que são entes humanos; caracteriza-se mesmo, em definição e em regras jurídicas diferentes, a distinção entre pessoas físicas e pessoas jurídicas. Nem sempre todos os homens foram sujeitos de direito, nem só eles o foram e são. A discussão sobre serem reais, ou não, as pessoas jurídicas é em torno de falsa questão: realidade, em tal sentido, é conceito do mundo fático; pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico. O que importa é assentar-se que o direito não a cria *ex nihilo*; traz, para as criar, algo do mundo fático". MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Bookseller, 1999, p. 345 (Tomo 1).

164 Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, regulamentada pelo Decreto nº 89.250, de 27 de dezembro de 1983.

165 Os certificados para equipamentos ou aplicações observarão as regras estabelecidas para a emissão de certificado de pessoa física ou jurídica, a depender da origem da solicitação.

166 Deixe-se consignado, apesar de não ser objeto do presente trabalho, pequeno dissenso doutrinário entre os termos "representação" da pessoa jurídica, adotado pela maioria da doutrina; "presentação" da pessoa jurídica (MIRANDA, op. cit., 414-415) e "representação imprópria" da pessoa jurídica (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, Vol I, p. 618).

pessoa jurídica que adquire direitos e obrigações, vez que dotada de personalidade, na forma da lei. O faz, porém, por intermédio de pessoas naturais, devidamente designadas em seu ato constitutivo, que agem em seu nome.

Nesse sentido, o termo de titularidade do certificado digital é um documento assinado pelo detentor do certificado que lhe confere a propriedade acerca do documento eletrônico. Conquanto no termo de pessoa física conste apenas o nome do seu titular, no de pessoa jurídica existem três figuras distintas: a) um titular (a pessoa jurídica); b) um representante legal; c) um responsável pela sua utilização, que pode ser, ou não, o representante.

A diferença entre a titularidade e responsabilidade reside, basicamente, nos conceitos de propriedade e posse do objeto. A titularidade, ou, em outras palavras, a propriedade do certificado, pertence à pessoa jurídica, que será exercida por meio do seu representante legal (vez que a empresa é uma ficção jurídica), ao passo que a responsabilidade pela sua utilização pode pertencer a qualquer um, desde que haja uma relação de confiança entre o responsável e o titular do certificado. No caso das pessoas físicas, por óbvio, esses conceitos confundem-se, haja vista o certificado ser intransferível.

Em suma, o representante legal da entidade titular do certificado pode comparecer pessoalmente ou fazer-se representar, por meio de procuração pública, com poderes específicos para atuar perante a ICP-Brasil e emitida há no máximo 90 (noventa) dias da data do requerimento de emissão do certificado, desde que o ato constitutivo da pessoa jurídica possua tal previsão expressa. Por outro lado, no que diz respeito ao responsável pela utilização do certificado, consigne-se que esse pode ser qualquer pessoa: desde o próprio representante até um terceiro, ainda que o ato constitutivo nada fale.

Para tanto, basta que compareça pessoalmente à Autoridade de Registro munido de seus documentos de identificação e em conjunto com o representante legal ou o procurador da entidade interessada. Sendo assim, o responsável, diversamente do representante, deve necessariamente comparecer pessoalmente à solicitação do certificado, vedada, para esse caso, qualquer espécie de procuração.

Diferencia-se, desse modo, a representação legal da convencional, respectivamente¹⁶⁷. A primeira forma de representação sempre existirá, pois é inerente à condição das pessoas jurídicas; já a outorga de mandato é facultativa¹⁶⁸ e, na ICP-Brasil, apenas será possível caso autorizada no próprio ato constitutivo da pessoa jurídica.

Em conclusão: há duas possíveis formas de aquisição de certificados digitais de pessoas jurídicas, nos termos do item 3.1.1.1 do DOC ICP 05: a) o representante legal poderá comparecer pessoalmente perante a Autoridade de Registro; b) o representante legal poderá, caso o ato constitutivo expressamente permita a outorga de poderes a um terceiro, fazer uma procuração pública, com poderes específicos para atuar perante a ICP-Brasil, a fim de que o representante adquira, em 90 dias, o certificado digital em nome da pessoa jurídica.

Ou seja, essa procuração (representação convencional) somente será admitida caso haja previsão expressa no ato constitutivo da pessoa jurídica, devendo, ainda, obedecer a três requisitos cumulativos: a) ser pública, ou seja, aquela feita por Tabelião de Notas, no exercício de suas funções constitucionalmente asseguradas (CF/88, art. 236 c/c L. 8.935, art. 7º, inc. I); b) possua poderes especiais¹⁶⁹, que significam poderes específicos para a atuação perante a ICP-Brasil; c) possua o prazo de validade¹⁷⁰ de até 90 dias, nos termos

167 Código Civil, art. 115: Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado. O art. 47 do mesmo Código entende o administrador como uma espécie de representante legal da pessoa jurídica, vez que seus atos a obrigam no limite dos poderes definidos no contrato social ou estatuto.

168 Cabe frisar que no Direito Romano, a ideia de alguém proceder e agir em nome de outrem não era compatível com o caráter personalíssimo e solene dos atos. Quando um ato era exercido por uma pessoa em lugar de outra, os efeitos respectivos pertenciam a quem o realizava, e não atingiam o interessado, que era terceiro, e, como tal, estranho ao negócio: *res inter alios acta aliis nec nocet nec procedest*. Ou seja, quando havia participação de um mediador ou mandatário na realização de um negócio, os efeitos dos atos praticados somente atingiam a esse que, posteriormente, transferia os direitos ou patrimônio adquirido no negócio ao dono do bem jurídico que o indicou para realização de tais atos “Do tipo romano de representação resta ainda, no direito moderno, uma reminiscência em certos negócios jurídicos, como na comissão (art. 693 e ss.) em que o participante de um ato procede em nome próprio, mas por conta alheia.” PEREIRA, op. cit., p. 613-614.

169 No ato constitutivo da empresa basta a previsão genérica de possibilidade de representação, não se exigindo que preveja poderes para atuar na ICP-Brasil, sob pena de inviabilizar o instituto. O que se exige é que a procuração tenha poderes específicos.

170 Não há qualquer vinculação entre o prazo de validade da procuração e o prazo de validade do certificado digital, apenas devendo-se atentar que a procuração deve estar válida no momento da obtenção (e na possível renovação) do certificado. Apenas isso. A questão da perda da

da Resolução CG ICP-Brasil nº 107, de 25 de agosto de 2015¹⁷¹.

No direito comparado, alguns modelos são elucidativos. Na Espanha, por exemplo, admite-se a representação convencional da pessoa jurídica no momento de obtenção do certificado, conforme disposto no artigo 7º da Lei nº 59, de 19 de dezembro de 2003¹⁷². Entretanto, com base no Anexo I, alíneas “i” e “j”, da Diretiva nº 1999/93/CE (já revogada internacionalmente, mas não, ainda, no âmbito interno), limita-se o âmbito de utilização desse certificado quanto ao valor das transações ou em razão da matéria (item III da Exposição de Motivos da Lei Espanhola):

Como resortes de seguridad jurídica, la ley [...] limita el uso de estos certificados a los actos que integren la relación entre la persona jurídica y las Administraciones públicas y a las cosas o servicios que constituyen el giro o tráfico ordinario de la entidad, sin perjuicio de los posibles límites cuantitativos o cualitativos que puedan añadirse. Se trata de conjugar el dinamismo que debe presidir el uso de estos certificados en el tráfico con las necesarias dosis de prudencia y seguridad para evitar que puedan nacer obligaciones incontrolables frente a terceros debido a un uso inadecuado de los datos de creación de firma.

No sistema português, de igual forma: também se admite a possibilidade de representação convencional na aquisição de um certificado digital de pessoa jurídica, bem como a limitação dos usos de um certificado, por aplicação e por valor de transações, conforme expressamente dispõe o Decreto-Lei nº 290-D/99, de 02 de agosto de 1999, art. 29 c/c art. 30:

validade da procuração durante o prazo de validade do certificado resolve-se do mesmo modo quando o ato constitutivo da empresa é atualmente alterado e aquele que era representante perde a sua qualificação: a responsabilidade para exigir a revogação do certificado é da pessoa jurídica – sujeita de direitos – e não da AC que sequer toma conhecimento dessas alterações no âmbito empresarial. Assim, a AC apenas pode ser responsabilizada caso haja algum problema no ato da emissão do certificado, mas alterações subsequentes são de responsabilidade da empresa.

171 Na prática, com o intuito de facilitar a obtenção dos certificados digitais sem perder a segurança na emissão bem como não onerar os adquirentes, admite-se que a procuração não possua prazo de validade expreso, desde que seja utilizada, para a emissão do certificado digital, em menos de noventa dias de sua emissão.

172 *Verbis*: Artículo 7 *Certificados electrónicos de personas jurídicas* 1. *Podrán solicitar certificados electrónicos de personas jurídicas sus administradores, representantes legales y voluntarios con poder bastante a estos efectos. Los certificados electrónicos de personas jurídicas no podrán afectar al régimen de representación orgánica o voluntaria regulado por la legislación civil o mercantil aplicable a cada persona jurídica.*

Artigo 29. Emissão das chaves e dos certificados

1 - A entidade certificadora, a pedido de uma pessoa singular ou colectiva interessada, cuja identidade e poderes de representação, quando existam, verificará por meio legalmente idóneo e seguro, emitirá a favor daquela um par de chaves, privada e pública, ou porá à disposição dessa pessoa, se esta o solicitar, os meios técnicos necessários para que ela crie o par de chaves. [...]. 3 - A entidade certificadora deve tomar medidas adequadas para impedir a falsificação ou alteração dos dados constantes dos certificados e assegurar o cumprimento das normas legais e regulamentares aplicáveis recorrendo a pessoal devidamente habilitado; [...]

Artigo 30. Conteúdo dos certificados

1 - [...] “g” - Indicação de o uso do certificado ser ou não restrito a determinados tipos de utilização, bem como eventuais limites do valor das transacções para as quais o certificado é válido; [...]

No ordenamento pátrio, o certificado digital ICP-Brasil pode ser utilizado para quaisquer finalidades desejadas pelo seu titular, não havendo as limitações acima verificadas, pois significariam, em última análise, o enfraquecimento dos nossos certificados com a limitação de sua validade jurídica, algo não previsto pela Medida Provisória.

2.12 – OUTRAS FIGURAS

A Medida Provisória apenas se preocupou com a configuração mínima da infraestrutura, com vistas à conferência de validade jurídica para a utilização dos certificados digitais ICP-Brasil. Por isso, não previu outras figuras que também são importantes para o sistema, senão imprescindíveis hodiernamente, a exemplo, conforme já visto, das Autoridades de Carimbo do Tempo e dos Prestadores de Serviços Biométricos.

Além dessas duas, merecem, ainda, destaque, as seguintes.

2.12.1 – Postos Provisórios

Previstos no DOC ICP 03, item 3.2.3, nada mais são que uma descentralização das Autoridades de Registro, ao permitirem que uma AR, já credenciada na ICP-Brasil, abra postos de atendimento em lugares diferentes de sua sede.

Conforme o próprio nome diz, é um posto temporário, com duração de até 240 dias (máximo de 120 dias, renováveis por igual período), cujo pedido de abertura deve ser encaminhado, à AC Raiz, com o mínimo de 10 (dez) dias de antecedência, acompanhado dos seguintes documentos:

[...]

- a) formulário SOLICITAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DE POSTOS PROVISÓRIOS DE INSTALAÇÕES TÉCNICAS DE AR [8], devidamente preenchido e assinado pelos representantes legais da AR e da AC a que esteja operacionalmente vinculada;
- b) indicação dos procedimentos que serão adotados quanto aos aspectos de segurança e operacionais;
- c) indicação da pessoa responsável pelo posto provisório;
- d) relação dos agentes de registro que trabalharão no posto provisório; e
- e) identificação da instalação técnica da AR que guardará a documentação relativa aos certificados gerados pelo posto provisório, após o encerramento de suas atividades.

Encontrando-se regular a documentação, será autorizado seu funcionamento, mediante intimação da solicitante. Insta salientar, ainda, que o prazo de 10 (dez) dias visa a conferir ao ITI um período razoável para a análise do pleito e seu eventual deferimento. Caso, porém, o prazo não seja cumprido, o pleito não será julgado prejudicado desde logo, mas seu deferimento possuirá eficácia *ex nunc*, ou seja, o posto apenas poderá funcionar após a devida autorização da AC Raiz.

Existe, ainda, dentro dos postos provisórios, uma figura específica: aquela com período total de funcionamento não superior a 15 dias. Nessa hipótese, a autorização da AC Raiz restará dispensada, bastando que receba a comunicação de sua abertura, com todos os dados acima enumerados, com 5 (cinco) dias de antecedência.

Após o encerramento das atividades do posto, deve ser enviado à AC Raiz um relatório, contendo todas as informações julgadas relevantes, e, principalmente: a) quantidade de certificados emitidos pelo posto provisório e respectivos subtotais, categorizados por tipo de certificado; b) nomes completos de todos os agentes de registro que efetivamente emitiram certificados no posto provisório.

2.12.2 – Instalações Técnicas

A definição contida no DOC ICP 03 é por si só esclarecedora:

3.2.1.1 Considera-se instalação técnica o ambiente físico de uma AR, cujo funcionamento foi autorizado pelo ITI, por tempo indeterminado, onde serão realizadas as atividades de validação e verificação da solicitação de certificados.

Assim, pode ser compreendido como um lugar onde será desenvolvida a principal atividade de uma Autoridade de Registro, consistente na identificação presencial dos interessados em adquirir certificados digitais ICP-Brasil.

Uma AR, quando de seu credenciamento, precisa ter ao menos uma instalação técnica¹⁷³, mas nada impede que sejam abertas, após seu credenciamento, outras instalações, desde que observados os requisitos esculpidos no DOC ICP 03, item 3.2.1.2 (em muito parecidos com os exigidos para a abertura de postos provisórios. Porém, conquanto os postos possuem prazo de validade para seu funcionamento, para as instalações técnicas inexiste essa limitação temporal).

A AC Raiz possuirá trinta dias para autorizar, se for o caso, o funcionamento das novas instalações, que ocorrerá mediante intimação da AC solicitante (e não da AR), que, a partir desse momento, disponibilizará os novos endereços de instalações técnicas em sua página na web.

É interessante consignar, e aqui retomando uma ideia já iniciada linhas atrás, acerca da preocupação da ICP-Brasil em conferir capilaridade à estrutura. As ACs podem se valer de ARs, em número indefinido, para o exercício de suas atividades. As ARs, por sua vez, podem também possuir instalações técnicas em número indefinido.

2.12.3 – Cartórios

173 Tanto assim que a ausência de instalação técnica devidamente credenciada acarreta o desc credenciamento da AR, *verbis*: 3.2.2.4 Importante observar, que no caso de a AR possuir um único endereço de instalação técnica, a extinção deste, sem a abertura concomitante de um novo endereço de instalação técnica, implicará, automaticamente, o desc credenciamento da AR, devendo ser observados os procedimentos definidos para tal caso.

Em posição de destaque na ICP-Brasil encontram-se as serventias extrajudiciais, previstas constitucionalmente¹⁷⁴. O DOC ICP 03 é expresso:

3.2.1.3 Os serviços notariais e de registro, nos termos do art. 236 da Constituição Federal, desde que formalmente vinculados a uma AR já credenciada, poderão ser autorizados a funcionar como instalação técnica e seus delegados, prepostos e funcionários a atuar como agentes de registro.

Os notários e os registradores são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade, cuja remuneração advém do particular, e não do Poder Público. Daí dizer-se serem titulares de serventias não oficializadas.

Segundo Celso, os serventuários são agentes públicos, enquadrados na categoria de particulares em colaboração com a Administração, pois “[...] praticam, com o reconhecimento do Poder Público, certos atos dotados de força jurídica oficial”¹⁷⁵, sendo dois os requisitos para caracterizá-los como agentes públicos: a) de ordem objetiva, isto é, a natureza estatal da atividade desempenhada; b) de ordem subjetiva, qual seja, a investidura na função.

Exercem função pública (e não cargo público), em caráter privado, por isso não se aplicar, entre outras, a regra da aposentadoria compulsória (por todos, cf. ADI 2602-MG, rel. p/ ac. min. Eros Grau). Ora, o exercício em caráter privado, por delegação, não descaracteriza a natureza pública de tais serviços, tanto que fiscalizados diretamente pelo Judiciário, conforme expressa dicção legal (CF/88, art. 236, § 1º).

Ainda que público o exercício da atividade, os titulares exercem-na em seu próprio nome. Assim, os serviços notariais e registrais não possuem personalidade jurídica, vez que a atividade é exercida em nome da pessoa física que recebeu a outorga da delegação, e não em nome de uma pessoa jurídica, tal qual fazem os empresários em relação às sociedades empresariais, por exemplo.

174 *Verbis*: Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

175 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 232.

Essa característica, de modo específico no que diz respeito à ICP-Brasil, impede o credenciamento das serventias como Autoridades de Registro ou Autoridades Certificadoras, pois, ao não se afigurarem como um ente, nem como um órgão público, não atendem ao disposto no art. 8º da Medida Provisória 2.200-2/01.

Nada impede, porém, que atuem como instalações técnicas, conforme expressamente consignado no item 3.2.1.3 da Resolução CG ICP-Brasil nº 47, de 03 de dezembro de 2007. A bem da verdade, o cotidiano dos tabelionatos e escritórios registrais em muito se assemelha às atividades desempenhadas na ICP-Brasil: todos visam a conferir autenticidade às manifestações de vontade (os cartórios, em meio físico; as ARs/ACs, em meio eletrônico), a partir da correta identificação dos interessados (sobre o tema, remetemos o leitor ao item 2.6 do presente capítulo).

Logo, inobstante a falta de previsão originária na Medida Provisória, a permissão para que os cartórios integrem a infraestrutura foi uma necessidade imposta tanto pela afinidade das funções desempenhadas por ambas estruturas (serventias extrajudiciais e ICP-Brasil) bem como pela excelência dos seus serviços prestados.

2.12.4 – Postos de Atendimento

Inexiste qualquer regulamentação normativa ou mesmo o reconhecimento, pela infraestrutura, das referidas entidades.

2.13 – RESPONSABILIZAÇÃO NA INFRAESTRUTURA

A atividade de certificação digital é considerada como uma atividade de risco¹⁷⁶. Comum, assim, que haja diversas espécies de responsabilizações com

176 Resolução CG ICP-Brasil nº 47, de 03 de dezembro de 2007, subitem 2.2.2.3.3: O ato de credenciamento da AC condicionará a emissão do certificado pela AC Raiz ou pela AC de nível imediatamente superior, conforme o caso: [...] b) à apresentação, pela AC credenciada à AC Raiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias após o deferimento do credenciamento, de apólice de contrato de seguro de cobertura de responsabilidade civil decorrente das atividades de certificação digital e de registro, com cobertura suficiente e compatível com o risco dessas atividades.

o intuito de regulamentar a conduta dos prestadores de serviços.

Regra geral, responsabilidade pode ser compreendida como a consequência de um ato praticado em desacordo com as normas que regem a matéria. No direito brasileiro, existem basicamente três espécies de responsabilização, todas relativamente autônomas¹⁷⁷ entre si: penal, administrativa e civil, essas duas últimas importantes para a presente análise.

A civil pode ser compreendida como aquela que gera, ao ofensor, o dever de indenizar. Segundo a doutrina:

O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado.¹⁷⁸

O comprador de um certificado digital, quem quer que seja (pessoa física, jurídica, condomínios, empresários individuais, o próprio funcionário de uma Autoridade Certificadora que emite certificados digitais, etc.), é, sempre, um consumidor, pois adquire o produto como seu destinatário final¹⁷⁹ (expressão que compreende todo aquele que retira o produto do mercado de consumo)¹⁸⁰. Enfim, consumidor é aquele que:

[...] adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Consideram que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência

177 Código Civil, art. 935: A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

178 BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 561.

179 Código de Defesa do Consumidor, art. 2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

180 STJ. TERCEIRA TURMA. Agravo Regimental NO RECURSO ESPECIAL Nº 1386938. REL. MIN. SIDNEI BENETI. DJE DATA: 06/11/2013 EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. REDUÇÃO DA MULTA MORATÓRIA. DESCABIMENTO. 1.- O critério adotado para determinação da condição de consumidora da pessoa jurídica é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a pessoa jurídica deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. [...]

será construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede.¹⁸¹

E, se o adquirente dos certificados é um consumidor, como de fato o é, recebe todo o tratamento favorável que o microssistema do CDC lhe oferece, principalmente o relacionado à responsabilidade objetiva dos fornecedores (no caso, das Autoridades Certificadoras e de Registro), em detrimento da subjetiva (e, portanto, mais dificultosa) prevista no código civil.

A responsabilidade do CDC é mais benéfica que a regra do Código Civil, vez que, conquanto nessa se deverá provar, além do dano e do nexa causal, também o elemento subjetivo da conduta do infrator (característica que muitas vezes acaba por dificultar, ou mesmo impedir, a indenização almejada), no estatuto consumerista a atuação dolosa ou culposa do fornecedor é desimportante, bastando o dano e seu nexa.

Tal dano, entretanto, deverá ser devidamente comprovado, seja material (prejuízo econômico), seja moral (ofensa à personalidade e dignidade do ser humano), de modo que não será uma simples tentativa de utilização do certificado digital mal sucedida que gerará o dever de reparação.

Se o certificado não funcionou quando assim o deveria e acabou por gerar um dano ao seu adquirente (que deixou, por isso, de fechar um importante contrato, por exemplo), ou, mesmo, aquele que teve um certificado digital equivocadamente emitido em seu nome (apesar de nunca ter comparecido presencialmente em uma Autoridade de Registro)¹⁸², todos serão tutelados pelo código consumerista, franqueando facilidades e auferindo benefícios com vistas à recomposição de suas situações jurídicas.¹⁸³

181 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2006, p. 304.

182 Quem a doutrina denomina de *bystander*, ou consumidor por equiparação, previsto no CDC, art. 17: Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

183 O CDC estabelece duas espécies de responsabilização: a) por fato do produto; b) por vício do produto. A primeira decorre da exteriorização do defeito, causando um dano real e material ao consumidor, prejudicando, enfim, a sua segurança. Entende-se que tal espécie não se aplica à ICP-Brasil, diante da própria natureza dos certificados digitais. Já a responsabilização pelo vício do produto, por ora analisada, ocorre quando o defeito causa seu mau funcionamento, gerando,

A responsabilidade é solidária de toda a cadeia de fornecedores (no caso, a AC, a AR, eventuais PSSs ou mesmo PSBios) para a recomposição do prejuízo. Nesse sentido, o art. 18 do CDC determina, linhas gerais, que todos os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam, ou mesmo lhes diminuam o valor¹⁸⁴.

Em direito, solidariedade traz a ideia de comunhão. Por exemplo, para os danos causados na cadeia da Autoridade Certificadora, o lesado poderá escolher livremente a própria AC (sempre) ou a AR que emitiu seu certificado. Ou mesmo ambas, em conjunto. É, portanto, uma maneira de aumentar a possibilidade de ressarcimento por parte daquele que busca a responsabilização dos entes responsáveis pelo dano ocorrido.

Logo, em relação àquele certificado emitido em desconformidade com o anúncio publicitário, ou que não funciona, ou mesmo o que perdeu a validade antes do prazo, é lícito ao consumidor exigir a sua correção em 30 (trinta) dias, sob pena de, dentre outras alternativas, solicitar a restituição da quantia paga.

Já internamente, ou seja, na responsabilização entre as entidades integrantes do sistema, retorna-se à ideia denexo causal: uma AR que não identificou corretamente o titular do certificado, atuando com desídia, será a responsável pelo eventual dano causado. Inicialmente, pelas regras consumeristas, vimos que o consumidor pode escolher a AC, por exemplo (que teoricamente possui maiores condições financeiras) e, após o devido pagamento, a Autoridade Certificadora poderá voltar-se regressivamente contra a AR (nesse mesmo exemplo, caso a AR tenha sido a escolhida pelo consumidor, ela não poderá solicitar regressivamente o ressarcimento a

ao consumidor, o direito de solicitar a sua substituição ou mesmo a devolução proporcional do valor já pago.

184 Em reforço a tudo que até aqui foi dito, o DOC ICP 05 traz, em diversas passagens, uma ideia geral acerca de como a responsabilidade civil é tratada internamente no âmbito da ICP-Brasil, ao estabelecer que: a) dentro da cadeia hierárquica, a AC responde pelos danos que der causa, bem como, de maneira solidária, pelos atos de entidades de sua cadeia: ACs de segundo nível, os Prestadores de Serviço de Suporte, os Prestadores de Serviços Biométricos e as Autoridades de Registro; b) as ARs, por sua vez, respondem apenas pelos danos que derem causa. De qualquer forma, colhe-se que o ITI, como AC Raiz, apenas responde pelos atos a que pessoalmente der causa, e não de maneira solidária com outros entes.

ninguém, justamente porque foi a causadora do dano).

Por fim, a responsabilidade administrativa dos prestadores de serviços de certificação digital encontra-se regulamentada no DOC ICP 09. Entende-se por infração administrativa, linhas gerais, o (simples) não atendimento a qualquer disposição normativa da ICP-Brasil (bem como de suas próprias normas autoimpostas pelos prestadores, tais como a Política de Certificados - PC e a Declaração de Práticas de Certificação – DPC), bem como a obstrução, omissão ou má-fé tendente a prejudicar a ação fiscalizadora da AC Raiz.

Da conjugação de ambas as hipóteses, percebe-se que a responsabilidade administrativa é formal, ou seja, não necessita da ocorrência de um dano, bastando o malferimento das normas que regem os prestadores de serviços de certificação. Ademais, a responsabilização administrativa, na hipótese de inobservância das disposições normativas referentes à ICP-Brasil, é objetiva, pois desinteressa se o descumprimento ocorreu propositada (dolo) ou negligentemente (culpa): a penalização decorrerá de seu simples descumprimento.

Claro, porém, que a proporcionalidade, princípio constitucional implícito que possui expressa previsão na Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 2º, inc. VI (que trata dos processos administrativos federais), deve sempre ser observada pelas autoridades sancionadoras, sob pena de nulidade do ato. Logo, não cabe aplicar a penalidade capital de descredenciamento acaso a entidade tenha atrasado apenas 1 (um) dia no envio da sua auditoria anual, por exemplo.

Por infração cometida, a entidade fiscalizada ficará sujeita às seguintes penalidades, que poderão ser impostas isolada ou cumulativamente, independentemente da ordem de enumeração:

- a) Advertência;
- b) Restrição da realização de atividades relacionadas ao objeto da fiscalização até que sejam sanadas as irregularidades apontadas no RF;
- c) Proibição de credenciamento de novas PCS até que sejam sanadas as irregularidades apontadas no RF;
- d) Suspensão da emissão de novos certificados por prazo determinado ou até que sejam sanadas as irregularidades apontadas no RF;
- e) Descredenciamento.

O procedimento administrativo iniciar-se-á por meio de um planejamento ordinário de fiscalização semestral, de uma recomendação obtida em relatórios de auditoria (sejam pré ou operacionais), por denúncia recebida na AC Raiz (claro que desde que contenha elementos mínimos de autoria e materialidade da possível infração cometida) ou mesmo por constatação de ameaça à confiabilidade da ICP-Brasil.

As penalidades serão aplicadas pelo Diretor da Diretoria de Auditoria de Fiscalização e Normalização do ITI (DAFN/ITI), órgão responsável pela condução do processo, com a possibilidade de recurso, no prazo de 20 (vinte) dias, com efeito suspensivo.

Esse recurso, vale dizer, observa a regra dos recursos administrativos, pois será dirigido, primeiramente, à autoridade que aplicou a penalidade, a qual, se não a reconsiderar, no prazo de 5 (cinco) dias o encaminhará ao Diretor-Presidente da AC Raiz, para julgamento e avaliação de recurso (que, por sua vez, pode solicitar auxílio da Procuradoria Federal Especializada do ITI para a emissão de parecer que subsidie a sua decisão).

2.14 – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

No processo de credenciamento visto ao longo do capítulo, vimos que é exigido, quanto à habilitação jurídica (ainda existem habilitações econômico-financeira, fiscal e técnica), o ato constitutivo da empresa devidamente registrado. E esse documento é o ponto jurígeno de sua personalidade: com o registro, adquire-se personalidade jurídica; e, com personalidade, a empresa, que é uma ficção legal, passa a poder atuar na vida civil em seu próprio nome (e não no nome de seus sócios)¹⁸⁵, tal qual a pessoa natural¹⁸⁶.

185 A pessoa jurídica, à luz da doutrina corrente, consubstancia-se na unidade das pessoas naturais ou de patrimônios, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações, que visa à obtenção de certas finalidades. Nesse sentido, merecem destaque as lições de Washington de Barros Monteiro: “Surgem assim as pessoas jurídicas, também chamadas pessoas morais (no direito francês) e pessoas coletivas (no direito português) e que podem ser definidas como associações ou instituições formadas para a realização de um fim e reconhecidas pela ordem jurídica como sujeito de direitos.” MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 121.

186 Nesses termos, o Código Civil: Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando

Porém, a inteligência humana começou a perceber que essa personalidade jurídica da empresa, em tudo distinta das pessoas naturais que as integram, poderia ser utilizada para o cometimento de fraudes¹⁸⁷, subvertendo, por completo, a sua finalidade jurídica. Segundo Freddie Didier:

A pessoa jurídica é, portanto, um instrumento técnico-jurídico desenvolvido para facilitar a organização da atividade econômica. Se assim é, o caráter de instrumentalidade implica o condicionamento do instituto ao pressuposto do atingimento do fim jurídico a que se destina. A pessoa jurídica é técnica criada para o exercício da atividade econômica e, portanto, para o exercício do direito de propriedade. A chamada função social da pessoa jurídica (função social da empresa) é corolário da função social da propriedade, já tão estudada e expressamente prevista na Constituição Federal. O estudo da desconconsideração da personalidade jurídica, portanto, deve iniciar-se desta premissa: é indispensável a análise funcional do instituto da pessoa jurídica, a partir da análise também funcional do direito de propriedade, para que se possa compreender corretamente a desconconsideração, que, em teoria geral do direito, é sanção aplicada a ato ilícito” (no caso, a utilização abusiva da personalidade jurídica).¹⁸⁸

Ao se desconsiderar a personalidade empresarial, alcançando-se diretamente seus sócios, e desde que observados determinados requisitos legais, evita-se, assim, a manipulação de sua personalidade jurídica. Segundo o expressivo magistério do professor Fábio Ulhoa:

Na doutrina brasileira, ingressa a teoria no final dos anos 1960, numa conferência de Rubens Requião (1977: 67/86). Nela, a teoria é apresentada como superação do conflito ente as soluções éticas, que questionam a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar sempre os sócios, e as técnicas, que se apegam inflexivelmente ao primado da separação subjetiva das sociedades. Requião sustenta, também, a plena adequação ao direito brasileiro da teoria da desconconsideração, defendendo a sua utilização pelos juízes,

necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

187 Interessante notar que essa constatação da possível utilização da empresa com o intuito do cometimento de fraudes – e a sua teoria correlacionada, a da desconconsideração da personalidade jurídica – é quase tão antiga quanto a própria atribuição de personalidade às empresas, pois tem como paradigmáticos precedentes jurisprudenciais os casos "*State vs. Standard Oil Co.*", julgado pela Suprema Corte do Estado de Ohio, nos EUA, em 1892 e o caso "*Salomon vs. Salomon & Co.*", julgado pela Câmara de Londres, em 1897, na Inglaterra.

188 DIDIER JÚNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 280.

independentemente de específica previsão legal. Seu argumento básico é o de que as fraudes e os abusos perpetrados através da pessoa jurídica não poderiam ser corrigidos caso não adotada a 'disregard doctrine' pelo direito brasileiro. De qualquer forma, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que a desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa para ser aplicada, na medida em que se trata de instrumento de repressão a atos fraudulentos. Quer dizer, deixar de aplicá-la, a pretexto de inexistência de dispositivo legal expresso, significaria o mesmo que amparar a fraude.¹⁸⁹

Nesse sentido, o sistema jurídico possui diversas previsões setoriais que visam à aplicação da teoria, a exemplo do Código Civil (art. 50); do Código de Defesa do Consumidor (art. 28) e do Código Tributário Nacional (art. 135), entre outros.

Percebe-se, entretanto, nessas previsões, que o instituto da desconsideração é especialmente (embora nem sempre) ligado à insolvência da empresa (ou seja, relacionado à questão pecuniária) e geralmente decretada em processo judicial.

Administrativamente, a situação é diversa.

Inexiste qualquer processo judicial em curso nem se está a analisar a ocorrência de desvio de personalidade pela nova empresa constituída (que ainda não praticou nenhum ato fraudulento).

Ademais, se na desconsideração ordinária ocorre uma superação pontual, transitória e episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, desde que se torne possível verificar que ela foi utilizada como instrumento para a realização de fraude ou abuso de direito, na administrativa não haverá a desconsideração de apenas parcela de sua personalidade, mas sim haverá o impedimento total de a empresa praticar a atividade a qual se propõe.

Enfim, cumpre responder se a AC Raiz, quando do recebimento do pedido de credenciamento (ou mesmo após, acaso verificada a irregularidade posteriormente), poderá inadmiti-lo sob a justificativa de que os sócios da atual postulante já sofreram uma anterior penalização na infraestrutura.

189 COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 60.

Sim, é possível¹⁹⁰. Segundo o professor Marçal:

Tema que tem merecido pequena atenção no âmbito da contratação administrativa é o da desconsideração da pessoa jurídica, que já foi referido de passagem acima, nos comentários ao art. 9º. Trata-se de doutrina desenvolvida no âmbito do direito comparado, destinada a reprimir a utilização fraudulenta de pessoas jurídicas. Não se trata de ignorar distinção entre a pessoa da sociedade e a de seus sócios, que era formalmente consagrada pelo art. 20 do Código Civil/1916. Quando a pessoa jurídica for a via para realização da fraude, admite-se a possibilidade de superar-se sua existência. Essa questão é delicada, mas está sendo enfrentada em todos os ramos do Direito. Nada impede sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo, desde que adotadas as cautelas cabíveis e adequadas. Não se admite que se pretenda ignorar a barreira da personalidade jurídica sempre que tal se revele inconveniente para a Administração. A desconsideração da personalidade societária pressupõe a utilização ilegal, abusiva e contrária às boas práticas da vida empresarial. E a desconsideração deve ser precedida de processo administrativo específico em que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório a todos os interessados.¹⁹¹

Se, do ponto de vista estritamente legalista, as diferentes empresas tratam de realidades distintas, resta clarividente que essa nova, constituída pelos

190 ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

– A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações, Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultados ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. – Recurso a que se nega provimento. (RMS 15.166/BA, Rel. Min. CASTRO MEIRA).

191 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: 2012, Dialética, p. 955-956. Tal parece, inclusive, ter sido a linha adotada pela novel Lei nº 12.846, publicada em 1º de agosto de 2013, que estabelece a possibilidade da desconsideração administrativa da personalidade jurídica, mas desde que (e apenas se) respeitados o contraditório e ampla defesa: Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

mesmos sócios, não possui legitimidade alguma.

Diante dessa possibilidade, com vistas a não malferir o princípio da legalidade administrativa, previsto expressamente na CF/88, art. 37, *caput*, a Resolução nº 108, de 25 de agosto de 2015, que alterou o DOC ICP 03, passou a prever expressamente o instituto, nos seguintes termos:

2.2.1.8 Em caso de abuso de direito, caracterizado pela infração à lei ou pela tentativa de fraude, o ITI poderá, a qualquer tempo, mediante despacho fundamentado e assegurada a ampla defesa, desconsiderar a personalidade jurídica da interessada e obstar o seu credenciamento ou determinar o descredenciamento na ICP-Brasil.

2.2.1.9 Entende-se por desconsideração da personalidade jurídica a autorização, dada ao ITI, para impedir que pessoas jurídicas ou físicas que sejam sócias, administradoras ou representantes da empresa credenciada ou que solicita o credenciamento, retornem à ICP-Brasil em razão de descredenciamento decorrente de penalização anteriormente imposta.

Justifica-se a possibilidade de aplicação da desconsideração em nível administrativo seja pela teoria norte-americana dos poderes implícitos¹⁹², seja, ainda, pelo princípio constitucional da moralidade (também previsto no art. 37, cabeça).

A legitimidade da medida reside na proporcionalidade normativa de seus termos: apenas será aplicável administrativamente o instituto da desconsideração se a entidade tiver sido penalizada com o descredenciamento (máxima sanção prevista no sistema), bem como sempre se assegurará o contraditório e a ampla defesa à interessada, de modo que possa provar a superação do problema que anteriormente gerou o seu descredenciamento.

2.15 – TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO

A ICP-Brasil possui, hoje, centenas de entidades formalmente

192 Cujá doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso *Mcculloch x Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. Ora, se a Administração possui por missão constitucional realizar o interesse público, possuirá, por conseguinte, poderes (ainda que implícitos) para obstar qualquer tentativa de fraude em desfavor de suas competências legais.

vinculadas, cuja atividade é, conforme visto ao longo do capítulo, tipicamente privada.

Com o tempo, se tornou relativamente comum a captação predatória de prestadores de serviços de certificação digital. Por exemplo: determinada AR vende mensalmente um número razoável de certificados digitais e uma Autoridade Certificadora, de outra cadeia, faz uma proposta comercialmente mais vantajosa para que aquela AR “migre” da sua atual vinculação. Ademais, o produto oferecido manter-se-á exatamente o mesmo: um certificado digital, interoperável, que garantirá autenticidade, integridade e validade jurídica às manifestações eletrônicas.

Insta salientar que toda AR possui um contrato firmado com determinada AC, contrato esse que fixará as premissas básicas da relação comercial: tempo de duração; valor do serviço cobrado; manutenção das condições de credenciamento, etc.

A oferta de um terceiro (no caso, a outra AC) para que a AR mude a sua vinculação significa o assédio para a quebra de um contrato então em vigor. Cumpre-nos verificar se essa atitude é legal, mesmo porque essa outra AC é um terceiro, que não se encontra, em princípio, vinculado ao contrato originário firmado (fato esse corroborado pela expressão latina “*res inter alios acta*”, que significa, em livre tradução, que o contrato não cria direitos nem deveres para terceiros).

Há pouco tempo o princípio da relatividade dos contratos era uma verdade quase absoluta, pois a relação contratual dizia respeito apenas aos contratantes. A popular parêmia de que “o contrato faz lei entre as partes”, possuía uma dupla significação: o contrato obrigava os contratantes; o contrato obrigava apenas os contratantes.

Hoje, porém, não mais. A relatividade contratual continua a obrigar apenas os partícipes da relação, mas o contrato, em si, é oponível a todos, vez que toda a coletividade deve respeito às avenças em vigor.

Na linha da função social do contrato e da prevalência da eticidade, propugna-se por uma “tutela externa do crédito”, pela qual o terceiro seja responsabilizado, não propriamente pela prestação convencionada, mas pela ofensa a dever de conduta

nela consubstanciada. É inadmissível que a sociedade comporte-se como se o contrato não existisse, ou, se existisse, fosse algo estranho a ela, a ponto de ser ignorado.¹⁹³

Logo, essa mudança conceitual é oriunda da função social dos contratos, funcionalização essa que atinge todos os direitos subjetivos. Gera-se uma devida tutela (proteção) externa do crédito, impondo ao terceiro que induza o inadimplemento de um contrato a possibilidade de reparação civil por tal conduta.

Entende-se, assim, que o terceiro ofensor poderá ser responsabilizado como se contratante fosse, aliado, de maneira solidária (se for o caso), ao próprio contratante faltoso.

Importante asseverar que sob a ótica administrativa um eventual rompimento contratual não se afigura infração alguma; porém, sob a ótica civilística, nada impede que a entidade prejudicada por tal conduta (no exemplo dado, a AC prejudicada pela migração da AR) ajuíze competente ação indenizatória para se ver ressarcida tanto do seu eventual prejuízo material quanto pelo que razoavelmente deixou de lucrar¹⁹⁴.

193 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011, p. 127.

194 Por analogia (haja vista não se tratar de inadimplemento contratual), cite-se o art. 402 do Código Civil: Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Capítulo 3

ASSINATURA DIGITAL

3.1 – ASSINATURA

Conforme já amplamente debatido no primeiro capítulo desta obra, é correto compreender a tecnologia como uma realidade cotidiana, que traz inúmeros benefícios a todos. Porém, possui como problema ínsito à sua natureza o grau de confiabilidade na utilização dos meios colocados à disposição dos usuários.

Tal assim ocorre pois foram os computadores que permitiram a objetivação da informação, *i.e.*, a sua completa separação em relação ao sujeito cognoscente.

Na linguagem, a informação é subjetiva, pois indissociável do seu produtor. Com a descoberta da escrita, houve uma objetivação primária, aperfeiçoada com a imprensa (secundária) e potencializada pelos computadores, seu grau (ao menos até agora) máximo, que representou “[...] um salto qualitativo, crítico, separando completamente a produção da informação do sujeito e deslocando a produção da informação do homem para a máquina”.¹⁹⁵

Ora, dos maquinários desenvolvidos pelo homem, o computador é o único que tem, simultaneamente, memória e processamento automático. E, ao possuir tais características, permitiu a completa separação entre meio e mensagem, fato esse que possui como efeito colateral um sério problema (cuja resolução é justamente o escopo do presente livro): a segurança da informação. Greco complementa o raciocínio:

Primeira: meio e mensagem na história da humanidade sempre coexistiram, tendo por ponto de partida a ocorrência de uma relação comunicativa. A grande mudança verificada nos últimos anos foi ter a informação (mensagem) adquirido valor próprio independente do suporte físico pelo qual é veiculada. Esta mudança acarreta delicados problemas jurídicos relacionados aos tão realizados à distância ou por intermédio de equipamentos eletrônicos.¹⁹⁶

Essa objetivação traduz-se na forma que a assinatura assume: na digital, sempre será um conjunto de números, diferente para cada operação realizada

195 MASUDA, Yoneji. **A Sociedade da Informação como Sociedade Pós-Industrial**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1982, p. 68.

196 GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 12.

(ainda que se trate do mesmo autor), que pode, portanto, se referir a qualquer pessoa (daí a necessidade de um certificado digital que “una” os números ao seu titular). Já na assinatura manuscrita ou autógrafa, inobstante a separação primária ocorrida (ou seja, a separação do documento daquele que o assinou), a ligação com o signatário encontra-se justamente nos traços pessoais e próprios que a caracterizam e a distinguem de qualquer outra.

A assinatura digital não passa de uma série de números, não visíveis a olho nu, nos quais o sistema efetuará a autenticação necessária para verificar se os requisitos técnicos foram cumpridos. É, pois, uma forma totalmente diversa daquela que o ser humano, desde sempre, se encontrou habituado, de representar, graficamente, as suas autenticações.

A assinatura¹⁹⁷, qualquer que seja (manuscrita, eletrônica, digital), pode, sempre, ser entendida como uma forma de identificação. O escopo autenticativo se revela como a sua motivação e finalidade última, ao identificar a autoria de determinada manifestação de vontade, unindo o titular ao conteúdo daquilo que se declara.

Por consequência, simultaneamente, também visa a provar tanto a própria autoria documental quanto o conteúdo daquilo que se assina, nos exatos termos do Código Civil, art. 219: “As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.”

Vê-se, assim, de pronto, uma ideia que será explorada ao longo do presente capítulo: o binômio autenticidade (autoria) e integridade (inalterabilidade de conteúdo) são características inafastáveis para qualquer assinatura que se pretenda válida.

Importante salientar que não são mais necessárias as assinaturas de duas testemunhas para os contratos constituírem negócios jurídicos perfeitos, pois, apenas na redação do antigo Código Civil havia dispositivo expresso em

197 “sf (assinar+tura) 1 Ação ou efeito de assinar; assinação, assinamento. 2 Nome assinado, firma ou rubrica, nome ou sinal da pessoa, que confirma um ato, ou legaliza um documento. 3 Ajuste pelo qual, mediante o pagamento de certa quantia, se adquire o direito de receber um jornal, uma obra, uma revista, ou de assistir a certo número de espetáculos, ou de viajar em trem etc. [...]”. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=assinatura>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

determiná-las:

Ao exigir o Código a assinatura de duas testemunhas, não significa que essas testemunhas tenham presenciado o negócio e nem mesmo que tenha assistido à confecção do documento. A exigência das duas testemunhas é tão somente para formalizar o documento e tornar a obrigação válida entre as partes, imprimindo ao título a presunção de traduzir a verdade dos fatos. Nesse sentido é de distinguir-se a testemunha do contrato, ou do negócio, daquela que apenas formalizou o escrito. O artigo 135 exige apenas duas que subscrevam o documento. Não exige que tais testemunhas saibam do negócio nas suas minúcias.¹⁹⁸

Ou seja: se a participação das testemunhas já não era, desde aquela época, uma questão de conteúdo, mas meramente de forma, não haveria sentido em se manter essa vetusta exigência nos dias atuais, quando o tráfego social – e a conseqüente necessidade de se agilizar as avenças, sem a perda de segurança jurídica – é exponencialmente maior que outrora.

Daí que se encontra realçada a importância dada à simples assinatura conferida pelo seu titular, que basta, por si só, para criar direitos e instituir obrigações¹⁹⁹.

Tamanha a sua importância que a falsidade de assinatura constitui crime, definido no Código Penal em seus artigos 297 e 298 (a depender se público ou particular o documento, respectivamente). Em ambos, o bem jurídico tutelado é a fé pública, tendo como sujeitos passivos, sempre mas não somente, o Estado e a coletividade. Trata-se de crime formal, cuja consumação ocorre com a simples falsificação ou adulteração, independentemente de qualquer resultado naturalístico posterior (ou seja: desinteressa, para fins de penalização, se o criminoso obteve a vantagem almejada com a falsificação).

3.2 – DOCUMENTO ELETRÔNICO

198 LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. **Código Civil: Comentários Didáticos**. São Paulo: Editora Atlas, 1981, p. 166-167.

199 Nada impede, entretanto, a existência de exigências específicas relacionadas à presença de duas testemunhas, seja para a existência do ato (a lavratura de testamento público, por exemplo, conforme determina o Código Civil, art. 1.864, inc. II), seja, mesmo, para a atribuição de alguma eficácia específica à manifestação de vontade (cite-se, como exemplo, a atribuição de eficácia executiva ao escrito particular que conte com a assinatura de duas testemunhas, prevista no Código de Processo Civil, art. 784, inc. III).

A palavra documento deriva do infinitivo latino “doceo”, que pode ser traduzido em saber, anunciar²⁰⁰. Em clássica definição, Moacyr Amaral Santos entende-o como uma “[...] coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo.”²⁰¹

Um documento não vale por si só; serve para demonstrar a existência de algo. E, dado o seu caráter instrumental, sempre necessitou de um arrimo que lhe conferisse materialidade: inicialmente a pedra; após, o pergaminho; um pouco atrás, o papel; e, doravante, crescentemente, o meio eletrônico. Miguel Rodriguez acentua:

En el mundo jurídico, con la utilización de los modernos medios técnicos, el Derecho adquirirá precisión y claridad, tanto en su comprensión como en su aplicación, y las nuevas tecnologías asociadas al ordenador cambiarán los métodos y estructura de pensamiento del jurista. Por ello, debemos adaptarnos a estos nuevos métodos de forma que retomemos los antiguos problemas bajo una óptica diferente y adecuemos nuestra actividad jurídica al desarrollo tecnológico.²⁰²

Logo, faz-se importante definir o que seja documento eletrônico, fixando-se, desde já, que sempre deve haver alguma segurança, em termos tecnológicos; bem como disponibilidade, para verificações posteriores. Segundo Marcacini:

O documento físico consiste em algum meio tangível, onde a informação está inscrita, normalmente o papel. É comum que instrumentos sejam feitos em um maior número de vias, distribuídas entre os signatários. Estes conceitos, de documento original, ou de vias de um mesmo documento, são inexistentes no meio eletrônico. O documento eletrônico é a sequência de bits e, onde quer que esteja gravado, em qualquer quantidade de cópias, mas desde que seja reproduzida exatamente a mesma sequência, teremos sempre o mesmo documento. Dado o fato de que o documento eletrônico pode ser copiado infinitas vezes,

200 Segundo Caio Mário a “[...] mais nobre das provas é a documental. Por via do escrito perpetua-se o ato, enunciando-se a declaração de vontade de modo a não depender sua reconstituição da falibilidade de fatores precários [...] o préstimo do documento vem de longe, e é em razão de sua maior valia que se presumem verdadeiras em relação aos signatários as declarações constantes de documentos assinados.” PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 593-594.

201 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 395.

202 RODRÍGUEZ, Miguel Ángel Davara. **Manual de Derecho Informático**. Barcelona: Aranzadi, 2001, p. 22.

mantendo-se exatamente igual à matriz, é impossível falar-se em original, em cópia, ou em número de vias do documento eletrônico. Toda cópia do documento eletrônico terá sempre as mesmas características do original e, por isso, deve ser assim considerada. É o caso até de dizermos que não existe um original e não existem cópias nem vias do documento eletrônico, enquanto ele for mantido nesta forma.²⁰³

Eletrônico é um gênero no qual digital é a sua espécie. Considerar-se-á como um suporte eletrônico tudo aquilo que possa ser interpretado por meio de um equipamento eletrônico; já digital é o documento eletrônico caracterizado em dígitos binários (as ondas são transformadas em linguagem específica dos computadores: sequência de 0 e 1) e acessado somente por um sistema computacional. Um filme, por exemplo, é um documento eletrônico, ao passo que um arquivo de *Word* é um documento digital.²⁰⁴

Diante do exposto, revela-se o caráter indireto da prova eletrônica: sempre se necessita de um suporte decodificador que permita a sua leitura, pois não passível de percepção sensorial imediata. Um livro eletrônico, por exemplo, apenas poderá ser lido mediante a utilização de um aparelho próprio (situação essa, por óbvio, que não ocorre com os livros físicos).

O silogismo agora ganha contornos mais claros: se apenas se assina um documento (apesar de a recíproca não ser verdadeira, ou seja, existem documentos que não são assináveis, tais como as fotografias impressas), e todo documento eletrônico²⁰⁵ é assinável (pois sempre convertido em uma base de dados), devem-se analisar quais são os requisitos necessários à conferência de validade à assinatura eletrônica.

3.2.1 – Assinatura Eletrônica

203 MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **O documento eletrônico como meio de prova.** Disponível em: <<http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

204 Disponível em: <<http://www.documentoseletronicos.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=10>>. Acesso em: 21 maio 2016.

205 Que deve ser compreendido como algo corpóreo (e não incorpóreo, como parece indicar o senso comum), pois “[...] não importa, como já se disse, que se trate de documento informático. Falar em corporalidade é falar na matéria em que e por meio da qual se representa um ato.” DIP, Ricardo. **Direito Administrativo Registral.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46.

A Uncitral (*United Nations Commission on International Trade Law*), órgão integrante da Organização das Nações Unidas – ONU, responsável pela uniformização das leis referentes ao comércio internacional, publicou, em 2001, uma lei modelo sobre as assinaturas eletrônicas,²⁰⁶ definindo-a, logo em seu preâmbulo, como:

“Electronic signature” means data in electronic form in, affixed to or logically associated with, a data message, which may be used to identify the signatory in relation to the data message and to indicate the signatory’s approval of the information contained in the data message; [...]

Vê-se seu caráter amplíssimo: um conjunto de dados, em formato eletrônico, associado a determinado titular²⁰⁷. Dessa forma, qualquer mecanismo utilizado para a identificação de um signatário e do conteúdo documental, como, por exemplo, a utilização de um simples *login* e senha, criptografia ou mesmo a identificação biométrica por meio da impressão digital, podem ser compreendidos como formas de assinatura eletrônica.

Cuide-se que a assinatura deve identificar o titular da mensagem, e não o aparelho utilizado para enviá-la ou recebê-la. Assim, a identificação do computador, que ocorre por meio dos endereços de IPs (*Internet Protocols*)²⁰⁸, não pode ser considerada como forma de autoria (nem, também, e por consequência, de assinatura), pois, exemplificativamente (e de maneira absurda, diga-se de passagem), no Brasil, ainda se permite o acesso simultâneo de até 132 pessoas em um mesmo endereço de IP²⁰⁹.

206 UNCITRAL. **Model Law on Electronics Signatures with Guide to Enactment**. 2001. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

207 Cujo conceito coincide com aquele fornecido pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, estabelecido no DOC ICP 15, item 4.2, *verbis*: “[...] o conjunto de dados sob forma eletrônica, ligados ou logicamente associados a outros dados eletrônicos, utilizado como método de comprovação da autoria.” Disponível em: <http://www.iti.gov.br/images/twiki/URL/pub/Certificacao/Doclcp/doc-icp-15_versao_3.0.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

208 Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (vulgarmente conhecida como Marco Civil da Internet), *verbis*: Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] II – terminal: o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet; III – endereço de protocolo de internet (endereço IP): o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;

209 Tal fato pode ocasionar diversos problemas, inclusive na seara criminal (devido ao aumento da cibercriminalidade), quando, por exemplo, se investiga determinado IP utilizado para o cometimento de crimes. Em tese, portanto, podem ser investigadas até 131 pessoas inocentes,

A assinatura eletrônica é um gênero²¹⁰, do qual deriva a digital, sua espécie. Logo, no presente trabalho, sempre que nos referirmos ao gênero, justamente para que consigamos caracterizá-las satisfatoriamente, entender-se-á excluída a assinatura digital²¹¹. Essa é oriunda única e exclusivamente dos certificados digitais ICP-Brasil, ao passo que outros certificados digitais garantem, quando muito, apenas assinaturas eletrônicas, que ficam a depender, ainda, de outras circunstâncias.

Podem ser ressaltadas três principais diferenças entre o gênero e a sua espécie: a) a assinatura eletrônica se contenta com qualquer forma de integridade documental (ou mesmo nenhuma), conquanto na digital exige-se a utilização de criptografia assimétrica (operação matemática que utiliza um par de chaves criptográficas e permite que se saibam a origem e a integridade do documento); b) apenas a assinatura digital se exige a identificação presencial do usuário como forma de autenticidade; c) consequência das duas características anteriores, a validade da assinatura digital deriva diretamente da lei.

Juridicamente, validade significa a entrada do fato no mundo jurídico sem vícios que possam gerar a sua desconstituição²¹². No direito brasileiro, tirante as exceções que elevam a forma do ato para efeito de prova ou mesmo para fins de solenidade (quando a sua inobservância acarretará a nulidade), a

situação essa que perdurará até a completa substituição dos antigos IPv4 pelos modernos IPv6, que identificam univocamente o computador. Veja-se que nessa hipótese de univocidade, não se garantirá, em princípio, a assinatura eletrônica, pois nada impede que aquele terminal tenha sido utilizado, fraudulentamente, por um terceiro. O Marco Civil, acima transcrito, no art. 5º, inc. VI, apenas exige que o provedor efetue o registro da data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados.

210 “[...] sob a denominação de assinatura eletrônica inclui-se um sem número de métodos de comprovação de autoria empregados em meio virtual. A assinatura digital, desta feita, consiste em espécie do gênero assinatura eletrônica, e representa um dos meios de associação do indivíduo a uma declaração de vontade veiculada eletronicamente dentre os diversos existentes.” MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2005, p. 42.

211 DOC ICP 15, item 4.1, *verbis*: Assinatura Digital ICP-Brasil é a assinatura eletrônica que: a) esteja associada inequivocamente a um par de chaves criptográficas que permita identificar o signatário; b) seja produzida por dispositivo seguro de criação de assinatura; c) esteja vinculada ao documento eletrônico a que diz respeito, de tal modo que qualquer alteração subsequente neste seja plenamente detectável; e d) esteja baseada em um certificado ICP-Brasil, válido à época da sua aposição. Disponível em: <http://www.iti.gov.br/images/twiki/URL/pub/Certificacao/Doclcp/doc-icp-15_versao_3.0.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

212 Segundo Bernardes de Mello o “[...] plano da validade, portanto, se refere à parte do mundo jurídico em que se apura a existência ou a inexistência de défice nos elementos nucleares do suporte fático dos atos jurídicos que influem na sua perfeição.” (MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2).

regra vigente é o princípio da liberdade das formas, nos termos expressos do Código Civil, art. 107: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

Se a forma, em regra, é livre, nada impede que a assinatura eletrônica também o seja. Trocando em miúdos: uma parte pode perfeitamente aceitar a manifestação da outra ainda que efetuada sem qualquer formalidade legal, o que nada mais significa senão a incidência da autonomia privada no mundo digital. Nos dias atuais, nada mais informal e nada mais comum. Não seria, assim, correto compreender desde logo essas manifestações de vontade como inválidas ante a ausência da utilização do certificado digital ICP-Brasil, por exemplo.

No direito brasileiro, o princípio da liberdade das formas possui uma específica previsão, no tocante às assinaturas eletrônicas, constante na própria Medida Provisória 2.200-2/01 (a partir de sua segunda edição), nos seguintes termos:

Art. 10.

[...]

§ 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

A norma é clara: desde que admitido pelas partes, qualquer meio de comprovação de autoria e integridade (leia-se: assinatura eletrônica) é válido. Assim, se é certo que a utilização do certificado ICP-Brasil confere validade jurídica à manifestação eletrônica, não menos correto é se chegar à conclusão de que a validade não se encontra adstrita à utilização dos certificados digitais. São tais como dois círculos concêntricos, nos quais a validade é o de maior amplitude (pois a simples concordância das partes pode alcançá-la). Em interessante abordagem, Menke comenta o aludido dispositivo:

Além da liberdade conferida às partes, o § 2º do art. 10 da MP 2.200-2 também pode ser encarado a partir de outra perspectiva: a de uma abertura de espaço ao princípio da neutralidade tecnológica. A expressão “utilização de outro meio de

comprovação de autoria e integridade, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil” denota a intenção de não restringir os métodos de comprovação de autoria que podem ser admitidos como meio de prova. Todavia, a desvantagem da utilização de meios como senhas, assinaturas digitalizadas e dados biométricos é que não terão status jurídico diferenciado *ex ante*, em que pese possam perfeitamente ser aceitos como meio de prova.²¹³

Diante de suas características, as assinaturas eletrônicas apenas cuidam de interesses meramente privados (interpartes), e não públicos, como o certificado ICP-Brasil o faz. Um documento público, em geral destinado a produzir efeitos em qualquer lugar do Brasil, não poderia, nunca, se valer de outras formas de assinatura que não a digital.

Tomemos, como exemplo, talvez o mais importante de todos, uma certidão de nascimento. Acaso se adote a sua forma eletrônica, existem duas alternativas para se conferir validade jurídica, nos termos da Medida Provisória 2.200-2/01: a) a assinatura do documento, pelo seu responsável legal (no caso, o registrador civil de pessoas naturais), com certificado ICP-Brasil; b) a solicitação de aquiescência de todos aqueles que deverão observância, isto é, toda a população brasileira, além das pessoas jurídicas de direito público interno e externo²¹⁴.

Dessa forma, não há sombra de dúvida acerca do modelo que os documentos públicos devem adotar, até mesmo por imposição constitucional, que veda, em seu art. 19, inc. II, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a recusa de fé aos documentos públicos. Ora, só se pode reconhecer fé naquilo que possua segurança (ao contrário do que ocorre com os documentos privados, nos quais a autonomia da vontade decide o que melhor aprouver aos partícipes da avença).

213 MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2005, p. 145.

214 Justamente por isso padece de certa impropriedade técnica a previsão contida no art. 13 do Provimento CNJ nº 13, de 3/9/2010, que dispõe sobre a emissão da certidão de nascimento. Isso porque determina que a referida certidão “[...] conterà a identificação da respectiva assinatura eletrônica [...]”. O correto, assim, seria assinatura digital, não apenas por tudo o que aqui exposto, mas, principalmente, porque o próprio Provimento é expresso em exigir a assinatura digital ICP-Brasil para a comunicação eletrônica de dados (art. 1º, § 3º). De qualquer forma, não se pode falar que a previsão encontra-se peremptoriamente equivocada, pois se referiu ao gênero, que abrange, por consequência, a sua espécie.

Em linha conclusiva: no direito brasileiro, no que toca aos documentos privados, a informalidade não é sinônima de invalidade, mas apenas a certificação digital ICP-Brasil conferirá segurança jurídica satisfatória às manifestações de vontade emitidas em meio eletrônico, pois a sua validade advém diretamente do ordenamento jurídico.

3.2.1.1 – Assinatura Eletrônica Mediante Simples Acordo de Vontades

A assinatura eletrônica admite inclusive a ausência de qualquer forma automatizada de identificação do titular ou mesmo da integridade do documento, bastando, para tanto, que haja a expressa aquiescência de todos aqueles que sofrerão os efeitos do referido documento e a lei não exija forma especial para a prática do ato²¹⁵.

Tal ocorre, por exemplo, com o envio de um e-mail no qual duas pessoas concordem em efetuar um contrato (v.g., um empréstimo de dinheiro, denominado tecnicamente de mútuo). Caso não haja o pagamento por qualquer motivo, mas ambas as partes sejam concordes quanto ao seu conteúdo e autoria, a assinatura, apesar de inexistente, será considerada como implícita, pois, repise-se: a autoria e o conteúdo são incontestes²¹⁶. É dizer: o contrato vale por si só, e, caso não haja o seu pagamento, poderá ser utilizado judicialmente como meio de prova²¹⁷.

215 “Em muitos atos, a forma é essencial, como sucede com o casamento, que há de ser realizado com estrita observância de todo o formalismo prescrito na lei; é o que acontece ainda com o testamento, assim, como com a transmissão de direitos reais sobre imóveis, de valor superior ao legal, que exige escritura pública. Nulo o ato efetuado sem observância da forma prescrita em lei, ou em que for preterida solenidade que a lei considere essencial para sua validade (art. 166, n. IV e V).” MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 233-234.

216 Discordo, portanto, da posição de Marcacini, para quem: “[...] Concluo, pois, que sem o uso de assinatura criptográfica, nenhum valor probante têm os registros dos e-mails enviados ou recebidos arquivados no computador do usuário.” MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **O documento eletrônico como meio de prova**. Disponível em: <<http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>>. Acesso em: 12 maio 2016. Ora, a criptografia é sim importante para se garantir a validade *ex lege* do documento, tal qual feito pela ICP-Brasil. Porém, se inexistente discordância quanto ao conteúdo bem como à autoria do documento, entende-se que esse pode, perfeitamente, ser utilizado como meio de prova.

217 O próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ já admitiu, expressamente, a utilização de e-mail (sem assinatura digital) como documento idôneo à impetração de Mandado de Segurança: “[...] 2. O ato coator é consubstanciado na exclusão do recorrente do concurso público por não comprovação de requisito constante do edital, sendo certo que essa exclusão está devidamente

Porém, se não houver concordância apenas quanto ao conteúdo do contrato, mas o declaratório aceite-o quanto à sua existência (no exemplo acima dado, a discussão resida apenas em se saber se o devido eram R\$ 200 ou R\$ 300), insta observar que o Código Civil equipara ao erro a transmissão errônea da vontade por meios interpostos (nos quais a internet é um exemplo). *Verbis*: “Art. 141. A transmissão errônea da vontade por meios interpostos é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração direta.”

Logo, se a transmissão eletrônica de vontade chegou “truncada” ou mesmo equivocada ao seu destinatário, o negócio então engendrado, que juridicamente é existente (pois as partes concordam quanto ao ponto), poderá ser anulado, judicialmente, por erro, comprovando-se que não foi aquela a sua vontade expressada no negócio jurídico.

3.2.1.2 – Assinatura Eletrônica sem Acordo de Vontades

Deve-se ir além. Vimos que as assinaturas eletrônicas possuem validade, desde que cumpridos dois requisitos cumulativos: a) a lei não exija alguma solenidade específica; b) as partes concordem quanto à autoria e a integridade (isto é, seu conteúdo) documentais (com a ressalva de que a discordância quanto ao conteúdo, por si só, não impede a utilização do documento eletrônico, pois pode ser equiparada ao erro).

Significa, então, dizer que o documento eletrônico, que não possua a concordância expressa de ambos os contratantes, não possa ser utilizado como meio de prova em um processo judicial? Ou, em outros termos: caso alguma das partes não seja concorde quanto ao seu conteúdo (ou mesmo quanto a sua existência), o mesmo não poderá ser judicialmente utilizado no processo?

A resposta é que a sua utilização, por mais destoante que possa parecer com o que até aqui foi defendido, é plenamente possível, podendo ser reconhecida nesse mesmo documento a assinatura daquele que não a

comprovada através de comunicação eletrônica (e-mail) recebida, pelo recorrente, em sua caixa de correio eletrônico. Deveras, esse documento tem a propriedade de comprovar o ato coator e as consequências que dele derivam, o que torna despicienda a juntada do edital. Logo, ressoa inequívoco que o *writ of mandamus* está guarnecido de prova pré-constituída.” STJ, RMS nº 29.073/AC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 28/6/2010.

reconhece. E isso porque haverá a substituição da vontade negada por uma declaração judicial. O Código de Processo Civil, art. art. 369, determina que²¹⁸:

As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Tal disposição é complementada por outra, contida no art. 373, inc. I, do mesmo diploma, que determina caber ao autor o ônus (isto é, o dever) de provar os fatos constitutivos de seu direito²¹⁹. Sendo assim, caso o autor consiga judicialmente provar a existência do contrato (por meio de uma perícia, por exemplo), ele poderá perfeitamente ser utilizado como meio de prova, ainda que o réu, na ação, negue peremptoriamente a sua existência.

A diferença é evidente: se as partes concordam com a existência e a integridade documental, essa primeira etapa, de prova do contrato, restará dispensada ao autor. Caso, porém, o réu negue a existência do contrato, o autor da demanda deverá, além de demonstrar a sua existência, demonstrar, também, o descumprimento contratual (e que justificou, ao fim, a busca pela tutela judicial). Certamente alguns exemplos clarificarão a questão:

a) A e B firmam um contrato, por simples troca de e-mails, para a entrega de 1 (uma) saca mensal de arroz, pelo período de 1 ano, mediante o adiantamento do total do valor pelo credor A. Vê-se, desde logo, que se trata de um contrato comum, obedecendo ao princípio geral de liberdade das formas. O contrato corre bem até o terceiro mês, quando o devedor das sacas (B) passa a não

218 Nesse mesmo sentido, há, ainda o art. 225 do Código Civil, assim exposto: “As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão”. Isso porque, segundo a doutrina, “A evolução tecnológica tende a aprimorar e a criar novos suportes, ampliando significativamente a extensão e aplicabilidade desse meio de prova e inviabilizando o trato legal completo da figura. Por isso se fala em prova documental típica – representada pelas provas documentais clássicas (instrumento público, escritura, declarações particulares) – e atípicas – que reúnem todas as demais provas documentais, não expressamente tratadas em lei e, geralmente, oriundas do crescente aprimoramento das técnicas de registro de ideias. Assim, o trato da prova documental é, e deve sempre ser, aberto, sempre receptivo aos novos veículos de representação de ideias (ou de vontades).” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. São Paulo: RT, 2010, p. 347.

219 No mesmo sentido, o Regulamento (UE) nº 910/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, que determina, no art. 13, parágrafo 1º, que o ônus da prova da intenção ou negligência de um prestador não qualificado de serviços de confiança recai sobre a pessoa singular ou coletiva que intente a ação de indenização pelos danos referidos no n. 1.

mais entregá-las. Resta, ao credor A, ajuizar demanda judicial solicitando que o contrato seja integralmente cumprido (existem outras alternativas jurídicas, que não interessam à presente análise). No exemplo, portanto, A será o autor da ação. Caso o devedor B concorde com a existência do contrato, porém, alegue que não mais o cumpriu pela ocorrência de um evento imprevisível (uma geada, por exemplo), claro que o credor não deverá provar que o contrato existe: as partes concordam quanto ao assunto, e o processo passa a se desenrolar agora com questões externas ao documento eletrônico, referentes ao inadimplemento contratual (tais como: houve realmente geada? a geada era previsível?). Porém, o que é mais comum (e, infelizmente, mais provável) será o devedor negar que firmou esse contrato, que nunca tomou conhecimento do e-mail, haja vista terem criado uma conta em seu nome (autenticidade), ou mesmo que houve uma alteração no conteúdo contratual (integridade), pois o contrato originário apenas previa a entrega de três sacas, de modo que o credor o teria alterado maliciosamente e o contrato encontrar-se-ia completamente cumprido. Nesse caso, mediante a simples negativa do devedor, que nada precisará provar para tanto, o trabalho do credor será duplo, pois deverá provar que: a) primeiro, o contrato existe; b) segundo, o devedor descumpriu-o nos exatos termos em que alegado;

b) determinada pessoa anuncia, em sua rede social, certa contraprestação pecuniária pelo encontro de seu animal de estimação desaparecido. Tecnicamente, houve um negócio jurídico unilateral de promessa de recompensa (Código Civil, art. 854) diante da possível descoberta de bem móvel perdido (Código Civil, art. 1233). Após encontrado o animal, e procurado seu dono para que se efetivamente pague a recompensa anunciada, pode, por acaso, o promitente se recusar a pagar o devido sob a alegação de que o ato não foi por ele assinado, pois meramente manifestado em meio eletrônico? Ou seja: que criaram uma conta em seu nome, com suas fotos, e que o anúncio feito é indevido, pois nunca viu aquele animal? Sim, é possível. Nesse caso, o autor da demanda será o promissário, ou seja, aquele que encontrou o animal, que deverá provar a existência da promessa bem como que aquele que a prometeu acabou por não cumpri-la (ou seja, uma pletera de situações que chegam, mesmo, a inviabilizar financeiramente essa eventual demanda). Claro que, se o promitente não tivesse agido de má-fé, o ato produziria normalmente seus efeitos, constituindo-se como mais um exemplo de ato regido pelo princípio geral de liberdade das formas.

O que releva notar é a verdadeira escalada da dificuldade em se provar determinado fato (e, por conseguinte, em se lograr êxito em eventual processo judicial): se as partes concordam sobre o documento eletrônico, haverá muito menos perda de tempo e dinheiro em produção probatória do que se há uma discordância referente à autenticidade ou integridade documentais. Mas, seja

negando, seja aquiescendo, haverá sim a possibilidade de se valer judicialmente desse documento, que foi, ainda que negado por um de seus possíveis autores, assinado eletronicamente.

Adiantando-se, desde logo, um assunto que será mais bem evidenciado linhas à frente, caso fosse utilizada a certificação digital nesses exemplos, a presunção relativa de veracidade gerada pela sua utilização teria o condão de inverter o ônus probatório: o devedor das sacas de arroz e o promitente da promessa de recompensa até poderiam negar a validade de suas manifestações de vontade, mas teriam que provar, para tanto, tal fato (de modo que as suas simples negativas, tais quais feitas nos exemplos dados, não inverteriam, por si só, o dever de provar a autoria das manifestações de vontade), sob pena de não obter êxito na demanda e arcar, ao final, com todos os ônus sucumbenciais (algo que tecnicamente se denomina de não repúdio²²⁰).

3.2.1.3 – *Login* e Senha

Diante de todo o exposto, enfim, não seria muito mais simples o ordenamento jurídico brasileiro ter conferido validade jurídica à utilização do *login* e senha, tão difundido entre nós? Não seria muito menos oneroso, tanto para o governo brasileiro (que necessita manter uma Autarquia específica para tal finalidade), quanto para os usuários (que necessitam, de tempos em tempos, pagar pelos certificados)?

A resposta é negativa. Ao tratar de tecnologia, o direito não pode dotar de validade jurídica algo que não possua, intrínseca e tecnologicamente, segurança. Revela-se, assim, a interdisciplinariedade do direito da certificação digital²²¹, inserido em um campo mais amplo, o direito da informática. Não à toa,

220 Expressão equívoca, pois, conforme visto, existe sim a possibilidade de repúdio, devendo-se apenas verificar a quem compete o dever de provar eventual falsidade de autoria ou integridade. Inobstante a consagração do termo em textos técnicos, e mesmo no artigo 195 do novo Código de Processo Civil, preferimos a utilização da expressão “presunção legal”, mais adequada às finalidades jurídicas das assinaturas digitais. Enfim, o não repúdio, ou a presunção legal, não são características do documento eletrônico, tais quais a autenticidade e a integridade; são, isso sim, uma consequência direta dessas características.

221 E, na verdade, tal não é uma característica específica do direito informático, mas sim de uma nova consciência que permeia o ordenamento jurídico: “[...] no mundo contemporâneo os setores do conhecimento e da organização social são cada vez mais especializados e interdependentes

a doutrina abalizada define esse direito como um “*droit carrefour*”, um direito de encruzilhada:

[...] Por outro lado, certos institutos e princípios jurídicos tradicionais revelam-se incapazes, como já se aflorou, para abarcar algumas novas consequências daquela penetração horizontal da informática, sob pena de desfiguração desses institutos. Nessa medida, vai nascendo um conjunto de regras “*sui generis*”, ainda que por vezes não façam mais do que se adaptar a regulamentação que decorre de princípios vigentes de longa data. Se existe ou não um corpo autônomo de regras jurídicas como base do Direito da Informática pode ainda ser duvidoso. Do que não pode duvidar-se é de que existe já “um direito aplicado à informática”, cuja extensão as compilações documentam. Na sugestiva expressão de J. HUET e H. MAISL trata-se de um ‘*droit carrefour*’ um *direito de encruzilhada*, destinado a enquadrar os tratamentos automatizados da informação e necessariamente também ligado às regras aplicáveis às novas técnicas de comunicação. O que está a suceder com a difusão das redes pelas quais circula a informação não poderá ser matéria indiferente ao direito da informática.²²²

Nesses termos, cumpre salientar que *login* e senha é um sistema falho por natureza, porque traz a ideia do segredo compartilhado: a senha, teoricamente sigilosa, é armazenada em um servidor do depositário – dessa forma, não apenas o seu proprietário a conhece – e, também, quando se faz a autenticação, via de regra a referida senha trafega abertamente na rede, estando suscetível a violações ou cópias mal-intencionadas. Ora, nada mais frágil sob a ótica da segurança da informação.

Ainda que se exija alguma senha mais rebuscada, tais como a utilização de letras e números (tecnicamente denominada de alfanumérica), a adoção da tecla *Caps Lock*, etc., o *login* não perderá a sua natureza de mera assinatura eletrônica.

Significa dizer, conforme visto nos exemplos acima citados, que basta a negativa de quem a utiliza para carrear o ônus da prova à outra parte (que será a

uns dos outros. A crescente especialização leva, paradoxalmente, à busca do auxílio de outras áreas do conhecimento para que o saber especializado não fique isolado, sem importância e função prática.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 123.

222 MARQUES, J. A. Garcia; MARTINS, A. G. Lourenço. **Direito da Informática**. Coimbra: Almedina/Instituto Jurídico da Comunicação, 2000, p. 65.

autora do processo judicial). Justamente por isso, nos furtos eletrônicos ocorridos em contas bancárias, os bancos pagam desde logo os prejuízos sofridos com a transação fraudulenta, pois sabem que, em um eventual litígio judicial, terão a incumbência de demonstrar que não foi o titular da conta-corrente quem a movimentou²²³, fato esse que, de tão difícil ser provado, chega a ser enquadrado juridicamente sob um nome sugestivo: *probatio diabolica*.

Entende-se como adequada a sua utilização apenas para fins de autenticação, isto é, para o (simples) acesso a sistemas informacionais com alguma espécie de proteção (tais como verificar a conta bancária). Para a promoção de manifestações seguras, exige-se muito mais: a garantia de autenticidade e integridade documentais, requisitos não alcançáveis mediante simples autenticação eletrônica.

Logo, no exemplo citado, para se ordenar determinado pagamento, por exemplo, após efetuado o *login* na conta, dever-se-ia assinar digitalmente a ordem. Já o inverso, ou seja, se a autenticação ocorreu mediante a utilização de certificados digitais, a assinatura, em si, do documento, torna-se despicinda, (inobstante agregar uma maior segurança ao processo, diante da já identificação, no sistema, daquele que irá protocolar o documento).

3.2.1.4 – Atos Processuais

Em aparente contradição com o posicionamento esposado no tópico acima, a Lei nº 11.419/06 (Lei do Processo Eletrônico), no inc. III do seu artigo 1º, faculta, ao Poder Judiciário, a escolha entre duas formas de assinatura eletrônica: a assinatura digital ICP-Brasil e o cadastro do usuário perante o Poder Judiciário. A questão é bastante específica: nessa referida lei existe a expressa previsão de utilização do *login* e senha, ou, nos termos eufemísticos utilizados, cadastro perante o Poder Judiciário (que apenas ocorrerá mediante o comparecimento presencial do usuário).

A especificidade é justamente a maior prova de sua falibilidade: a referida lei inova no direito brasileiro ao exigir que a utilização do *login* e senha

223 E não o titular que deverá provar que não a movimentou. Apesar da aparente sinonímia entre as frases, possuem significados diametralmente opostos.

seja antecedida pela identificação presencial do usuário (importando essa ideia diretamente da certificação digital). Esquece, porém, que de nada adianta identificar-se presencialmente se inexistem garantias tecnológicas de que o documento será autêntico e manter-se-á íntegro entre o emissor e o receptor.

A título exemplificativo, o certificado digital ICP-Brasil pressupõe a utilização de criptografia assimétrica (chaves públicas), que significa a manipulação de duas chaves: a privada, que é de posse exclusiva – repise-se: exclusiva, do titular (o documento a ser assinado é que vai ao encontro da chave – e não o inverso, vez que a chave fica armazenada) e a pública, essa sim, que trafega e é de conhecimento geral.

Ademais, um ponto pragmático: o Judiciário deve desempenhar as relevantes tarefas que lhe são constitucionalmente atribuídas, e das quais já se encontra bastante assoberbado, não havendo motivos para se ocupar com identificações presenciais se já existe um aparato administrativo (ou seja, a ICP-Brasil) que cuida justamente do assunto.

Se, do ponto de vista histórico, havia sim motivos para a previsão do cadastro perante o Poder Judiciário, mormente no que tange à facilitação de acesso ao Judiciário pelos advogados (é inegavelmente um sistema mais simples de ser utilizado que a certificação digital), passados dez anos da publicação da lei inexistem motivos para que se permita a utilização de assinaturas eletrônicas não confiáveis, até mesmo pela natureza do objeto: o processo é um instrumento de atuação estatal, que necessita, por isso mesmo, de segurança ontológica em seus procedimentos.

A própria realidade já impôs a quase revogação da referida previsão: tanto o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio da Resolução nº 185, de 18/12/2013, que instituiu o PJE – Processo Judicial Eletrônico, quanto o Supremo Tribunal Federal – STF, por meio da Resolução nº 427, de 20/04/2010 e o Superior Tribunal de Justiça – STJ, via Resolução nº 10, de 06/10/2015, adotaram os certificados digitais ICP-Brasil como a única forma de assinatura em seus processos, sejam originários ou em grau recursal.

Portanto, quanto à utilização dos certificados digitais para a assinatura do peticionamento eletrônico, a questão parece estar sedimentada. Existe,

porém, uma situação híbrida, na qual o acesso ao protocolo virtual é efetuado por meio de um certificado digital, mas, no corpo da petição, consta o simples nome (ou mesmo a assinatura digitalizada) de outro advogado.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça possuía entendimento de que, em situações como a narrada, a petição deveria ser considerada inexistente, diante do possível descumprimento da forma de assinatura eletrônica trazida na Lei nº 11.419/06: “[...] residem dúvidas quanto ao signatário do documento, não merecendo este a chancela de ser elevado a condição de original.” (AgRg no Ag 1246828DPI, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJRS), Terceira Turma, julgado em 19/10/2010, DJe 03/12/2010).

Bom, a dificuldade em compreender esse posicionamento residia no fato de o Tribunal deliberadamente conferir validade jurídica à simples indicação de um nome na petição que adentra em seu protocolo. Mas não apenas, pois justamente essa pseudo-validade possuiria o condão de desconstituir uma outra validade, essa íntegra, agora advinda da certificação digital, conferida por lei e regulamentos pertinentes (Lei 11.419/2006, Resolução STJ 1/10 e, acrescento eu, a MP 2.200-2/01).

A validade da manifestação de vontade advém não de simples indicação do nome da pessoa, cuja assinatura é colocada logo acima, mas apenas da assinatura digital ou manuscrita (em documentos eletrônicos ou físicos, respectivamente) independentemente da existência, ou não, de um nome por extenso abaixo.

Tanto assim o é que se o recurso eletrônico, assinado digitalmente, não tiver nenhuma menção do nome do advogado no seu corpo, não será considerado apócrifo, justamente porque a presunção de autenticidade advirá da utilização da certificação digital. Nesse mesmo exemplo, a mera indicação do nome de outro advogado, sem a sua assinatura, não trará ao documento a presunção de autoria daquele que não o assinou. Em conclusão, não há motivo para considerar o recurso inexistente, haja vista a presunção advinda da utilização da certificação digital.

Diante dessa perplexidade, em 2011 publiquei um artigo²²⁴, cujo excerto segue abaixo:

Em outras palavras, significa dizer que qualquer indicação acerca do nome do advogado deve ser desconsiderada, seja ela correta, errônea ou mesmo inexistente, vez que não possui validade jurídica alguma, haja vista o Código Civil ter consignado a necessária assinatura, e não a simples aposição do nome no documento, para eficacizar a manifestação de vontade. E, em meio virtual, a assinatura eletrônica é a única forma segura, com respaldo normativo, para conferir autenticidade e integridade ao documento digital. Eventual colidência entre o titular do certificado e a pessoa indicada no ato processual não gera qualquer dúvida em relação ao signatário do documento, pois se considera unicamente aquele que tenha o certificado emitido em seu nome, conforme expressa previsão trazida pela MP 2.200-2, art. 1º, quando instituiu a ICP-Brasil para garantir a autenticidade, integridade e validade jurídica dos documentos emitidos em forma originariamente eletrônica. Logo, justamente pelo protocolo virtual necessitar de instrumentos virtuais (permitam-me a redundância) para conferir segurança à informação prestada, apenas a forma de assinatura prevista na lei do processo judicial eletrônico deve ser considerada para a correta identificação do seu titular. E a referida lei, diga-se de passagem, não faz qualquer menção a uma possível análise do corpo da petição para que a autoria do documento seja atestada. Desde Francisco Cavalcanti a validade é restrita ao momento de produção do ato jurídico (Tratado de Direito Privado, Tomo IV, p. 16), produção essa que, sob o ponto de vista processual, é o momento em que a petição adentra na Secretaria do Tribunal, ainda que virtual. Esse é o marco considerado para a análise da tempestividade recursal, devendo, por conseguinte, ser também o prestigiado para a identificação do titular da petição. Assim, por tudo o que até aqui foi dito, se o titular do certificado é aquele que se reputa o autor intelectual da peça protocolizada, é ele quem deve possuir procuração ad judicium (voluntária ou legal) em seu nome, sob pena de incidir a previsão contida na súmula STJ 115: Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos." [...] Portanto, sugere-se, humildemente, a completa superação (overruling) do entendimento então existente no STJ, de modo que a análise da eficácia do recurso seja feita apenas por aqueles que possuem validade jurídica em sua manifestação, mormente no que se refere aos detentores de certificados digitais ICP-Brasil.

Foi de grande satisfação quando, em 2015, efetuou-se a consolidação

224 GARCIA, André Pinto. **A eficácia da assinatura digital perante o Tribunal Cidadão: apontamentos necessários.** Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/3134561/artigo-a-eficacia-da-assinatura-digital-perante-o-tribunal-cidadao-apontamentos-necessarios-por-andre-pinto-garcia>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

da mudança de entendimento do Tribunal, que pode ser ilustrada pelas duas ementas a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PROTOCOLO E ASSINATURA DO RECURSO POR MEIO ELETRÔNICO. ADVOGADO TITULAR DO CERTIFICADO DIGITAL QUE NÃO POSSUI PROCURAÇÃO NOS AUTOS. RECURSO INEXISTENTE. SUM. 115/STJ.

1. A utilização do meio eletrônico de peticionamento exige a observância das regras próprias previstas na Lei 11.419/2006, em especial, para a hipótese sob análise, o disposto no art. 2º, inc. III, alínea “a”, segundo o qual, a assinatura eletrônica, baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, considera-se “forma de identificação inequívoca do signatário”.

2. A opção pela utilização do meio eletrônico de peticionamento implica na vinculação do advogado titular do certificado digital ao documento chancelado, considerando-se-o, para todos os efeitos, o subscritor da peça. Precedentes.

3. Não tem valor eventual assinatura digitalizada, de outro advogado, que venha constar da peça encaminhada e assinada eletronicamente, mesmo que este possua procuração, dada a impossibilidade de aferição de sua autenticidade e também porque essa modalidade de assinatura – de fácil reprodução por qualquer pessoa no âmbito digital – não possui qualquer regulamentação legal.

4. Na hipótese, considerando que o advogado que assinou eletronicamente os agravos regimentais não possui procuração nos autos, tem-se por inexistente ambos os recursos, ex vi do enunciado nº 115 da Súmula/STJ.

Agravos regimentais não conhecidos.

(AgRg na APn 675/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/12/2014, DJe 12/12/2014)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ORDINÁRIO. ADVOGADO QUE ASSINA DE FORMA DIGITAL A PETIÇÃO RECURSAL. PROCURADOR FEDERAL. VEDAÇÃO PARA ATUAR NO FEITO POR IMPEDIMENTO (LEI 8.906/94) E PROIBIÇÃO (MP 2.229-43/2001). NÃO CONHECIMENTO.

1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que concedeu liminar para atribuir efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto contra sentença que determinou a ilegalidade de pagamento de verbas previstas na Lei n. 9.292/96.

2. O agravo regimental foi assinado digitalmente (fls. 471-484) por advogado diverso do que o firma de modo mecânico; todavia, a jurisprudência do STJ é clara ao afirmar que “(...) a opção pela utilização do meio eletrônico de peticionamento implica na

vinculação do advogado titular do certificado digital ao documento chancelado, considerando-se-o, para todos os efeitos, o subscritor da peça (...)" (AgRg na APn 675/GO, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Corte Especial, DJe 12.12.2014).

3. O subscritor da peça recursal não pode atuar no presente feito em razão da sua condição funcional de procurador federal, vinculado à Procuradoria-Geral Federal, criada pela Lei 10.480/2002; portanto, possui impedimento para advogar contra a fazenda pública que o remunera (art. 30, I da Lei n. 8.906/94) e possui proibição expressa para atuar na advocacia fora das suas atribuições institucionais (art. 38, § 1º, I da Medida Provisória 2.229/2001).

Agravo regimental não conhecido.

(AgRg na MC 24.662/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015)

A felicidade diante do atual posicionamento advém de ter sido adotado o correto sob o ponto de vista técnico, motivo por si só mais que bastante para saudá-la.

3.2.1.5 – Conclusão Parcial

Conforme vimos no início do capítulo, a assinatura eletrônica pode ser compreendida como um conjunto de dados eletrônicos associados a determinada pessoa. E essa associação pode advir de algum mecanismo automatizado (tal qual o *login* e senha), da simples vontade das partes ou mesmo de uma declaração judicial que substitua um eventual reconhecimento negado.

Em quaisquer dessas formas, o ato de assinar, tecnicamente, sempre será implícito, uma vez que a sua validade (*rectius*: existência) dependerá da concordância de todos os contratantes. Claro, pois não será a simples aposição de um nome qualquer em determinado documento eletrônico (ou mesmo a utilização de algum certificado diferente do ICP-Brasil) que será considerada como uma assinatura, ato capaz de gerar direitos e obrigações para o seu titular.

A ausência de assinatura não significa, porém, uma aplicação do silêncio como produtor de efeitos jurídicos (admitido, expressamente, pelo Código Civil, art. 111); trata-se de uma forma de manifestação tácita de vontade, pois há a prática de atos próprios da qualidade de contratantes que confirmam as suas

vontades (adotando-se, por analogia, o exposto no mesmo Código, art. 1805).

E é justamente na liberdade franqueada à assinatura eletrônica que reside a sua maior fragilidade: ambos os contratantes passam a depender da vontade de ambos os contratantes (e aqui permitam a redundância proposital), tanto em relação ao conteúdo do documento assinado (implicitamente, de forma eletrônica), quanto, também, a sua autoria. E essa concordância, uma vez conferida, pode, ainda, ser impugnada judicialmente por aquele que a emitiu, sob a alegação, p. ex., de qualquer vício de consentimento (coação, erro), ou, mesmo, ser simplesmente negada.

Enfim, essa dependência em relação à aquiescência de outrem não ganha relevo quando se está no campo da realização voluntária do direito: sendo as partes concordes, qualquer forma de manifestação de vontade, se a lei não impuser diferentemente, é válida. E isso tanto no mundo físico quanto no eletrônico.

A dificuldade que surge é no momento do embate, situação na qual a tendência das pessoas (a maioria, infelizmente) é re-interpretar os fatos jurídicos a seu favor, ou, mesmo, maliciosamente, alterá-los de modo a serem favorecidas.

A saída, então, é garantir, legalmente, aquilo que se compactuou. Desse específico contexto trata a ICP-Brasil.

3.2.2 – Assinatura Digital

O ordenamento jurídico brasileiro posicionou a atividade regulatória do Estado no estabelecimento de um rígido controle sobre os prestadores de serviços de certificação. Em sistemas assim, tais prestadores encontram-se habilitados ao fornecimento de certificados digitais que possuam um maior poder probatório, de modo que as assinaturas digitais sejam equiparadas, em tudo, às manuscritas.

Desse modo, o benefício dado àquelas empresas que se credenciam e se submetem aos requisitos estabelecidos pelas normas não é orçamentário ou fiscal, mas essencialmente jurídico, de presunção de veracidade e validade do

documento assinado com seus certificados.

A certificação digital ICP-Brasil encontra-se baseada em um binômio (autenticidade e integridade) que permite atingir a sua finalidade maior, a sua entelêquia: a presunção legal de eficácia das manifestações eletrônicas, denominada, legalmente, de validade jurídica. Nesse sentido, a Medida Provisória 2.200-2/01:

Art. 1º Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Tecnicamente, cumpre salientar que a integridade do documento eletrônico é obtida mediante a utilização do sofisticado sistema de criptografia assimétrica, composto de um par de chaves criptográficas. Essas chaves são geradas pelo próprio adquirente do certificado digital, por meio de um programa de computador específico, ao se dirigir, presencialmente, a uma Autoridade de Registro (necessariamente vinculada a uma Autoridade Certificadora).

Essas duas chaves criptográficas²²⁵ são dois conjuntos distintos de “bits”, de números, que, aplicados sobre um arquivo eletrônico de dados, em momentos diferentes, permitem identificar a sua integridade, pois qualquer alteração subsequente nesse arquivo será verificada. Permitem, ademais, atestar a sua autenticidade, vale dizer, a sua vinculação unívoca ao respectivo autor (e, nesse ponto, entram em cena os certificados digitais).

Tal sistema admite a utilização de ilimitadas assinaturas dentro do prazo de validade do certificado, além de não serem necessárias tantas chaves quantos forem os destinatários do documento (a chave pública do titular é uma só; a sua chave privada, também), fatos esses que revelam a sua

225 “Criptografia, oriunda do grego *Kryptós lógos*”, significa “palavra escondida”, e pode ser definida como a ciência da transformação de dados de maneira a torná-los incompreensíveis sem o conhecimento apropriado para a sua tradução.” VOLPI, Marlon Marcelo. **Assinatura Digital**: aspectos técnicos, práticos e legais. Rio de Janeiro: Axcel Books, 2001, p. 6. Divide-se em dois tipos: a simétrica (ou convencional), na qual o meio para encriptar a mensagem é o mesmo para desencriptá-la, isto é, fazer o caminho reverso; bem como a criptografia assimétrica, também chamada de chave pública, na qual, a toda evidência, a chave de cifragem difere daquela que será utilizada no caminho reverso.

economicidade.

Operacionalmente, uma das chaves é a privada, ou de assinatura, por meio da qual o titular assinará o arquivo. Essa chave, via de regra, encontra-se localizada em um cartão criptográfico ou *token*. Inobstante a expressa determinação legal a respeito de seu “[...] exclusivo controle, uso e conhecimento”, consubstanciada na Medida Provisória 2.200-2, art. 6º, parágrafo único, atente-se, desde logo, que tal previsão encontra-se equivocada, pois ninguém efetivamente conhece a sua chave privada, que não passa, conforme visto, de um conjunto de números gerados no momento de sua aquisição. O que o usuário efetivamente conhece, por óbvio, é a senha de acesso à sua chave privada, tecnicamente denominada de PIN.

Nem mesmo a AR ou a AC que participaram da emissão do referido certificado conhecem-na, pois a chave privada é gerada por meio de um sistema computacional devidamente auditado que impede a sua visualização e o seu armazenamento. Logo, o titular, nos termos da Medida Provisória, possui o controle e uso exclusivo de sua chave privada, contida no cartão ou token.

Pois bem. A assinatura ocorre por meio de um programa de computador que encriptará o documento, mediante a utilização da chave privada. Vale dizer, o programa se utilizará dessa chave e do arquivo de dados que se deseja assinar para, por meio de um cálculo matemático, criar um arquivo de dados cifrado e, por conseguinte, ininteligível para qualquer um que busque lê-lo diretamente.

Veja-se, porém, que a assinatura digital não torna o documento eletrônico sigiloso, pois ele, em si, não é criptografado. O que é encriptado é o seu resumo, denominado, tecnicamente, de *hash*. Tal assim ocorre pois a criptografia assimétrica, utilizada na ICP-Brasil, por si só, é um processo bastante demorado, de modo que se adotam as referidas funções:

[...] para se chegar a um resultado reduzido (message digest). Assim, não importa o tamanho da mensagem original, o message digest terá sempre o mesmo tamanho. Isto acarreta um grande ganho no aspecto do envio da mensagem, reduzindo consideravelmente o seu tamanho. Um bom algoritmo hash possui duas propriedades muito importantes: os valores que são gerados são tão únicos e tão difíceis de serem duplicados, que nem mesmo alguém com um conjunto de supercomputadores e

alguns séculos para processar conseguiria encontrar dois conteúdos diferentes que produzissem o mesmo hash; ser realmente de sentido único, ou seja, não ter a menor possibilidade de se reconstruir a mensagem original a partir do código hash gerado (também conhecido como message digest).²²⁶

Eventual sigilo documental, acaso desejado, pode ser alcançado utilizando-se determinada espécie de certificado digital, denominada, não à toa, do tipo “S”, que varia do nº 1 ao 4, em ordem crescente de segurança. Tal forma, porém, é muito pouco utilizada, pois as aquisições de certificados digitais ocorrem, quase que invariavelmente, nos tipo do “A”, que vem a ser, justamente, certificado para assinatura²²⁷.

Enfim, voltando-se ao raciocínio, esse resumo, que foi assinado mediante a utilização da chave privada do titular, quando chegar ao seu destinatário, será descriptado (isto é, aberto) mediante a utilização da chave pública do mesmo titular. Ao contrário da chave privada, que é de controle exclusivo de seu proprietário, a chave pública é dada ao conhecimento de todos (porém, apenas possui funcionalidade quando associada univocamente à chave privada, de modo que o seu conhecimento por qualquer pessoa não traz nenhum ônus ao titular).

O programa de computador associará a chave pública do assinante ao arquivo cifrado, por meio de um cálculo matemático reverso, e, dessa forma, decifrará o arquivo de dados, que passará a ser legível. Assim, nenhuma outra chave pública, de quem quer que seja, permitirá que esse cálculo matemático reverso, efetuado no resumo do documento, se aperfeiçoe. Tal fato gera a certeza matemática de que o arquivo de dados assinado efetivamente partiu do titular da chave pública (que, por conseguinte, é o titular da chave privada).

Após a feitura desse procedimento, o sistema efetuará uma comparação entre o *hash* descriptado e o documento original que foi assinado (que também foi encaminhado ao destinatário). Logo, o destinatário de determinado

226 VOLPI, Marlon Marcelo. **Assinatura Digital**: aspectos técnicos, práticos e legais. Rio de Janeiro: Axcel Books, 2001, p. 22.

227 Acerca de uma visão abrangente das Políticas de Certificados na ICP-Brasil, consultar o DOC ICP 04, disponível em: <http://www.iti.gov.br/images/legislacao/Docicp/DOC-ICP-04_-_Versao_6.1.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

documento eletrônico assinado digitalmente receberá um pacote de dados, composto da função *hash* encriptada pela chave privada do assinante, do documento íntegro, cujo resumo foi assinado (veja-se, conforme dito linhas atrás, que é justamente por isso que ordinariamente a assinatura digital não torna o documento sigiloso), além do certificado digital do titular (ou seja: daquele que assinou)²²⁸.

E, justamente pela comparação efetuada entre o documento original recebido e aquele oriundo da descriptação do seu resumo, mediante a utilização da chave pública, é que se consegue verificar a autenticidade documental. Se houver qualquer alteração do documento (por menor que seja, um simples espaço, por exemplo) entre o emissor e o seu destinatário, a assinatura restará completamente inválida, não produzindo os efeitos legais dela esperados.

Existente, assim, uma imutabilidade lógica de seu conteúdo.

Nesse ponto da explanação, faz-se importante salientar que todo o processo de validação²²⁹ é efetuado de maneira automatizada, e não pelo destinatário, a quem apenas restará, por meio de programas específicos,

228 Atente-se que o documento em si, ordinariamente, não é sigiloso. Porém, a comunicação de dados é, por si só, sigilosa, nos termos constitucionais: CF/88, art. 5º, inc. XII: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados [...]. Desse modo, ainda que se trate de um documento público, a sua comunicação é protegida constitucionalmente, pondo o referido documento a salvo de interceptações de terceiros. A *ratio* normativa reside no fato de que no caminho percorrido entre o emissor e o destinatário, o documento não se encontra nem com um, nem outro, de modo que apenas esses, quando estiverem com a posse do documento, poderão facultar a visualização por quem quer que seja. Assim, caso ocorra um acesso indevido de terceiros, restará configurado um ilícito. Segundo a doutrina “[...] Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não está havendo quebra de sigilo. Mas, se alguém entra nesta transmissão como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados. A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação.” (Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 1, p. 77-82, 1992; e Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 88, p. 447, 1993). Apud: HC nº 91.867/PA. Rel. Min. Gilmar Mendes, D.J.U: 24.04.2012.

229 O Regulamento (UE) nº 910/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, define-a, no art. 3º, parágrafo 41, como: o processo pelo qual é verificada e confirmada a validade de uma assinatura ou selo eletrônico.

verificar a sua autenticidade²³⁰. O sistema, assim, analisará se o certificado utilizado para a assinatura estava válido (ou seja, não revogado); se foi emitido por um prestador de serviços devidamente credenciado pelo ITI e se a autenticidade dos dados não foi afetada.

Entretanto, a mensagem de assinatura inválida, emitida pelo sistema, não significa, inexoravelmente, a sua invalidade, devendo-se verificar o motivo pelo qual ocorreu: muitas vezes, pela simples não atualização da cadeia de certificação, situação na qual, apesar dessa específica manifestação do sistema, a assinatura estará plenamente regular e apta a produzir seus regulares efeitos.

A assinatura digital e criptografia assimétrica não possuem o mesmo significado. A primeira se vale da segunda para atingir seus objetivos, haja vista que, no envio do resumo do documento eletrônico assinado digitalmente, acompanha-o, também, a própria mensagem original, para que se permita a comparação entre o arquivo assinado (ou seja, a sua função *hash*), que será decodificado pela chave pública, e a mensagem original enviada²³¹.

Ademais, insta salientar que o termo “assinatura” não é utilizado de maneira uniforme. Algumas vezes denomina o processo inicial de cifragem da função *hash*, que ocorre mediante a utilização da chave privada do assinante; outras, para se referir ao processo de descriptação, com a chave pública do assinante, que apenas ocorre quando o documento já se encontra com o

230 Em frase atribuída a Thomas Edison, questionado sobre a definição de sua maior invenção, consta que respondeu: eletricidade não se explica, eletricidade se usa (!). Mais ou menos o que ocorre com a certificação digital diante dos olhos do leigo, ou seja, de nós, juristas, frente às especificidades técnicas verificadas para que a assinatura digital ocorra.

231 A advertência de Marcacini faz-se desde logo oportuna: “[...] Convém salientar que a assinatura gerada por um sistema de criptografia assimétrica em nada se assemelha, no aspecto visível, a uma assinatura manuscrita. A assinatura digital é, na verdade, um número, resultado de uma complexa operação matemática que tem como variáveis o documento eletrônico e a chave privada, detida pelo signatário com exclusividade. Como a chave privada se encontra em poder exclusivo do seu titular, somente ele poderia ter chegado no número representado pela assinatura. A assinatura digital de uma mesma pessoa será diferente, para cada documento assinado, pois, sendo este uma das variáveis da função matemática, o seu resultado (assinatura), será diferente para cada documento. Isto evita que uma mesma assinatura possa ser utilizada para outros documentos. Diversamente do que ocorre com a assinatura manual, que contém traços sempre semelhantes, e assim é conferida, a conferência da assinatura digital é feita com o uso da chave pública, utilizando o documento subscrito também como variável: se, com a chave pública, pudermos decifrar a assinatura e relacioná-la ao documento, isto significa que foi a chave privada que a produziu para aquele documento, que não foi alterado desde então.” MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **O documento eletrônico como meio de prova**. Disponível em: <<http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

destinatário; por fim, e o correto do ponto de vista técnico e jurídico, deve-se chamar de assinatura digital válida quando todo o processo de verificação de autenticidade e integridade encontra-se findo: o *hash* do documento original foi descriptado pela chave pública do assinante, a comparação entre esse resumo descriptado e o documento original foi efetuado pelo sistema, verificando-se a inexistência de qualquer alteração em seu conteúdo, bem como se atestou que o certificado digital utilizado nesse processo é válido (isto é, não revogado).

É justamente aqui que entram em cena os certificados digitais, modo de se alcançar a autenticidade (entendida como sinônimo de autoria) do documento eletrônico. Mas, de que forma?

O certificado é um documento eletrônico, emitido por uma Autoridade Certificadora²³², que vincula uma chave pública ao titular dessa mesma chave pública. E a Autoridade Certificadora apenas pode efetuar essa declaração (*rectius*: vinculação) porque possui certeza acerca da identidade daquela pessoa, que necessariamente compareceu presencialmente perante uma de suas Autoridades de Registro²³³.

Logo, durante o comparecimento, além da identificação da pessoa, também se geram duas chaves criptográficas (a pública e a privada, conforme visto) e se adquire um certificado, que é uma declaração de que determinada chave pública pertence a alguém (sem essa declaração, a chave pública – e a privada – não passam de números, que podem pertencer a qualquer um). Mas, porque os certificados não se referem à chave privada? Porque ela é de posse exclusiva do titular, que não a envia a ninguém.

E é justamente a aquisição desses diversos documentos eletrônicos (chave pública, chave privada, certificado digital), todos diferentes entre si e contidos em um cartão ou token (via de regra), que possibilita a existência das

232 Cada Autoridade Certificadora somente pode emitir um único certificado digital por pessoa, seja física ou jurídica. O item 3.1.5 do DOC ICP 05 determina que cada AC deve estabelecer em sua Declaração de Práticas os identificadores dos tipos de nome, que deverão ser únicos, para cada titular, devendo, se for o caso, inserir números ou letras adicionais para assegurar a unicidade do campo. Nada impede, entretanto, que um mesmo usuário adquira dois certificados digitais de ACs diferentes.

233 Remetemos o leitor ao item 2.1.11 desta obra, que trata especificamente da identificação presencial na ICP-Brasil.

assinaturas digitais. Que o sistema é complexo ninguém duvida, mas é o único existente para se conseguir superar, com segurança, o dilema da objetivação terciária inerente aos meios computacionais, vista no início deste capítulo.

As principais informações que constam em um certificado digital são: chave pública do titular; nome e endereço de e-mail; período de validade do certificado²³⁴; nome da Autoridade Certificadora – AC e seu número de série; bem como a assinatura digital da AC²³⁵. Segundo Menke:

Os certificados digitais são emitidos com base em padrões estabelecidos em normas internacionais, sendo que o mais difundido é o padrão ITU X.509 ou ISO 9594-8. O escopo desses padrões e o de garantir a interoperabilidade entre os certificados, não importando a sua proveniência.²³⁶

Os rígidos processos de credenciamento e fiscalização têm por finalidade precípua garantir a segurança do sistema nacional de certificação digital, criando um substrato mínimo para que se estabeleça uma relação de confiança entre os prestadores de serviço de certificação e os usuários desses mesmos serviços. Por exemplo, as tarefas de emissão de certificados digitais (bem como a sua revogação) são executadas em ambientes seguros, denominados de salas-cofre, com rígidos controles físicos, procedimentais e de pessoal.

Enfim, a utilização de assinaturas digitais permite a geração de uma presunção técnica de integridade e autenticidade, pois vincula univocamente o titular da chave pública e o arquivo de dados que ele subscreveu com a sua chave privada. E, uma vez, válida, seus efeitos jurídicos encontram-se descritos

234 O certificado deve ser renovado após determinado período de tempo, a depender do modelo escolhido. Tal assim ocorre pois a cada renovação, renova-se igualmente a relação de confiança entre seu titular e a AC, de modo que não apenas são atualizados determinados documentos de identificação que foram modificados, mas, também, essa renovação pode ser necessária para a substituição da chave privada por uma outra tecnologicamente mais avançada. Tudo com vistas à manutenção da segurança da infraestrutura.

235 De certa forma, o certificado digital é a identidade da pessoa no mundo virtual. Assim, é necessária a adoção, pelo titular, de alguns cuidados em sua utilização, tais como: a) nunca revelar, a ninguém, a senha de acesso da chave privada; b) nunca compartilhar, com ninguém, o seu certificado digital; c) utilizar-se, sempre, de uma senha de acesso longa, intercalando letras e números, devendo-se evitar a utilização de dados pessoais.

236 MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2005, p. 49, nota de rodapé nº 36.

no art. 10 da Medida Provisória²³⁷, que dispõe:

Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiras em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil.

A anterior previsão contida no artigo 131 do Código Civil revogado manteve-se, *ipsis litteris*, pelo atual artigo 219, ambas expressas nos seguintes termos: “As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários”. Ou, em outras palavras: existe sim uma presunção em relação ao signatário, que admite, porém, prova em contrário.

A presunção oriunda do certificado digital não é absoluta (em termos jurídicos, não se trata de uma presunção *iure et de iure*), mas, justamente por ser relativa (ou seja, *iuris tantum*), possui o condão de inverter o ônus da prova. Se, nas assinaturas eletrônicas a simples negativa imputa ao outro a necessidade de provar os fatos contestados, na digital a negativa da autoria ou da autenticidade do documento apenas possuirá eficácia jurídica se aquele que a nega também provar o porquê da invalidade.

Porém, caso haja a decretação judicial da invalidade da assinatura, ou mesmo da própria emissão do certificado (quando, por exemplo, um estelionatário se faz passar por terceira pessoa), a sua eficácia será retroativa (Código Civil, art. 182), apagando-se do mundo jurídico todos os efeitos do(s) ato(s) impugnado(s). Repise-se: isso apenas é cabível em um processo judicial, justamente porque milita, em relação à assinatura digital, a presunção legal de autenticidade e integridade.

Veja-se, dessa forma, que uma pessoa que empresta seu certificado digital a um terceiro deverá responder, pessoalmente, por todas as obrigações assumidas e declarações prestadas, diante da boa-fé de daqueles que com “ele”

237 Essa equivalência funcional entre a assinatura digital e a manuscrita também encontra expressa previsão no direito comparado, pois o Regulamento (UE) nº 910/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, determina, em seu art. 25, item 2, que “a assinatura eletrônica qualificada tem um efeito legal equivalente ao de uma assinatura manuscrita”.

(pois, na verdade, era um terceiro) se relacionaram²³⁸.

Merece menção o fato de que a expressão “validade jurídica”, utilizada na Medida Provisória, não ter sido a mais tecnicamente correta. Ora, se duas pessoas, desejando firmar um contrato de importação de tóxicos, utilizem certificados digitais ICP-Brasil, por óbvio não se poderá falar que esse contrato é válido, pois atenta diretamente contra o Código Civil, art. 166, inc. I. Desse modo, como o negócio pode ser válido (como, aliás, geralmente o é) ou não, melhor seria entendê-la como eficácia. Isso porque qualquer negócio, ainda que inválido, desde que utilizada a certificação digital ICP-Brasil, encontrar-se-á apto, ao menos em tese, à produção de efeitos jurídicos.

Quanto ao ponto, uma última advertência: a validade do certificado digital ICP-Brasil apenas incide para o documento nascido eletrônico e enquanto se mantenha eletrônico. Logo, a impressão de um documento eletrônico, assinado digitalmente, não terá, por si só, validade jurídica, pois a certificação digital não tem como garantir que a transposição do mundo binário para o físico ocorreu de maneira a não comprometer a integridade do documento. A validade do documento impresso deverá obedecer ao regramento próprio dos documentos físicos.

Há que se atentar, porém, para uma situação bastante específica – e cada vez mais comum: o documento impresso que mantenha a sua versão original em formato eletrônico. Dessa forma ocorre quando, por exemplo, o documento de posse da pessoa – geralmente em papel – faz expressa remissão a um outro, que se encontra na base eletrônica de dados do titular e pode ser acessado mediante a digitação de um código de autenticação constante no documento físico, que servirá apenas para que se possa acessar o documento

238 Ainda que caiba, teoricamente, uma ação regressiva do titular do certificado em desfavor do terceiro que o utilizou equivocadamente, o simples fato de ter primeiro que pagar os eventuais débitos existentes para, apenas após, tentar, em um outro processo judicial, o ressarcimento do valor anteriormente pago, basta, por si só, para desaconselhar tal conduta. Justamente por isso que as normas vedam a cessão dos certificados digitais, pois pessoais e intransferíveis. Aliás, em sede penal, diante da própria natureza do certificado digital, entendido como um documento de identificação inequívoca do titular, poder-se-ia cogitar que a sua utilização, por terceira pessoa (e mesmo a sua cessão, pelo titular), o cometimento de crime previsto no Código Penal, *verbis*: Art. 308 – Usar, como próprio, passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista ou qualquer documento de identidade alheia ou ceder a outrem, para que dele se utilize, documento dessa natureza, próprio ou de terceiro: Pena – detenção, de quatro meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

original eletrônico.

Nesse caso, o documento em papel nada mais será que uma cópia (ou mesmo simples forma de acesso) de um documento original, que se manterá eletrônico e, desde que assinado digitalmente, válido.

3.2.3 – Assinatura Digitalizada

É relativamente comum, principalmente em arquivos PDF, encontrar representações gráficas de assinaturas, como se manuscritas fossem. Vê-se, assim, imagens que representam a forma de uma assinatura autógrafa. Essas figuras são justamente o que se convencionou denominar de assinatura digitalizada, e não passam de simples imagens, cópias de uma anterior assinatura manuscrita.

Nada provam, pois não garantem qualquer autoria ou materialidade documentais. Nada impede, por exemplo, de um fraudador tirar uma foto (ou mesmo escanear) da assinatura de uma pessoa e colocá-la em um documento, de modo que associação unívoca entre o assinante e o documento, presente e necessária em toda assinatura, passa a inexistir.

Mais das vezes, a prática de se utilizar uma assinatura digitalizada visa a sinalizar que existe ali uma assinatura digital (essa sim válida), mas não significa que efetivamente ela exista, nem também que o documento seja válido (pois, conforme visto, é o sistema que fará as devidas autenticações eletrônicas, ainda que, visivelmente, inexista qualquer menção à assinatura no documento).

Em linha conclusiva: a assinatura digitalizada pode ser compreendida como uma reprodução eletrônica da assinatura autógrafa (uma forma de sua fotografia eletrônica) que ocorre, no mais das vezes, por um equipamento scanner. Por si só não possui validade jurídica, podendo se constituir na representação facultativa e visível de uma assinatura digital ou, no máximo, como uma assinatura eletrônica, a qual impescinde da aquiescência de todos os partícipes da avença (e, por isso mesmo, a assinatura digitalizada far-se-ia desnecessária).

Por fim, importante não confundir a assinatura digitalizada com um

documento digitalizado. Esses terão valor de cópia simples, justamente porque existe um original que pode ser apresentado em caso de impugnação (tal qual definido no § 2º do art. 11 do Decreto 8.539/15); a assinatura, porém, não possui, sozinha, validade jurídica.

3.2.4 – Natureza Jurídica do Certificado Digital

Conforme visto linhas atrás, o certificado digital pode ser definido como uma declaração eletrônica, emitida por uma Autoridade Certificadora, que vincula determinada chave pública ao seu titular.

Resta saber se essa declaração deve ser compreendida como um produto ou um serviço. Tal diferenciação, inclusive, possui efeitos práticos bastante importantes, pois relacionados, entre outros, à tributação devida pelos prestadores do serviço de certificação: se encarado como um serviço, incide o Imposto Sobre Serviços – ISS, de competência municipal (CF/88, art. 156, inc. III); se mercadoria, incide o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de competência estadual (CF/88, art. 155, inc. II)²³⁹.

Sobre o assunto, releva notar que o Comitê Gestor da ICP-Brasil, em reunião realizada no dia 10 de fevereiro de 2009, definiu o certificado digital como um produto. Não é, porém, o fato de se tratar de um produto que fará incidir, *ipso facto*, o regime tributário do ICMS, haja vista que se deve verificar se se trata de um produto oriundo de uma obrigação de dar (isto é, de sua simples entrega) ou, ao reverso, um produto oriundo de uma obrigação de fazer (isto é, antes da entrega, houve o serviço de sua confecção).

Cite-se, como exemplo, a contratação de um renomado pintor para a feitura de um quadro: o produto final (o quadro feito por solicitação do adquirente) será entregue, após finalizado, ao comprador, se tratando, pois, de uma obrigação de fazer, e não de dar (passível de cobrança de ISS). Solução diversa seria a compra de um quadro já disponível para venda (passível de cobrança de ICMS).

239 O comércio eletrônico deve sofrer as mesmas incidências tributárias do comércio tradicional, segundo a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no estudo resultante da Conferência de Ottawa, em 1997. Disponível em <<http://www.oecd.org/tax/consumption/1923256.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

A confusão existente deriva da constatação de que toda obrigação de fazer pressupõe um posterior dar, relacionado justamente à entrega do bem. São, porém, categorias autônomas que geram, conforme visto, consequências distintas. Segundo a doutrina:

Em suma, nas obrigações de dar, o credor procura um objeto já existente ao tempo do nascimento da obrigação. Se, porventura, houver incidência conjunta de prestações de coisas e atividades pessoais, há de buscar-se a tipificação da obrigação pelo critério da preponderância. [...] devendo-se verificar se o dar é ou não consequência do fazer. Se o devedor tiver que confeccionar a coisa para depois entregá-la, a obrigação é de fazer; se, ao contrário, o devedor não tiver previamente de fazer a coisa, a obrigação é de dar.²⁴⁰

O certificado, compreendido, conforme definição do Comitê Gestor, como um produto eletrônico, é entendido legalmente como um *software*, que demanda, por sua vez, a utilização de outros *softwares* em sua feitura, algo bastante comum na informática. A Lei 9.609/98, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual, assim define os *softwares*:

Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Não se trata de um produto comum, homogêneo para todos os adquirentes (ou, na linguagem utilizada pelos Tribunais, não se trata de um *software* de prateleira): no procedimento de emissão dos certificados são verificadas as características pessoais de cada adquirente, como, ao menos, seu nome completo e data de nascimento.

Logo, é um *software* personalíssimo. E, específico que é, o produto certificado digital compreende uma anterior obrigação de fazer, isto é, um serviço²⁴¹, que deve sofrer a incidência do ISS, a ser pago, diga-se de

240 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Salvador: Editora JusPodium, 2012, p. 227.

241 O reconhecimento da certificação digital como um serviço possui expressa previsão na

passagem, pela Autoridade Certificadora, sua efetiva emissora²⁴². A incidência de ISS sobre o *software* personalíssimo, em contraposição ao *software* de prateleira, que sofre a incidência do ICMS, encontra respaldo jurisprudencial, inclusive:

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO. TRIBUTÁRIO. SOFTWARE. PROGRAMAS DE COMPUTADOR. TRIBUTAÇÃO PELO ISS OU PELO ICMS. ATIVIDADE INTELLECTUAL OU MERCADORIA. DISTINÇÃO. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. OS PROGRAMAS DE COMPUTAÇÃO, FEITOS POR EMPRESAS EM LARGA ESCALA E DE MANEIRA UNIFORME, SÃO MERCADORIAS, DE LIVRE COMERCIALIZAÇÃO NO MERCADO, PASSIVEIS DE INCIDÊNCIA DO ICMS. JÁ OS PROGRAMAS ELABORADOS ESPECIALMENTE PARA CERTO USUÁRIO, EXPRESSAM VERDADEIRA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, SUJEITA AO ISS. CUMPRE DISTINGUIR AS SITUAÇÕES, PARA EFEITO DE TRIBUTAÇÃO, AFERINDO-SE A ATIVIDADE DA EMPRESA. NÃO, POREM, ATRAVÉS DE MANDADO DE SEGURANÇA, AINDA MAIS DE CARÁTER PREVENTIVO, OBSTANDO QUALQUER AUTUAÇÃO FUTURA. (RMS 5934 RJ 1995/0032553-5, rel. Min. Hélio Mosimann. DJU 04/03/1996)

Em sendo assim, ao certificado digital adquirido em uma Autoridade de Registro localizada em Marabá-PA, será devido o Imposto sobre Serviços não do lugar de sua aquisição material, mas sim no de sua efetiva emissão, que será o município sede da Autoridade Certificadora (cumpre salientar que como se trata da incidência de ISS, e não ICMS, não se aplicam as previsões constantes na Emenda Constitucional nº 87, de 16 de abril de 2015, que procurou minorar os efeitos da guerra fiscal do ICMS relacionadas a vendas *on line*).

3.2.5 – Certificado de Atributo

legislação federal. O Decreto nº 7.708, de 2 de abril de 2012, que institui a Nomenclatura Brasileira de Serviços, Intangíveis e Outras Operações que Produzam Variações no Patrimônio – NBS, entre outros, determina, em seu capítulo 13, item 1.1301.30, a certificação digital, com a emissão de certificados, como uma espécie de serviço jurídico.

242 Nada impede, entretanto, que exista regramento municipal específico quanto às atividades desempenhadas pela Autoridade de Registro. Nesse caso, se lei municipal previr, por exemplo, a taxação da atividade de “cadastro, elaboração de ficha cadastral, renovação cadastral e congêneres”, constante no item 15.05 do anexo da Lei Complementar 116/03, será a AR quem deverá pagar por esse específico serviço, sem prejuízo do também pagamento do ISS pela emissão do certificado digital, a cargo da AC, conforme visto (caso, porém, AR e AC sejam a mesma empresa, será devido apenas um imposto, o de emissão, na sede da AC).

O certificado de atributo, previsto, entre outros, no DOC ICP 16, pode ser compreendido como um documento eletrônico, assinado digitalmente (isto é, por um certificado digital ICP-Brasil), que declara juridicamente determinada situação. O atributo é, pois, uma característica, um sinal distintivo que adjetiva uma pessoa ou organização.

Enquanto o certificado digital identifica, o certificado de atributo qualifica. Muitas vezes, porém, os certificados digitais contemplam também as funções de qualificação do seu titular. A título exemplificativo, o certificado digital utilizado para o acesso ao e-cac (Centro Virtual de Atendimento da Receita Federal do Brasil) possui o número CPF. Esse número, inobstante ser um atributo, encontra-se inserido no certificado digital, não sendo, pois, um certificado de atributo dentro de um certificado digital. É, na verdade, um certificado digital com determinado atributo.

Nessas hipóteses (de certificados digitais que possuam atributos), acontece, não raramente, um “descasamento prazal” entre as situações: por exemplo, a validade do certificado digital ser maior que a de determinado atributo, de modo que a sua inserção no certificado digital ou ocasionará prejuízos à entidade emissora dos atributos, pois alguém continuará a possuir determinado atributo sem mais poder ostentar essa qualificação, ou gerará prejuízo ao titular do certificado, que deverá revogá-lo quando ainda era possível utilizá-lo (o certificado digital, uma vez emitido, é inalterável. Resta apenas revogá-lo)²⁴³.

Justamente para propiciar a correção desses desvios (haja vista que um serve para identificar e o outro para qualificar) é que surgiu a possibilidade de implementação do certificado de atributo, de modo que seus processos de geração e uso sejam realizados de forma padronizada, responsável, interoperável e que atendam às necessidades da sociedade e do governo.

O referido certificado pode ser utilizado de forma autônoma ou em conjunto ao certificado digital²⁴⁴, conferindo uma maior segurança para as

243 Adicionalmente, os atributos, uma vez inseridos no certificado digital, passam a ser públicos, o que pode não ser de interesse de seu titular.

244 Existem, assim, duas espécies de certificados de atributo: a) autônomo: emitido independentemente da presença do seu titular, não se exigindo um certificado digital associado.

aplicações eletrônicas, haja vista possibilitar a verificação de determinados atributos de qualificação do seu detentor. Um simples exemplo, referente aos certificados autônomos, certamente facilitará o entendimento:

A Lei nº 12.933, de 26 de dezembro de 2013, que dispõe, entre outras, sobre o benefício do pagamento da meia-entrada, determina, logo em seu art. 1º, § 2º, que compete ao ITI, em conjunto com as entidades nacionais ali referenciadas (quais sejam: ANPG, UBES, UNE), a fixação do “[...] modelo único nacionalmente padronizado e publicamente disponibilizado.” E, dentro dessa padronização conjunta, a própria Lei determina a competência específica do ITI: “com” a certificação digital deste. Apesar de essa expressão não ser a mais tecnicamente correta, haja vista o ITI não possuir certificados digitais próprios (mas sim integrar, em conjunto com outras entidades, a ICP-Brasil) nem emitir certificados aos usuários – e, portanto, não poder “fornecer” certificação digital –, o escopo da norma encontra-se bem delimitado: o modelo nacional será único, padronizado e disponibilizado pelas três entidades associativas estudantis nacionais referidas bem como pelo ITI, a quem caberá, dentro de suas competências, auxiliar tecnicamente no aludido padrão. Nesse sentido, foi publicada a Portaria ITI nº 02, de 05 de maio de 2016, que estabelece a CACIE – Certificação de Atributo da Carteira de Identificação Estudantil. Nesses termos, a referida carteira deverá ter um certificado de atributo padrão ICP-Brasil, emitido e assinado digitalmente pela entidade emissora, no caso, a própria entidade estudantil a qual o estudante encontra-se vinculado. Esse certificado será necessariamente armazenado em um banco de dados, disponibilizado, via de regra, para a consulta “on-line” a partir de “QR-Code” personalizado (opcionalmente, o certificado de atributo poderá ser também armazenado no cartão com chip ou em aplicativo de dispositivo móvel).

Dessa forma, verificam-se as principais características do sistema: o fato de ser estudante não identifica ninguém, pois se trata de uma qualificação transitória. Logo, não é um dado biográfico ou biométrico da pessoa, que distingue-a das demais, mas sim é um atributo, uma qualificação.

Daí que o seu *locus* natural seja constar em um certificado de atributo, e não no certificado digital. No caso específico dos estudantes, exigir que a qualificação estivesse contida em um certificado digital chegaria mesmo a impedir a sua utilização, dado o custo de sua aquisição, associado, em regra, ao

Basta, apenas, que a entidade emissora seja a gestora do referido atributo; b) vinculado: o certificado de atributo se caracteriza pelo seu vínculo direto com algum certificado digital ICP-Brasil previamente emitido em nome do usuário.

baixo poder aquisitivo estudantil. A título de exemplo, a qualificação presente em um certificado de atributo pode sequer ser cobrada pela entidade emissora.

A implementação do certificado de atributo é simplificada tanto em sua infraestrutura quanto no seu conteúdo, que dispensa a existência de par de chaves, pois o certificado de atributo não serve para assinar, mas apenas para atribuir uma condição a determinada pessoa.

A responsabilidade para emissão de um certificado de atributo é da Entidade Emissora de Atributo (EEA), que possui o direito de qualificar o requerente do certificado. Normativamente é dessa forma definida (DOC ICP 16):

6.1.1 A Entidade Emissora de Atributos – EEA é toda pessoa jurídica detentora da prerrogativa legal para emissão de determinado atributo e que emite Certificados de Atributo de acordo com as regras definidas neste documento (DOC-ICP-16) e demais documentos complementares mediante assinatura digital com um Certificado Digital ICP Brasil A3 ou A4 do tipo Pessoa-Jurídica.

Sua relação com a infraestrutura ocorre tão somente quando adquire um certificado digital. A entidade, assim, deve primeiramente adquirir um certificado ICP-Brasil para, apenas após, emitir os certificados de atributo dos usuários a ela vinculados. A ICP-Brasil não é – como de fato nem poderia ser – a responsável pela qualificação atribuída pela entidade, ou seja, pela emissão de determinado atributo.

O vínculo com a ICP-Brasil visa a garantir a possibilidade de responsabilização legal de todo aquele que emitir atributos de maneira fraudulenta, pois, diante da sua necessária identificação presencial (quando da aquisição do certificado), sempre se poderá identificar o autor do eventual ilícito praticado.

Já o titular do certificado de atributo pode ser qualquer pessoa física ou jurídica que passe a ser associada a um atributo emitido por uma entidade emissora, seja titular ou não de um certificado digital. Nada impede que academias, clubes, bibliotecas, entre outros, emitam atributos aos seus associados para que se permita o ingresso em suas dependências ou mesmo o acesso eletrônico a seus serviços, pois tal tecnologia substitui, com larga

vantagem (gera-se a presunção de integridade e autenticidade do atributo emitido), a simples autenticação via *login* e senha, já tratada anteriormente.

Muito embora a utilização de um certificado de atributo seja facultativa, a adoção de sua sistemática pode agregar inúmeras facilidades em termos de segurança e interoperabilidade na gestão de documentos eletrônicos.

3.2.6 – Aplicações e Perspectivas

Norberto Bobbio, talvez o maior jurisfilósofo do século XX, propôs, ainda na década de 1970, um novo enfoque ao direito, em livro que apenas foi traduzido para o português mais de trinta anos depois.²⁴⁵

Segundo o autor, o ordenamento jurídico tende a passar de uma estrutura estanque, preocupada em se autodefinir como ciência (posição típica dos positivistas clássicos, que encontraram em Hans Kelsen seu maior expoente), para um modelo mais socializável, donde se privilegia a promoção de atividades consideradas condizentes ao “viver em sociedade”.

Em uma frase: nesses novos tempos, não há o porquê de se preocupar apenas com a estrutura do direito (o que é o direito?), mas, muito mais que isso, deve-se questionar: para que serve o direito? Função, em termos jurídicos, significa finalidade. Função social, pois, finalidade social. E o direito passa a servir justamente para isso: buscar, sempre que possível, a finalidade coletiva nos atos jurídicos.

Não à toa, dentre os novos paradigmas do direito civil, encontram-se a função social dos contratos e a boa fé objetiva. A função visa a não permitir que a coletividade de alguma forma seja frustrada; a boa fé, ao estabelecer um padrão comportamental de conduta, determina que as trocas sejam alicerçadas na confiança objetiva, e não mais nos parâmetros subjetivos de outrora. Ambos paradigmas buscam fundamentação na solidariedade social, um dos objetivos da República (CF/88, art. 3º).

A certificação digital ICP-Brasil entra justamente nesse novo arquétipo

245 BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007.

da sociedade. Ora, se o mundo hoje é eletrônico (alguém, ainda, dúvida que o seja?) a segurança não se encontra no simples afirmar do que se é, mas sim em uma conduta que demonstre a boa fé daquele que manifesta a sua vontade. E essa conduta, nos termos da legislação brasileira, é a manifestação por meio dos certificados digitais ICP-Brasil.

Àqueles que dizem que a segurança, no mundo eletrônico, nem sempre é necessária, como, por exemplo, em simples conversas privadas ou mesmo na livre manifestação de opiniões acerca de determinado assunto, lembro que a vedação ao anonimato é um dever constitucional²⁴⁶; além, uma simples frase pode se constituir em crime (contra a honra), por exemplo²⁴⁷.

Contra-argumentariam: mas o certificado digital é oneroso e a população brasileira, em grande parte, não possui condições de adquiri-lo. É um argumento, de fato, realista. Mas dificuldades pragmáticas não devem tornar o mandamento constitucional que veda o anonimato em letra morta.

Esse é um problema que o Estado brasileiro deve resolver (ao menos em relação aos certificados digitais de pessoa física), pois a identificação dos cidadãos é de sua alçada, haja vista que o ato de identificar-se, similarmente ao que acontece com o nome, se constitui simultaneamente como um direito e dever de todos. Tanto se reconhece que a identificação, mesmo no mundo eletrônico, é também um dever estatal que o Registro de Identificação Civil, popularmente conhecido como RIC, um novo cartão, nacional, que serviria de identidade ao cidadão brasileiro, já traria a certificação digital ali embarcada.

Ao se adquirir certificados digitais ICP-Brasil, garante-se que a segurança, finalidade maior do direito, ao lado da justiça, seja observada. Segundo pensamento atribuído a Siches, “sem segurança jurídica não existe direito, nem bom, nem ruim, nem de classe alguma.”

Em uma frase, talvez a mais importante de todo o livro: a validade jurídica da assinatura digital significa, apenas (e tudo, ao mesmo tempo), que eu

246 CF/88, art. 5º, inc. IV: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

247 A tecnologia potencializa a comunicação, de modo a otimizar os rearranjos sociais. A chave para seu sucesso, segundo Castells, não é anonimato, haja vista que as redes são construídas justamente para se estar-com-outrem. E uma condição básica para estar com alguém é primeiro se identificar como alguém. CASTELLS, Manuel de. **Redes de Indignação e Esperança: Movimentos Sociais na Era da Internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 180.

sou eu no mundo eletrônico, que a minha assinatura digital equivale exatamente à manuscrita. E, se assim ocorre, a pessoa não precisa comparecer presencialmente em nenhum lugar para efetuar essa prova de existência, justamente porque ela presume-se ela²⁴⁸.

Na prática, portanto, não há motivos para que se necessite ir fisicamente a um Tribunal de Justiça protocolar petições, porque se garante, legalmente, com as assinaturas digitais, que determinado advogado é realmente ele e que a petição não foi alterada em seu trajeto; nem, também, se necessita exigir que o contribuinte saia de casa e se dirija presencialmente a um posto da Receita Federal, por exemplo, para verificar a sua situação fiscal.

Permite-se, ademais, que o sistema de pagamentos brasileiro (SPB) seja efetuado por meio da ICP-Brasil, bem como que, doravante, cidadãos possam assinar projetos de lei e concretizar a iniciativa popular prevista constitucionalmente (a cujo ensaio remetemos o leitor no final do livro).

Enfim, se tenho certeza que aquela pessoa é realmente ela, bem como que a sua manifestação não foi alterada no *iter* compreendido entre emissor e receptor, não é muito mais fácil para todos (tanto para os prestadores de serviço quanto aos tomadores) executá-las, via de regra, de maneira remota, com evidente proteção ao meio ambiente natural, diminuição de custos e tempo? O pressuposto necessário para que tudo isso ocorra é a certeza. E a ICP-Brasil garante-a.

Bem-vindos a esse admirável mundo novo.

248 Ademais, sempre que a legislação simplesmente disser que se exige a assinatura, entender-se-á como automaticamente contemplada a digital, em evidente interpretação evolutiva. Segundo Barroso, “O que é mais relevante não é a *occasio legis*, a conjuntura em que editada a norma, mas a *ratio legis*, o fundamento racional que a acompanha ao longo de toda a sua vigência. Este é o fundamento da chamada interpretação evolutiva. As normas, ensina Miguel Reale, valem em razão da realidade de que participam, adquirindo novos sentidos ou significados, mesmo quando mantidas inalteradas as suas estruturas formais.” BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 145-146.

Anexo I

**MANUAL DE PERGUNTAS
E RESPOSTAS JURÍDICAS
DA ICP-BRASIL**

1 – ASSINATURAS DIGITAIS (1-21)

1. A assinatura digital é um meio suficiente e idôneo para confirmar a validade jurídica de um documento?

R: A resposta é positiva. A Infraestrutura de Chaves Públicas²⁴⁹ Brasileira, ou ICP-Brasil, é o sistema nacional de certificação digital, instituído pela Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, para garantir três atributos ao documento emitido em forma originariamente eletrônica: autenticidade, integridade e validade jurídica:

Art. 1º Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Trata-se de uma construção técnica que se destina a produzir efeitos eminentemente jurídicos. Ou, em outras palavras: a estrutura, regida por padrões internacionais de segurança e normas de direito administrativo (não se pode esquecer que a Autoridade Certificadora Raiz é uma Autarquia), tem por escopo maior conferir validade jurídica às manifestações eletrônicas, tema esse afeto ao direito civil.

Deve, portanto, ser considerada como uma infraestrutura, em decorrência do conjunto de normas e instituições que garantem o fornecimento de certificados digitais seguros aos seus usuários. Segundo Demócrito:

[...] um conjunto de regimes normativos, procedimentos, padrões e formatos técnicos que viabilizam o uso em escala da criptografia de chaves públicas; constitui um modelo formado por autoridades certificadoras responsáveis pela geração e gerenciamento de chaves e certificados públicos, utilizados para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos e transações eletrônicas.²⁵⁰

249 Literal tradução do inglês *Public-Key Infrastructure*, cujo acrônimo é “PKI”.

250 REINALDO FILHO, Demócrito. **A ICP-Brasil e os poderes regulatórios do ITI e do CG.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7576/a-icp-brasil-e-os-poderes-regulatorios-do-iti-e-do-cg>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

É, enfim, uma cadeia de confiança²⁵¹: nos processos, nas pessoas e nas tecnologias empregadas, a fim de tornar possível – e jurídico – a transposição do mundo físico para o virtual.

O documento assinado digitalmente possui presunção de autenticidade, ou seja, de que os arquivos eletrônicos foram subscritos e encaminhados pela pessoa física ou jurídica detentora daquele certificado digital; presunção de integridade, entendida no sentido de que o documento encaminhado pelo remetente é exatamente o mesmo recebido pelo destinatário, de modo que não sofreu qualquer alteração no *iter* compreendido entre o emissor e o receptor. Caso tenha havido alguma mudança, por menor que seja (um simples espaço, por exemplo, no final de uma frase), a assinatura restará inválida.

Mas, enfim, e o terceiro atributo previsto na Medida Provisória (validade jurídica)? A validade nada mais é que a síntese do silogismo. Logo, justamente porque o documento é autêntico e íntegro, também se presumirá válido, ou seja, feito de acordo com as regras jurídicas e apto à produção de efeitos também jurídicos. Em importante passagem, Martini é incisivo:

Dessa forma, a criptografia é um ato político, pois empodera o ciber-cidadão, como já afirmou Zimmermann. Deveríamos nos acostumar a isso. Usar uma assinatura digital equivale, hoje, seguramente, a um ato de cidadania-eletrônica, já que o seu concurso ajuda na existência de uma comunicação sem perturbações e um uso público da razão.²⁵²

Apenas há que se atentar que essa validade é de forma, e não de conteúdo (*i.e.*, de objeto), pois ambos (forma e conteúdo) são dois campos distintos da fenomenologia jurídica, descritos, inclusive, em partes diferentes no Código Civil, art. 104: “A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.”

Assim, um contrato de compra e venda de tóxicos, por exemplo, ainda

251 Resolução CG ICP-Brasil n° 2, de 25 de setembro de 2001, subitem 11.1.2: As atividades das entidades integrantes da ICP-Brasil estão associadas ao conceito de confiança. O processo de auditoria periódica representa um dos instrumentos que facilita a percepção e transmissão de confiança à comunidade de usuários.

252 MARTINI, Renato da Silveira. **Tecnologia e Cidadania Digital**: ensaio sobre tecnologia, sociedade e segurança. Rio de Janeiro: Brasport, 2008, p. 102.

que assinado com o certificado ICP-Brasil, não terá – por óbvio – qualquer validade jurídica (pois o seu conteúdo é ilícito); já um contrato firmado entre pessoas capazes, referente a um empréstimo financeiro (mútuo), será perfeitamente válido, desde que ambos assinem com seus certificados digitais, pois o objeto desse contrato não possui restrição legal.

É verdade que a presunção oriunda do certificado digital não é absoluta (em termos jurídicos, não se trata de uma presunção *iure et de iure*), mas, justamente por ser relativa (ou seja, *iuris tantum*), possui o condão de inverter o ônus da prova, que significa dizer que o assinante do documento eletrônico tem, a princípio, o direito a seu favor: ao outro contratante, caso seja de seu interesse, compete a difícil tarefa de invalidar o documento, algo apenas possível em sede judicial e mediante perícia técnica.

Importante salientar que não se adquire uma assinatura digital, mas sim um certificado, que servirá para, durante seu prazo de validade, assinar ilimitadamente os documentos. E para que tal certificado seja adquirido, basta o interessado se dirigir a qualquer Autoridade de Registro ou Instalação Técnica, credenciada na ICP-Brasil, munido dos seus documentos de identificação.

2. Assinatura eletrônica e assinatura digital são termos sinônimos?

R: A resposta é negativa. A questão é de continente e conteúdo: a assinatura eletrônica é um gênero (que se vale de qualquer mecanismo de autenticação automatizado, via de regra), do qual a assinatura digital (que se utiliza dos certificados digitais ICP-Brasil) é uma de suas espécies.

A própria Lei nº 11.419/06, que trata do processo judicial eletrônico, trouxe o conceito de assinatura eletrônica como um gênero, do qual são suas espécies a assinatura digital – que se vale dos certificados ICP-Brasil – e o uso de *login* e senha (conforme visto, uma das espécies de assinatura eletrônica).

Apesar dessa alternatividade prevista expressamente em lei, resta clara a tendência, cada vez maior, de apenas se utilizarem os certificados ICP-Brasil, vez que somente esses conferem segurança à informação, com a utilização da criptografia assimétrica e a posse da chave privada pelo seu titular, conceitos inexistentes na utilização do *login* e senha (aqui, vale lembrar, o *login* e a própria

senha do usuário trafegam entre o usuário e o destinatário, fato esse que permite a sua fácil interceptação).

Já na certificação digital ICP-Brasil a chave privada do titular é, nos termos da M.P. 2.200-2/01, art. 6º, parágrafo único, de seu “[...] exclusivo controle, uso e conhecimento.” Logo, nem a AR e a AC que participaram da emissão do referido certificado digital conhecem a chave privada do seu titular.

Não à toa, e justamente por isso, cada vez mais o certificado ICP-Brasil se encontra presente na vida do cidadão, desde a declaração do imposto de renda, passando pelas notas fiscais eletrônicas, recolhimento do FGTS, enfim, uma pletera de aplicativos que o colocam como um ator principal na sociedade da informação em que vivemos. Corroborando o exposto, segue excerto colhido da útil wikipédia:

Em criptografia, a assinatura ou firma digital é um método de autenticação de informação digital tipicamente tratada como análoga à assinatura física em papel. Embora existam analogias, existem diferenças importantes. O termo assinatura eletrônica, por vezes confundido, tem um significado diferente: refere-se a qualquer mecanismo, não necessariamente criptográfico, para identificar o remetente de uma mensagem eletrônica. A legislação pode validar tais assinaturas eletrônicas como endereços Telex e cabo, bem como a transmissão por fax de assinaturas manuscritas em papel.

A utilização da assinatura ou firma digital providencia a prova inegável de que uma mensagem veio do emissor. Para verificar este requisito, uma assinatura digital deve ter as seguintes propriedades:

- *autenticidade* - o receptor deve poder confirmar que a assinatura foi feita pelo emissor;
- *integridade* - qualquer alteração da mensagem faz com que a assinatura não corresponda mais ao documento;
- *irretratabilidade ou não-repúdio* - o emissor não pode negar a autenticidade da mensagem.²⁵³

3. Conforme dito no questionamento anterior, a assinatura digital pressupõe a utilização de certificados digitais. Mas esses certificados apenas podem ser os certificados digitais ICP-Brasil?

R: A resposta é positiva. De antemão, leia-se a Medida Provisória 2.200-2/01:

253 Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Assinatura_digital>. Acesso em: 12 jul. 2015.

Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§ 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil.

A norma, portanto, é clara: nos termos de seu parágrafo primeiro, a certificação ICP-Brasil confere ao documento eletrônico o mesmo valor da assinatura manuscrita aposta no documento físico, segundo o atual art. 219 do Código Civil (que substituiu o vetusto 131, mas manteve a redação): “As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.”

Ou seja: as declarações constantes dos documentos assinados digitalmente presumem-se, tal qual a assinatura manuscrita, verdadeiras em relação ao signatário. Assim, como possuem o mesmo efeito, pode-se dizer que são equivalentes, haja vista a assinatura digital (com certificado ICP-Brasil, somente) conferir autenticidade (autoria), integridade (inalteração entre emitente e destinatário) e validade jurídica ao documento eletrônico, nos termos da Medida Provisória 2.200-2/01, art. 1º:

Art. 1º Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Dessa forma, o reconhecimento apriorístico da validade jurídica advém, apenas, da certificação digital ICP-Brasil. Podem, porém, existir outras formas de assinatura eletrônica (e não mais digital) com validade jurídica? Sim, podem, nos termos da própria MP 2.200-2/01:

Art.10.

[...]

§ 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido

pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

Ou seja: nada impede que duas pessoas físicas aceitem determinado tipo de certificado que não seja o ICP-Brasil. Porém, e esse ponto é bastante importante: esses certificados diferentes da ICP-Brasil não possuem validade oriunda da lei, mas sim da aceitação das partes, e por isso mesmo seu âmbito de atuação é bastante restrito.

Nesse ponto, a regra encontra-se esculpida no Código Civil, art. 107: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

Liga-se, assim, com aquela prevista no art. 104, transcrita na pergunta anterior. Apenas a forma prescrita em lei integra a validade jurídica do documento: no silêncio da norma, a forma é livre. A doutrina denomina esse princípio de liberdade das formas, que vem a significar, justamente, segundo Maria Helena Diniz:

[...] simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar o contrato válido, [...], não se exige, em regra, qualquer forma especial para a formação do vínculo contratual. Embora alguns contratos, por serem solenes, tenham sua validade condicionada à observância de certas formalidades estabelecidas em lei, a maioria deles é consensual, já que o mero consentimento tem o condão de criá-los, sendo suficiente para sua perfeição e validade.²⁵⁴

Diante do exposto, no silêncio da lei, as partes podem simplesmente aceitar a manifestação de vontade do outro contratante, independentemente da utilização dos certificados digitais ICP-Brasil. P. ex: para um contrato de entrega mensal de 10 sacas de soja no domicílio do devedor, inexistente qualquer obrigatoriedade para que esse contrato seja assinado digitalmente. O contrato pode perfeitamente se desenvolver e chegar ao adimplemento pela simples concordância dos contratantes.

Caso haja o descumprimento do aludido contrato, aquele que foi prejudicado terá que procurar o Poder Judiciário para fazer valer seus direitos.

254 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27-28.

Se o devedor, ou seja, o réu na ação judicial, negue a sua existência ou simplesmente alegue que não participava do referido contrato, ao autor da ação, por uma regra processual, competirá provar que o réu é realmente o devedor do contrato e que seu conteúdo é realmente aquele (!).

E isso apenas se torna possível mediante perícia técnica, onerosa, demorada e muitas vezes inconclusiva. Caso, porém, fosse utilizada a certificação digital ICP-Brasil, pela presunção de validade que dela advém, aquele que a utiliza não precisa provar nem a autoria nem a integridade, pois ambos requisitos já se encontram presumidamente em seu favor.

Logo, conclui-se: o certificado digital ICP-Brasil existe justamente para simplificar a vida da sociedade brasileira.

4. A assinatura digitalizada (escaneada) possui validade jurídica?

R: A resposta é negativa. Assinatura digitalizada nada mais é que uma imagem, uma cópia de uma anterior assinatura manuscrita e, por isso mesmo, não possui validade jurídica.

Nada impede que alguém efetue a cópia da assinatura de outrem e a coloque em determinado documento, de forma que o titular da assinatura digitalizada seria o titular dos direitos e obrigações ali estampadas – o que se afiguraria um absurdo.

Logo, na assinatura digitalizada, inexistente a associação inequívoca entre o titular e o documento, por se tratar de uma simples imagem. Em importante decisão, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento do REsp 1.442.887, assim decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ASSINATURA DIGITALIZADA. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DE AUTENTICIDADE. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. INADIMISSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. ARTIGOS ANALISADOS: ART. 1º, §2º, III, “a” e “b”, da Lei 11.419/2006 E ART. 365 DO CPC.

[...]

3. A comunicação digital transformou o mundo. Redimensionou o fenômeno da globalização, lançando nova dinâmica sobre as relações negociais, que passaram a ocorrer em volume, formato e tempo jamais imaginados.

4. Também o Poder Judiciário vem se adequando a essa nova realidade. Com a edição da Lei nº 11.419/06, dispozo sobre a informatização do processo judicial, passou a ser admitido o uso de meio eletrônico na tramitação de ações, comunicação de atos e transmissão de peças processuais.

5. No âmbito do STJ, houve a virtualização de praticamente todo o seu acervo e a implantação de sistema que admite o petiçãoamento eletrônico, inicialmente regulado pela Resolução n.º 10/2011 e, atualmente, pela Resolução n.º 14/2013.

6. Na hipótese da assinatura digitalizada, normalmente feita mediante o processo de escaneamento, conforme já consignado pelo Supremo Tribunal Federal, há “mera chancela eletrônica sem qualquer regulamentação e cuja originalidade não é possível afirmar sem o auxílio de perícia técnica”.

7. A reprodução de uma assinatura, por meio do escaneamento, sem qualquer regulamentação, é arriscada na medida em que pode ser feita por qualquer pessoa que tenha acesso ao documento original e inserida em outros documentos. Não há garantia alguma de autenticidade, portanto.

8. A aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, invocado pelas recorrentes, deve encontrar limites exatamente no princípio da segurança jurídica. Não se trata de privilegiar a forma pela forma, mas de conferir aos jurisdicionados, usuários das modernas ferramentas eletrônicas, o mínimo de critérios para garantir a autenticidade e integridade de sua identificação no momento da interposição de um recurso ou de apresentação de outra peça processual.

9. O disposto art. 365 do CPC não legitima a utilização da assinatura digitalizada para interposição de recursos no âmbito desta Corte.

6. Recurso especial não conhecido.
(G.N.)

De igual pensamento o TJRS, para quem assinatura escaneada de advogado em recurso não possui valor (Agravo de Instrumento nº 70066704750 (Nº CNJ: 0355853-86.2015.8.21.7000) 2015/CÍVEL):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. CONTESTAÇÃO OFERTADA POR FOTOCÓPIA COM A ASSINATURA DO SUBSCRITOR ESCANEADA. PRAZO ASSINADO PELO JUÍZO “A QUO” PARA CORREÇÃO DA FALHA. DETERMINAÇÃO DE JUNTADA DO ORIGINAL DA CONTESTAÇÃO. DESATENDIMENTO. ASSINATURA DIGITALIZADA. INVIABILIDADE DE AFERIR A AUTENTICIDADE. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. REVELIA DECRETADA. ART. 13, II, DO CPC. **Hipótese em que a contestação foi juntada mediante cópia reprográfica com a**

assinatura do causídico apenas escaneada. Procedimento que não se equipara à assinatura eletrônica prevista na Lei nº 11.419/2009, que pressupõe cadastramento prévio do advogado e certificação digital visando permitir a identificação inequívoca do signatário da peça processual, e, com isso, garantir a segurança jurídica dos atos praticados no processo eletrônico. A juntada de contestação por simples cópia constitui defeito que admite suprimento nas instâncias ordinárias. Hipótese em que se assinou prazo razoável para a parte sanar a irregularidade do ato processual. Desatendido o comando judicial, correta a decretação da revelia. Intelicção do art. 13, II, do CPC. RECURSO DESPROVIDO DE PLANO, COM FULCRO NO ART. 557, CAPUT, DO CPC. (G.N.)

Importante, entretanto, não confundir a assinatura digitalizada com um documento digitalizado. Esses terão valor de cópia simples, justamente porque existe um original que pode ser apresentado em caso de impugnação (tal qual definido no § 2º do art. 11 do Decreto nº 8.539/15); a assinatura, porém, não possui nenhuma validade.

5. Se impresso, um documento assinado digitalmente terá validade jurídica oriunda da ICP-Brasil?

R: A resposta é negativa. Atente-se: o documento eletrônico continua válido, a sua representação impressa é que não possuirá validade. A validade do certificado digital ICP-Brasil possui um espectro de atuação bem definido: para o documento nascido eletrônico e enquanto se mantenha eletrônico (quanto à digitalização, c.f. a próxima pergunta). O documento impresso, oriundo do eletrônico assinado digitalmente, possui regência jurídica própria e diferente do seu original, qual seja: a de uma simples manifestação de vontade, que, se exigido, deverá seguir a legislação específica (um reconhecimento de firma, por exemplo, efetuado nos Tabelionatos de Notas)

Existe, entretanto, uma situação bastante específica – e cada vez mais comum: o documento impresso que mantenha a sua versão original em formato eletrônico. Tal assim ocorre quando, por exemplo, o documento de posse da pessoa – geralmente em papel – faz expressa remissão a um outro, que se encontra na base eletrônica de dados do titular e pode ser acessado mediante a digitação de um código de autenticação constante no documento físico, que servirá apenas para que se possa acessar o documento original eletrônico.

Exemplo disso ocorre nas certidões emitidas pela Junta Comercial de Minas Gerais.

Nesse caso, o documento em papel nada mais será que uma cópia (ou mesmo simples forma de acesso) de um documento original, que se manterá eletrônico e, desde que assinado digitalmente, manter-se-á válido.

6. Já o inverso da pergunta anterior, ou seja, os documentos manuscritos que forem digitalizados e assinados digitalmente possuem o mesmo valor legal e força probatória que as suas versões originais? Em caso positivo poderão, por consequência, ser os originais descartados?

R: A resposta é positiva ao primeiro questionamento e negativa para o segundo. Digitalização significa a conversão da fiel imagem de um documento para código digital. A Lei nº 12.682/12, que trata do assunto, é assim expressa:

Art. 3º O processo de digitalização deverá ser realizado de forma a manter a integridade, a autenticidade e, se necessário, a confidencialidade do documento digital, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

Desse modo, o documento digitalizado que tenha se utilizado da certificação digital ICP-Brasil após a digitalização possuirá, desde logo, a mesma validade jurídica do documento original. Não há, porém, que se confundir a atribuição de validade (que realmente ocorre) com a possibilidade de descarte do documento original manuscrito.

Enfim, a eliminação atualmente é possível? Apenas com a utilização dos certificados digitais ICP-Brasil, não. E isso porque os documentos originais tratam do tema “prova”, regulado tanto no Código Civil quanto no Código de Processo Civil, de modo que a competência para legislar sobre esta matéria é privativa da União (CF/88, art. 22, I).

E nenhuma lei federal trata (ainda) da matéria, pois o art. 2º da Lei nº 12.682/2012, que cuidava justamente da possibilidade de descarte do documento original, foi vetado²⁵⁵.

255 São essas as razões do veto: “[...] Ao regular a produção de efeitos jurídicos dos

Daí que o procedimento de digitalização não dispensa a guarda dos documentos originais (ainda que utilizada a certificação digital). Nesse sentido, calha observar que a única forma atualmente possível de digitalização e posterior descarte do documento original poderá ocorrer se esse documento for registrado no Cartório de Títulos e Documentos – RTD, nos termos da Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/73, art. 127: “No Registro de Títulos e Documentos será feita a transcrição: [...] VII – facultativo, de quaisquer documentos, para sua conservação.”

7. Os documentos assinados digitalmente, independentemente do formato, possuem validade jurídica?

R: A resposta é positiva. A Medida Provisória nº 2.200-2/01 confere valor jurídico aos documentos eletrônicos, assinados digitalmente, em quaisquer formatos que estejam: xml, odt, pdf, etc.

8. Quando, por motivos de diferença técnica entre os aplicativos denominados “assinadores digitais”, não for possível verificar a autenticidade da assinatura digital aposta em um documento, significa dizer, então, que o mesmo não foi assinado ou que a assinatura não é válida?

R: A resposta é negativa. Atualmente, existem três padrões de assinatura digital regulamentados pela ICP-Brasil: CadES, XadES e PadES. Atente-se, porém, que a assinatura digital fora dos aludidos padrões não significa que seja inválida, mas apenas que a rastreabilidade do documento e a sua interoperabilidade podem ser dificultadas. Apenas isso.

Os aplicativos responsáveis por assinar e verificar a assinatura que foi

documentos resultantes do processo de digitalização de forma distinta, os dispositivos ensejariam insegurança jurídica. Ademais, as autorizações para destruição dos documentos originais logo após a digitalização e para eliminação dos documentos armazenados em meio eletrônico, óptico ou equivalente não observam o procedimento previsto na legislação arquivística. A proposta utiliza, ainda, os conceitos de documento digital, documento digitalizado e documento original de forma assistemática. Por fim, não estão estabelecidos os procedimentos para a reprodução dos documentos resultantes do processo de digitalização, de forma que a extensão de efeitos jurídicos para todos os fins de direito não teria contrapartida de garantia tecnológica ou procedimental que a justificasse.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Msg/VEP-313.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015.

aposta no documento são denominados de assinadores digitais. No mercado, existem vários aplicativos que exercem essa função, de modo que cada um pode utilizar qualquer padrão de assinatura estabelecido. Pode ocorrer, assim, que determinado documento seja assinado utilizando-se o padrão “A” e a verificação dessa assinatura não ocorrer de forma bem-sucedida em razão de ser realizada por meio do assinador “B”, que possui outro formato.

O que existirá, na verdade, é a incompatibilidade entre os aplicativos dos assinadores, fato este que não induz ao entendimento de que a assinatura digital seja inválida ou mesmo que o documento não esteja assinado, mesmo porque é a utilização da certificação digital que confere validade jurídica, e não a sua verificação por validadores de assinatura.

Trocando em miúdos: essa “invalidade”, fornecida pelo sistema, não se trata de invalidade jurídica. A assinatura foi, e é, perfeitamente válida juridicamente (que é o que realmente interessa, no final das contas). Afinal, a MP 2.200-2 condiciona a validade da manifestação à utilização da ICP-Brasil, e não à adoção do padrão de assinaturas, que é apenas recomendado pelo ITI.

Conforme visto na pergunta anterior, a Medida Provisória garante validade jurídica ao documento eletrônico qualquer que o seja, independente de seu formato ou mesmo do padrão de assinatura utilizado.

Desse modo, ainda que o assinador digital determine a invalidade da assinatura, ou mencione expressão equivalente, a utilização do certificado digital ICP-Brasil válido garante, com base no ordenamento jurídico em vigor, que aquela assinatura tem a aptidão de produzir todos os seus efeitos jurídicos.

Entretanto, para solucionar esta questão e evitar aborrecimentos desnecessários, é recomendável que a verificação/validação da assinatura ocorra com um validador que utilize o mesmo padrão utilizado ao assinar.

9. A assinatura digital de um documento eletrônico perde a validade se o certificado digital ICP-Brasil que a assinou expirar?

R: A resposta é negativa. A validade de qualquer manifestação jurídica encontra-se adstrita ao momento de sua produção. Logo, se quando da assinatura o certificado encontrava-se válido, essa validade manter-se

indefinidamente.

10. O Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI possui a atribuição de fornecer laudos periciais ou outro tipo de documento do gênero no sentido de atestar a validade de um arquivo assinado digitalmente?

R: A resposta é negativa. O documento assinado com certificação digital ICP-Brasil é presumidamente válido por imposição legislativa, de modo que a produção de um laudo pericial apenas será cabível para justamente destruir essa presunção que advém da lei: em um processo judicial, o interessado em infirmar a assinatura digital solicitará a sua produção por um perito técnico especializado.

11. Existe alguma empresa credenciada na ICP-Brasil para fornecer laudos de documentos assinados digitalmente?

R: A resposta é negativa. Não existe nenhuma entidade credenciada que faça esse tipo de análise, pois, conforme já afirmado na pergunta anterior, a validade jurídica dos documentos assinados com certificados digitais ICP-Brasil advém diretamente da Medida Provisória.

12. As normas relacionadas à certificação digital reconhecem e validam o conceito de cartório digital?

R: A resposta é negativa. As serventias extrajudiciais, diante de suas relevantes funções institucionais, possuem expressa previsão constitucional, *verbis*:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Vê-se, assim, que inexistente qualquer previsão acerca da possibilidade de os cartórios serem digitais. O que existe, a bem da verdade, é a digitalização dos documentos e procedimentos efetuada pelos próprios cartórios físicos, atendendo a expressa determinação legal, esculpida na Lei 11.977/09:

Art. 37. Os serviços de registros públicos de que trata a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, observados os prazos e condições previstas em regulamento, instituirão sistema de registro eletrônico.

A diferença é evidente: as empresas que ofertam serviços eletrônicos na internet e se autodenominam como “cartórios digitais” não possuem qualquer previsão legal; já os cartórios reais, titularizados por pessoas físicas, podem perfeitamente (*rectius*: devem) instituir sistemas de registro eletrônico.

13. Um documento assinado digitalmente pode ser considerado válido para fins de protesto em cartório? Caso a resposta seja positiva, é permitida a emissão e/ou cobrança da cédula de crédito bancário sob a forma eletrônica?

R: A resposta é positiva para ambos questionamentos. Como o documento assinado digitalmente possui, por si só, presunção de validade, é considerado, portanto, título hábil para ingressar no Tabelionato de Protestos, que visa a comprovar a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida (Lei nº 9.492/97, art. 1º).

Há que se atentar, porém, que sua validade jurídica, por si só, não impõe ao Tabelionato de Protesto que aceite obrigatoriamente o referido documento. Deve-se verificar a possibilidade em algum normativo estadual que discipline a recepção eletrônica de documentos.

Já quanto à cédula de crédito, é importante consignar que a vigia mestra da possibilidade de o título de crédito vir sob a forma eletrônica encontra-se prevista no Código Civil, art. 889, § 3º:

Art. 889

[...]

§ 3º O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos

previstos neste artigo.

Ou seja, existe a possibilidade, ainda que genérica, de os títulos de crédito serem emitidos sob a forma eletrônica. Falta, apenas, que a lei de regência do próprio título traga essa específica previsão, face aos princípios da cartularidade e taxatividade.

Nesse sentido, a cédula de crédito bancário, entendida como promessa de pagamento em dinheiro, representativa de um título executivo extrajudicial, líquido, certo e exigível, pode ser protestada por indicação, conforme expressa previsão legal: “A Cédula de Crédito Bancário poderá ser protestada por indicação, desde que o credor apresente declaração de posse da sua única via negociável, inclusive no caso de protesto parcial (art. 41 da Lei nº 10.931/04).”

O silogismo, agora, parece simples: a) a própria lei específica (Lei nº 10.931/04) dispensa a apresentação do título para fins de protesto (interessante notar que a lei é posterior ao Código Civil, fato esse que faz presumir a incorporação dos novos conceitos pelo *codex* trazidos); b) os caracteres do título emitido sob a forma eletrônica, caso adotada a assinatura digital ICP-Brasil, possuem validade jurídica (MP nº 2.200-2/01, art. 1º); c) pela conjugação de todas as leis que regem a espécie (Código Civil, Lei nº 10.931/04, MP nº 2.200-2/01), caso a referida cédula seja emitida eletronicamente, com a assinatura de todos os intervenientes mediante a utilização de certificado digital ICP-Brasil, o título será perfeitamente válido e poderá produzir seus efeitos de direito, principalmente a sua exequibilidade.

Nesse sentido, um importante entendimento da Corregedoria de Justiça Bandeirante (TJSP Parecer 359/2009-E – Processo CG 2008/110943):

[...] E nada impede, salvo melhor juízo de Vossa Excelência, que as indicações das cédulas de crédito bancário se dêem por meio eletrônico, como já admitido pela Lei n. 9.492/1997 (art. 8º, parágrafo único) e pelas Normas de Serviço desta Corregedoria Geral da Justiça (subitem n. 11.6 do Cap. XV) no tocante às duplicatas mercantis, desde que acompanhadas, as referidas indicações, como exige a Lei n. 10.931/2004, de declarações dos credores de que possuem as vias negociáveis dos títulos. No que concerne a estas últimas, não se vê tampouco empecilho em que sejam assinadas digitalmente pelo representante legal da instituição financeira, em conformidade com as normas da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, instituída,

como sabido, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos eletrônicos, com envio aos tabeliães igualmente por meio eletrônico [...].

Ainda, a melhor doutrina expressa de que modo a referida cédula em formato eletrônico pode ser emitida:

Da mesma forma, o título de crédito pode ser emitido eletronicamente e assinado digitalmente, visto que as novas tecnologias de certificação digital garantem as funcionalidades do princípio da cartularidade, assegurando a identidade do emitente, bem como a integridade e a perenidade do conteúdo do negócio jurídico que lhe dá origem [...] Diante dessas exigências legais, indaga-se como emitir-se de maneira eletrônica a cédula de crédito bancário. Embora muito pertinente, trata-se de questão de fácil solução. Os títulos bancários, assim como os demais títulos de crédito, são passíveis de emissão eletrônica, mediante o uso da assinatura e da certificação digital, conforme acima. A exigência da emissão por escrito é atendida no documento eletrônico, em linguagem de computador, com possibilidade de tradução para o vernáculo, consoante dispõe a Lei Modelo da Uncitral sobre o comércio eletrônico, em seu art. 6º. Quanto à exigência de emissão em várias vias, basta o registro dessa informação no próprio documento eletrônico, com a garantia da sua integridade. Assim, o registro “1ª via”, “2ª via”, “3ª via” etc., é perfeitamente possível e pode fazer parte integrante do título eletrônico. Assim como para o documento com suporte físico em papel, para a extração de mais vias do documento eletrônico, basta a vontade do autor. No primeiro caso, é o autor quem define qual a primeira e quais as demais vias. Igualmente, ocorre relativamente ao documento eletrônico, o qual dispõe de garantia de integridade, dentre outras características. Finalmente, em face do acima exposto, verifica-se que as inovações promovidas pelo avanço tecnológico da assinatura eletrônica, assegurada pela certificação digital, disciplinada pela Medida Provisória 2.200/01, que institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, representa mais uma etapa na longa evolução do Direito Cambiário, agilizando, assim como na Idade Média, a circulação do crédito na sociedade moderna, atualmente baseada, em larga escala, em relações não presenciais, as quais constituem uma realidade que não pode ser ignorada pelo Direito. Aliás, segundo Ripert, quando o Direito ignora a realidade social, a realidade ignora o Direito.²⁵⁶

Face ao exposto, conclui-se no sentido da perfeita validade e

256

Disponível

em:

<http://www.serasaexperian.com.br/serasaexperian/publicacoes/serasalegal/2005/47/serasalegal_0114.htm>. Acesso em: 11 out. 15.

exequibilidade da emissão e cobrança da cédula de crédito bancário emitida sob a forma eletrônica, desde que utilizada, em sua confecção e intervenção, a assinatura digital ICP-Brasil, de modo a conferir autenticidade, integridade e validade jurídica às manifestações eletrônicas, tudo conforme a legislação vigente.

14. Um documento constante de banco de dados, público ou particular, que é alterado e emitido pelo usuário tão somente com base em *login* e senha, pessoal e intransferível, possui a mesma validade jurídica de um arquivo assinado por meio de certificado digital da ICP-Brasil?

R: A resposta é negativa. Apenas o certificado digital ICP-Brasil, e nenhum outro, gera a certeza da validade jurídica do documento eletrônico, pois se sabe, com garantia legal, quem assinou (autenticidade) e que o documento não sofreu nenhuma modificação entre o emissor e seu destinatário (integridade).

Não significa dizer, porém, que não possam existir outros certificados, ou mesmo outras formas de assinatura, tal qual o mencionado *login*. O único requisito para tanto é que as partes admitam-na como válida.

Logo, de pronto, afasta-se a possibilidade de documentos públicos adotarem essa forma. Quanto aos particulares, ainda que de interesse público (um cadastro de inadimplentes mantido por uma empresa privada, por exemplo), pode livremente a empresa e o particular aceitarem essa forma de manifestação eletrônica.

15. Existe alguma obrigatoriedade de pagamento de taxa ou tarifa para a manutenção do certificado digital?

R: A resposta é negativa. A ICP-Brasil não possui nenhuma taxa ou tarifa, vez que o certificado digital não é um serviço público (CF/88, art. 145). Diante disso, afirma-se que inexistente lei ou normativo no sentido de determinar qualquer espécie de pagamento compulsório para a manutenção do certificado digital já emitido.

Na ICP-Brasil apenas se paga para a aquisição (e não manutenção) do certificado digital, diante de valores livremente praticados e regulados pelo mercado.

16. É possível a delegação da senha (PIN) para terceiros?

R: **A resposta é negativa.** O DOC-ICP 05, em seu item 2.1.3, alínea “b”, estabelece como uma das obrigações do titular do certificado “[...] garantir a proteção e o sigilo de suas chaves privadas, senhas e dispositivos criptográficos.” Nesse sentido, ainda, o próprio Termo de Titularidade do certificado digital, que é expresso em deferir ao titular a sua responsabilidade pela criação, troca, utilização e proteção das senhas, chave privada e da mídia que as contém.

Sendo assim, conclui-se que a proteção da senha é uma responsabilidade exclusiva do titular do certificado, que não pode, por conseguinte, delegá-la a terceiros. Mas, e caso haja a delegação, ou seja, e caso se permita que terceiros utilizem do certificado digital que pertence a outrem?

A presunção de validade, que advém da lei, manter-se-á hígida: o titular do certificado digital será presumidamente o assinador do documento, e, como consequência, assumirá os direitos e obrigações dele oriundos, com vistas a proteger o terceiro de boa-fé que com ele contratou.

Acerca da utilização compartilhada de HSMs (módulos criptográficos), dada a extensão do assunto, remete-se o leitor ao ensaio colocado no final do livro.

17. Existe a figura da “renovação” do certificado digital?

R: **A resposta é positiva.** Porém, deve-se atentar para o significado da palavra renovação, que se traduz, na ICP-Brasil, como a emissão de um novo par de chaves criptográficas a partir de um certificado já emitido.

Não se trata, portanto, de um mesmo certificado “renovado”, mas sim de um novo, emitido a partir do anterior. Daí, talvez, a nomenclatura não seja a mais adequada, inobstante consagrada no uso comercial.

Tal procedimento, além de facultativo, é facilitado pelos normativos, que permitem a sua solicitação via *web*, desde que ainda válido o certificado que se deseja “renovar”, utilizando-se do dossiê documental (físico) já existente, nos

termos do item 3.2 do DOC ICP 05.

Hoje os normativos apenas permitem a renovação para os certificados digitais de pessoa física, e não mais para os de pessoa jurídica (diante de sua realidade fática extremamente mutável).

18. Existe a figura da “portabilidade” do certificado digital?

R: A resposta é negativa. A portabilidade é uma figura distinta da renovação, pois oriunda das telecomunicações (famosa é a portabilidade de números de celular), que significaria, em nossa infraestrutura, a possibilidade de determinado usuário mudar de Autoridade Certificadora após a emissão de seu certificado digital. Porém, uma vez emitido o certificado, não há como se efetuar qualquer alteração nos dados ali contidos.

19. A Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil é responsável pela certificação, veracidade e fiscalização dos sites destinados a registros de músicas?

R: A resposta é negativa. É relativamente comum os sites que se dedicam ao registro de músicas afirmarem, expressamente, que utilizam os certificados digitais ICP-Brasil como prova da autenticidade, validade e integridade de seus registros. Por vezes, utilizam até mesmo a logomarca²⁵⁷, com o intuito de sugerir aos seus clientes que a solução proposta é segura e válida.

Porém, a autoria da obra intelectual (Lei nº 9.610/98, arts. 11 c/c 18) deriva da sua simples criação, e o registro é apenas facultativo. Ou seja, o registro, nesse caso, não é constitutivo, pois a autoria já adveio da criação da obra, de modo que os referidos sites nada mais são do que verdadeiras compilações particulares que procuram facilitar a prova da titularidade das músicas, caso haja algum eventual questionamento.

Do ponto de vista técnico, é importante salientar que não se exige do usuário, autor da música, a utilização do certificado ICP-Brasil para assinar o arquivo digitalmente enviado. Assim, não se tem como comprovar *ope legis* a

²⁵⁷ A utilização da logomarca da ICP-Brasil deve seguir os parâmetros definidos na Resolução CG ICP-Brasil nº 98, de 25 de junho de 2013.

autoria da obra intelectual, pois é apenas o *site*, e não o criador, que assina o arquivo recebido.

20. O certificado digital pode ser considerado como um documento de identidade?

R: A resposta é negativa. O certificado digital é um documento eletrônico que se presta para identificar seu titular no meio virtual. Em si, porém, não é um documento de identidade, por diversos fatores: a) o fato de o emissor ser, comumente, uma pessoa jurídica de direito privado; b) a relação entre o usuário e a Autoridade Certificadora ser consumerista; c) possibilidade de emissão de certificado para pessoas físicas, jurídicas bem como de equipamentos ou aplicações; d) falta de expressa previsão em lei, etc.

Logo, aquele que utiliza o certificado digital ICP-Brasil é sim identificado no mundo virtual, porém, o certificado, em si, não serve como um documento de identidade. Uma carteira estudantil, por exemplo, identifica uma pessoa, mas não é, por si só, um documento de identificação.

21. Diante da autenticidade gerada pela utilização dos certificados digitais ICP-Brasil, é correto asseverar que todos (órgãos públicos, bancos, particulares, etc.) devem aceitá-lo?

R: A resposta é negativa. Conforme visto, a ICP-Brasil confere sim validade jurídica às manifestações eletrônicas. Porém, nenhuma entidade ou órgão público, nem mesmo algum agente privado, é obrigado a aceitar, *ex lege*, os documentos eletrônicos assinados digitalmente.

E isso por um motivo simples: inobstante vivermos em uma sociedade da informação, muitas entidades, tanto públicas quanto privadas, ainda não se encontram aderentes a esse novo paradigma tecnológico, de modo que podem, simplesmente, não ter os equipamentos necessários para receber, verificar e armazenar os documentos assinados digitalmente.

22. Na emissão do certificado digital de pessoa física os únicos documentos que podem ser exigidos pelas Autoridades de Registro (ou Instalações Técnicas) são aqueles expressamente previstos na legislação?

R: A resposta é negativa. O DOC ICP 05, que trata dos requisitos mínimos para as declarações de práticas de certificação das Autoridades Certificadoras da ICP-Brasil, define os procedimentos empregados para a confirmação da identidade de um indivíduo.

Conforme o próprio nome diz, são requisitos mínimos, e nada impede que a Política de Certificação de determinada Autoridade Certificadora exija outros documentos além (e nunca menos) daqueles previstos no DOC ICP 05. Logo, a AC OAB, por exemplo, pode exigir que para a emissão do certificado digital em sua cadeia conste o número de inscrição do advogado.

A confirmação de identidade deve ser realizada mediante a presença física do próprio interessado, com base em documentos de identificação legalmente aceitos, vedada, para tal finalidade, qualquer espécie de procuração (apenas admitida para as pessoas jurídicas, conforme se verá adiante). Assim, de acordo com o subitem 3.1.9.1, tem-se o seguinte:

- a) Cédula de Identidade ou Passaporte, se brasileiro;
- b) Carteira Nacional de Estrangeiro – CNE, se estrangeiro domiciliado no Brasil;
- c) Passaporte, se estrangeiro não domiciliado no Brasil;
- d) Comprovante de residência ou domicílio, emitido há no máximo 3 (três) meses da data da validação presencial;
- e) Mais um documento oficial com fotografia, no caso de certificados de tipos A4 e S4.
- f) Fotografia da face do requerente de um certificado digital ICP-Brasil, conforme disposto no DOC-ICP-05.03.
- g) Impressões digitais do requerente de um certificado digital ICP-Brasil, conforme disposto no DOC-ICP-05.03.

Nota 1: Entende-se como cédula de identidade os documentos emitidos pelas Secretarias de Segurança Pública bem como os que, por força de lei, equivalem a documento de identidade em todo o território nacional, desde que contenham fotografia.

Nota 2: Entende-se como comprovante de residência ou de domicílio contas de concessionárias de serviços públicos, extratos bancários ou contrato de aluguel onde conste o nome do titular; na falta desses, declaração emitida pelo titular ou seu empregador.

Nota 3: A emissão de certificados em nome dos absolutamente incapazes e dos relativamente incapazes observará o disposto na lei vigente.

Nota 4: Para a identificação de indivíduo na emissão de

certificado que integra o Documento RIC, deverá ser observado o disposto no item 3.1.1.6.

Nota 5: Caso não haja suficiente clareza no documento apresentado, a AR deve solicitar outro documento, preferencialmente a CNH – Carteira Nacional de Habilitação ou o Passaporte Brasileiro.

Nota 6: Deverão ser consultadas as bases de dados dos órgãos emissores da Carteira Nacional de Habilitação, e outras verificações documentais expressas no item 7 do documento CARACTERÍSTICAS MÍNIMAS DE SEGURANÇA PARA AS AR DA ICP-BRASIL [1].

Nota 7: Caso haja divergência dos dados constantes do documento de identidade, a emissão do certificado digital deverá ser suspensa e o solicitante orientado a regularizar sua situação junto ao órgão responsável.

Diante do exposto, resta claro que tanto os documentos de identidade originais (*i.e.*, as cédulas emitidas pelas Secretarias de Segurança Pública estaduais) bem como aqueles que, por força de lei, equivalem ao documento de identidade em todo o território nacional, tal qual o documento de habilitação de veículo automotor com foto, podem ser utilizados na aquisição dos certificados digitais.

23. O DOC ICP 05, em seu item 3.1.9.2.2, especifica diversos documentos que podem ser apresentados para fins de inserção dos respectivos dados no certificado digital. Dentre eles, encontra-se o título de eleitor. Nesse caso, pode o indivíduo substituir o título de eleitor original pela certidão de quitação eleitoral emitida pelo sítio eletrônico do TSE?

R: A resposta é positiva. De antemão, a fim de contextualizar o leitor, faz-se importante transcrever o aludido dispositivo:

3.1.9.2.2. Cada PC pode definir como obrigatório o preenchimento de outros campos ou o titular do certificado, a seu critério e mediante declaração expressa no termo de titularidade, poderá solicitar o preenchimento de campos do certificado com as informações constantes nos seguintes documentos:

- a) Cadastro de Pessoa Física (CPF);
- b) número de Identificação Social-NIS (PIS, PASEP ou CI);
- c) número do Registro Geral - RG do titular e órgão expedidor;
- d) número do Cadastro Específico do INSS (CEI);
- e) número do Título de Eleitor; Zona Eleitoral; Seção; Município e UF do Título de Eleitor;
- f) número de habilitação ou identificação profissional emitido por conselho de classe ou órgão competente.

Veja-se que não são quaisquer informações que podem estar inseridas no certificado digital, por mais importantes que sejam para o seu detentor, mas apenas aquelas expressamente previstas na norma acima transcrita, e desde que o titular assim o requeira expressamente.

Voltando-se ao questionamento, de acordo com a nota 1 do item 3.1.9.2.3 do referido DOC, é admitida a substituição dos documentos exigidos (que devem ser apresentados no ato de solicitação) por um documento único, desde que este seja oficial e contenha as mesmas informações constantes do original.

Logo, a certidão de quitação eleitoral, emitida pelo TSE, é considerada como um documento oficial, pois cumpre com os requisitos exigidos pela norma: além de ser expedida por um órgão do Judiciário, razão pela qual possui presunção de veracidade, também é dotada de um código que garante a possibilidade de o agente de registro efetuar a consulta sobre a sua autenticidade. Nesse sentido, a Resolução do TSE nº 21.823/2004 estabelece que:

O conceito de quitação eleitoral reúne a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, salvo quando facultativo, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça eleitoral e não remitidas, excetuadas as anistias legais, e a regular prestação de contas de campanha eleitoral, quando se tratar de candidatos.

A partir do momento em que a referida certidão é disponibilizada pelo próprio TSE, com seu número de inscrição e forma de autenticação, não se vislumbra qualquer óbice para que seja aceita pelas Autoridades de Registro ou Instalações Técnicas, pois, na verdade, se trata de um direito do usuário em utilizá-la. Em sentido mais ou menos conforme, a seguinte decisão do STJ sobre processo eletrônico:

A Lei n. 11.419/2006 disciplinou o uso de meio eletrônico na tramitação dos processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais. Assim, a Turma entendeu que não deve prevalecer a jurisprudência que afirmava terem as informações processuais fornecidas pelos tribunais de justiça e/ou tribunais federais apenas cunho informativo, pois

vige legislação necessária para que as informações veiculadas pelos sites dos tribunais sejam consideradas oficiais. Daí, a disponibilização pelo tribunal de serviço eletrônico de acompanhamento dos atos processuais para consulta das partes e advogados deve realizar-se eficazmente, pois se presumem confiáveis as informações ali divulgadas. Caso haja algum problema técnico, erro ou omissão do serventário da Justiça responsável pelo registro dos andamentos que traga prejuízo a uma das partes, poderá ser configurada a justa causa prevista no art. 183, § 1º, do CPC, salvo impugnação fundamentada da parte contrária. Logo, a Turma negou provimento ao recurso. (REsp 1.186.276-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 16/12/2010).

24. O documento de identidade, com seu órgão emissor diverso da Secretaria de Segurança Pública estadual, é considerado válido para a identificação do interessado?

R: A resposta é positiva. Quando a Nota 1 do subitem 3.1.9.1 do DOC ICP 05 estabelece que são consideradas como cédulas de identidade os documentos emitidos pelas Secretarias de Segurança Pública, não significa que aqueles que forem emitidos por outros órgãos oficiais não valham, sob pena de uma norma infralegal – como as Resoluções emitidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil – ferir as disposições que lhe são hierarquicamente superiores, como as determinações contidas em lei, ainda que estaduais.

Assim, a disposição regulamentar da ICP-Brasil apenas intuiu tratar dos casos mais comuns, que são as carteiras de identidades emitidas pelas Secretarias de Segurança Pública, mas nada impede que sejam confeccionadas por outros órgãos, desde que oficiais, previstos em lei e que contenham a foto do seu titular (no Estado do Rio de Janeiro, p. ex., os RGs são emitidos pelo Detran ou pelo Instituto Félix Pacheco).

25. O documento de identificação (RG) pode ser apresentado de forma replastificada, ou seja, plastificada pelo próprio interessado?

R: A resposta é negativa. Tendo em vista a falta de norma regulamentadora da ICP-Brasil acerca do tema, é razoável o agente de registro requerer ao interessado que apresente um outro documento de identificação, com vistas à conferir uma maior segurança ao procedimento e, assim, evitar fraudes e prejuízos a terceiros de boa fé.

O Provimento do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP CG nº 25/06 dispõe sobre a vedação da apresentação do documento de identificação replastificado para a prática de atos pelos Tabeliães de Notas e Oficiais de Registro Civil, devendo, por isso mesmo, ser utilizado por analogia em nossa infraestrutura.

26. A Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS é considerada como documento válido para identificação do indivíduo?

R: A resposta é positiva. Dentre os diversos documentos que podem ser apresentados para fins de identificação de um indivíduo, a Nota 1 do item 3.1.9.1 do DOC ICP 05 é assim expressa:

Entende-se como cédula de identidade os documentos emitidos pelas Secretarias de Segurança Pública bem como os que, por força de lei, equivalem a documento de identidade em todo o território nacional, desde que contenham fotografia.

Logo, o art. 40 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, ao expressamente prever que “As Carteiras de Trabalho e Previdência Social regularmente emitidas e anotadas servirão de prova nos atos em que sejam exigidas carteiras de identidade [...]” acaba por admitir a CTPS como sucedâneo natural da carteira de identidade regular.

A própria Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, que trata da identificação criminal, admite, como forma de identificação civil, a Carteira de Trabalho (art. 2º, inc. II). Assim, percebe-se que a CTPS preenche objetiva e subjetivamente os requisitos para a identificação do indivíduo, vez que possui fotografia e, por força de lei, equivale a documento de identidade em todo o território nacional.

Acerca da matéria, traz-se à colação os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. CONCURSO VESTIBULAR. INSCRIÇÃO. DOCUMENTO DE IDENTIDADE.

1. Indeferido o pedido de inscrição a pretexto de não ser apresentada Cédula de Identidade, mas Carteira de Trabalho e Previdência Social, por motivo de doença que não permite obter as impressões digitais do impetrante, em que pese a autonomia administrativa da Universidade, não poderia negar vigência ao

DEC-5452/43, ART-40, que confere à CTPS o valor de documento de identificação pessoal.

[...]

(Origem: Tribunal - Quarta Região Classe: REO - Remessa Ex
Officio Processo: 9404354155 Uf: Rs Órgão Julgador: Quarta
Turma Data Da Decisão: 30/09/1997 Documento: Trf400058483
Fonte DJ 04/03/1998 Página: 556 Relator(A) Silvia Maria
Gonçalves Goraieb Decisão Unânime)

SEGURO DESEMPREGO. RECUSA. RESOLUÇÃO DO
CODEFAT. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CARTEIRA
DE IDENTIDADE. CTPS. DOCUMENTO DE IDENTIFICAÇÃO.
ART. 40 DA CLT.

I - Caso em que foi recusado o benefício do seguro desemprego a trabalhador, com respaldo em Resolução do CODEFAT, que exige, para a identificação do segurado, a apresentação da carteira de identidade e da CTPS. No momento em que foi pleitear o benefício trabalhista, o trabalhador apresentara somente a CTPS, em razão de haver extraviado a carteira de identidade.

II - O Tribunal a quo entendeu que o CODEFAT, ao expedir a mencionada Resolução, olvidara-se do disposto no art. 40 da CLT, ou seja, de que a carteira de trabalho, por si só, basta para a identificação do trabalhador desempregado, não podendo ser a ele negado o pagamento do seguro desemprego sob a simples justificativa de que deixara de apresentar a carteira de identidade, quando regularmente for apresentada a CTPS.

III - Não houve ofensa aos arts. 15 e 19 da Lei nº 7.998/90, vez que o Tribunal de origem em momento algum desconsiderou a competência atribuída ao CODEFAT, por aquela mesma Lei, para regulamentar a legislação referente ao seguro desemprego. Reprovou-se, apenas, a recusa do benefício justificada pelo simples fato de o trabalho desempregado não apresentar a carteira de identidade propriamente dita, quando por ele for apresentada a CTPS.

IV - Tal recusa, unicamente fundada na ausência de apresentação da carteira de identidade, não se mostra razoável, visto que será negado ao trabalhador desempregado benefício a que tem direito, causando-lhe prejuízo injustificado, visto que a CTPS por ele apresentada legalmente o identifica.

V - É inegável que se está diante de direito do trabalhador, no caso, seguro desemprego (cf art. 7º, II, CF/88). Assim sendo, perfeitamente aplicável a norma inserta no art. 40 da CLT in casu, já que se trata de exercício de direito trabalhista.

VI - Recurso especial improvido.

(Origem: STJ - Superior Tribunal De Justiça Classe: Resp -
Recurso Especial – 610857 Processo: 200302151725 Uf: Pr
Órgão Julgador: Primeira Turma Data Da Decisão: 27/02/2007
Documento: STJ 000290223 Fonte DJ Data:12/04/2007
Pg:00212 Relator(A) Francisco Falcão)

27. O Cartão de Identificação do Trabalhador – CIT é considerado como documento válido para identificação do indivíduo?

R: A resposta é positiva. A Portaria nº 210, de 29 de abril de 2008, do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, dispõe sobre a emissão da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) Informatizada e o Cartão de Identificação do Trabalhador (CIT), que a integra (artigo 2º, § 3º).

Superamos o entendimento esposado na versão anterior deste Manual e passamos a entender que o Cartão de Identificação do Trabalhador, da mesma forma que a CTPS, pode sim ser utilizado para fins de comprovação da identidade, vez que os modelos definidos pela Portaria MTE parecem oferecer a segurança necessária exigida no ato de emissão dos certificados digitais ICP-Brasil, contendo, entre outras informações, nome, filiação e data de nascimento, naturalidade, número do Cadastro de Pessoa Física – CPF, número da CI e órgão expedidor ou número da certidão de nascimento, assinatura, impressão digital e foto do solicitante (art. 3º).

28. Para fins de comprovação de residência, a fatura de cartão de crédito pode ser aceita?

R: A resposta é positiva. De acordo com a Nota 2 do subitem 3.1.9.1 do DOC ICP 05:

Entende-se como comprovante de residência ou de domicílio as contas de concessionárias de serviços públicos, extratos bancários ou contratos de aluguel onde conste o nome do titular; na falta desses, declaração emitida pelo titular ou seu empregador.

Logo, o normativo em questão, ao permitir a comprovação do endereço por extrato bancário, implicitamente também o aceita por meio da fatura de cartão de crédito.

Mais uma vez modificamos nosso entendimento anterior no sentido de que apenas as administradoras de cartões que fossem instituições financeiras poderiam emitir faturas aceitas na ICP-Brasil.

Hoje, entendemos que quaisquer administradoras podem ter as suas faturas admitidas na ICP-Brasil, seja porque, sob a ótica do STJ, todas as

administradoras de cartão de crédito são financeiras²⁵⁸, seja porque todas são fiscalizadas pelo Banco Central do Brasil. O próprio FAQ, mantido pelo Bacen,²⁵⁹ assim é expresso:

1. O Banco Central regula e fiscaliza os serviços de pagamentos vinculados a cartão de crédito?

Sim. Os serviços de pagamentos vinculados a cartão de crédito emitidos por instituições financeiras ou instituições de pagamento estão sujeitos à regulamentação baixada pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil, nos termos dos arts. 4º e 10 da Lei 4.595, de 1964, e da Lei 12.865, de 2013.

29. Para fins de comprovação de residência, apenas poderão ser aceitas as contas de concessionárias de serviços públicos?

R: A resposta é negativa. O contrato de concessão nada mais é do que o meio jurídico no qual se formaliza a transferência, por prazo certo, da execução de um serviço de natureza pública. Assim, embora o serviço seja prestado por particulares, cabe ao poder público o dever de fiscalizar e regulamentar a forma de sua execução.

Desta forma, por se tratar de atividade que possui íntima relação com o interesse coletivo, tem-se que a documentação emitida por essas concessionárias é legítima para comprovar o endereço daquele que com ela contrata um serviço, bem como também o são aquelas emitidas pelas permissionárias de serviços públicos. A referência relativa a contas de concessionárias de serviços públicos, contida no DOC ICP 05, subitem 3.1.9.1, Nota 2, merece interpretação ampliativa, pois utiliza linguagem coloquial.

Nada justifica, assim, a diferenciação entre concessionárias e permissionárias para esta finalidade, haja vista que a Lei nº 8.987/95, com base na Constituição Federal, art. 175, entende que ambas podem ser espécies de delegações de serviços públicos:

258 STJ Súmula 243: As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.

259 Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/cartao.asp#l>. Acesso em 12 ago. 2015.

Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

30. A fatura que trata apenas do serviço de fornecimento de acesso à internet pode ser utilizada para fins de comprovação de residência?

R: A resposta é negativa. Conforme visto no item anterior, a verificação se a fatura se presta ou não para fins de comprovação da residência deve partir da análise se se trata de um serviço público (água, esgoto, telefonia, TV a cabo, luz) e não sobre a natureza de uma eventual delegação (concessão ou permissão). Segundo José dos Santos, serviço público deve ser entendido como "[...] toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade."²⁶⁰

O fornecimento de acesso à internet não é enquadrado, no direito brasileiro, como um serviço público. Portanto, a fatura de internet, por si só, não é suficiente para cumprir a Nota 2 do subitem 3.1.9.1 do DOC ICP 05, salvo, apenas, se tal serviço for prestado por alguma concessionária (ou permissionária) de serviço público (como, por exemplo, quando são oferecidos os serviços "combo", de telefonia e internet).

31. Para fins de comprovação de residência podem ser aceitos os boletos de cobranças de tributos, tais como IPTU e IPVA?

R: A resposta é negativa. Não devem ser aceitos tais boletos, quaisquer que os sejam, seja porque nossos normativos não os mencionam, seja porque o titular de tais débitos não necessariamente reside no endereço mencionado, haja vista a sua natureza jurídica *propter rem*²⁶¹.

260 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 267.

261 Tal expressão deve ser entendida como "[...] vinculação a um direito real, ou seja, a determinada coisa de que o devedor é proprietário ou possuidor." DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 11.

32. O indivíduo analfabeto pode adquirir certificado digital?

R: A resposta é positiva. A presente questão ainda não se encontra regulamentada pela ICP-Brasil, contudo, na prática, algumas ponderações merecem ser tecidas.

O Código Civil, em diversas passagens, trata diferentemente do assunto (interessante notar que em nenhum momento o código se refere ao “analfabeto”, mas apenas àquele que não sabe ler ou escrever). Por exemplo: no testamento público, exige-se a declaração do oficial mais duas assinaturas, uma do oficial e outra a rogo (Cód. Civil, art. 1865); já no caso das escrituras públicas, basta a assinatura de outra pessoa capaz, a rogo (Cód. Civil, art. 215). Existe, ainda, a hipótese do contrato de prestação de serviços, na qual se prescinde de qualquer declaração pública, pois basta a presença de duas testemunhas (Cód. Civil, art. 595).

A bem da verdade, tais previsões do Código Civil não nos auxiliam na situação de aquisição dos certificados digitais para analfabetos, pois o agente de registro, no desempenho de suas funções, não possui a fé pública própria dos tabeliães (Lei nº 8.935/94, art. 3º), nem, também, na legislação que rege a identidade civil (Lei nº 7.116/83) existe qualquer menção ao analfabeto que possa ser utilizada por analogia (na prática, porém, caso a pessoa não saiba assinar, a carteira de identidade será emitida com um carimbo especificando a condição de que o indivíduo não sabe ler ou escrever. Ora, essa prova é válida, sem maiores digressões, pois o policial encarregado de fazer a identificação civil, que abrange a datiloscópica, pode efetuar-la pela fé pública inerente a todo servidor no desempenho de suas funções).

Frente a todo o exposto, a melhor saída, caso algum analfabeto requeira a aquisição de um certificado digital, entende-se que seja a substituição da sua assinatura pela impressão datiloscópica, aliada à declaração do agente de registro, aposta no Termo de Titularidade, de que se trata de pessoa não alfabetizada. Ademais, nesse caso, preferivelmente deve ser solicitada a apresentação da carteira de identidade do indivíduo, pois no referido documento já constará a declaração de que se trata de pessoa não alfabetizada.

33. Uma mesma pessoa pode adquirir mais de um certificado emitido pela mesma Autoridade Certificadora?

R: A resposta é negativa. Cada Autoridade Certificadora somente pode emitir um único certificado digital por pessoa, seja física ou jurídica. O item 3.1.5 do DOC ICP 05 determina que cada AC deve estabelecer em sua Declaração de Práticas os identificadores dos tipos de nome, que deverão ser únicos, para cada titular, devendo, se for o caso, inserir números ou letras adicionais para assegurar a unicidade do campo.

Nada impede, entretanto, que um mesmo usuário adquira dois certificados digitais de ACs diferentes. Apesar de não contrária ao sistema, tal prática se demonstra desnecessária, pela interoperabilidade dos certificados digitais. Ou seja: o possuidor de um certificado digital, independente da cadeia da Autoridade Certificadora que o emitiu, terá acesso às mesmas funcionalidades franqueadas a todos os outros certificados, de modo que quaisquer certificados digitais, por serem ICP-Brasil, desempenham a mesma função.

34. Cada Autoridade Certificadora possui DPC, PC e PS próprias, de observância obrigatória a todos os adquirentes de seus certificados? Caso positivo, questiona-se:

- a) Qual o motivo de restringir a emissão de um certificado reserva pela AC OAB?
- b) Sem poder ter um certificado de reserva emitido pela AC OAB o advogado poderia adquirir um segundo certificado de outra AC?
- c) Haveria algum problema em peticionar em um processo, em momentos distintos, com dois certificados diferentes?
- d) Existe alguma recomendação do ITI para a manutenção de um certificado reserva?

R: A resposta é positiva ao questionamento do *caput*. Em atenção às alíneas, responder-se-á pontualmente:

- a) Vimos, na pergunta anterior, que cada AC apenas pode emitir um certificado para seus adquirentes. Essa é uma norma da ICP-Brasil, de modo que todas ACs devem observá-la. No caso da AC OAB, verifica-se que a mesma determinou em sua DPC que o certificado digital do advogado somente poderá ser armazenado no chip do seu cartão profissional, sendo vedada a

sua emissão em qualquer outro documento ou *hardware* de armazenamento.

b) Em tese, sim. Inexiste norma que vede ao advogado a aquisição de certificado digital em cadeia diversa da AC OAB. Acontece, porém, que nem todas as ACs inserem nos seus respectivos certificados as informações imprescindíveis para a atuação do advogado em juízo, tais como: o número de inscrição na OAB; a respectiva seccional, entre outros elementos.

c) O certificado digital, via de regra, deve ser previamente cadastrado no protocolo do respectivo Tribunal, de modo que, em tese, é possível a vedação do cadastramento de mais de um certificado pelo mesmo advogado. Porém, essa possível vedação não é da ICP-Brasil, mas sim da secretaria virtual do Tribunal. Caso não haja esse empecilho, e desde que os dois certificados estejam cadastrados, não se vislumbra óbice, do ponto de vista técnico, para que tal ocorra. Afinal, ambos possuem a mesma função: identificar o advogado.

d) Não. Conforme visto, o interessado pode adquirir mais de um certificado digital emitido por cadeias diversas. Desta forma, não há norma proibitiva ou regulamentadora de certificado reserva.

35. Na documentação apresentada pode constar o nome de solteira(o) de uma pessoa que, segundo a documentação apresentada, ainda se encontra casada? E vice-versa (ou seja, a pessoa com documentos de solteira mas que se encontra casada pode possuir o certificado digital emitido com seu nome de casada)?

R: A resposta é positiva. A fase de identificação presencial, que ocorre perante as Autoridades de Registro ou Instalações Técnicas, visa a assegurar a verdadeira identidade do comparecente, de modo que os documentos apresentados devem refletir fielmente o atual estado do solicitante.

O estado civil não necessariamente precisa estar incorporado em um documento único, bastando que a documentação apresentada reflita a sua atual situação. Assim, qual prejuízo poderia haver para a ICP-Brasil se apresentadas, concomitantemente, a identificação civil da pessoa com o nome de solteira e a certidão de casamento onde consta o anterior nome de solteiro e o atual de casado?

A comprovação do atual estado civil da pessoa, ainda que mediante a apresentação de dois documentos distintos mas complementares, é perfeitamente válida e suficiente para individualizá-la. Seria, assim, um excesso de zelo, injustificável até, que o interessado em adquirir o certificado digital necessitasse, antes, proceder à alteração de todos os documentos. O agente de

registro deve apenas se atentar que toda a documentação apresentada deve necessariamente constar do dossiê documental referente àquela emissão.

Mas claro que, se a pessoa se recusar a apresentar todos os documentos necessários, a emissão do certificado deverá ser imediatamente obstada.

36. O documento de identificação apresentado que possua divergência de uma consoante, preposição ou mesmo um acento no nome da pessoa física pode gerar a recusa na emissão do certificado?

R: A resposta é positiva. O nome é o sinal que caracteriza e diferencia o indivíduo na sociedade e qualquer diferença, seja de letra, preposição ou acento, impossibilita e inviabiliza a correta identificação do indivíduo.

Importante não confundir o presente questionamento com a pergunta anterior, pois, no caso da pessoa casada que ainda ostente o nome de solteira, a documentação completa apresentada assegura ao agente de registro a real situação do titular do certificado; já na presente situação, sequer se sabe a correta grafia do nome.

Frente a importância do certificado digital na vida do cidadão e as possibilidades ilimitadas que o mesmo oferece, não há dúvidas em se afirmar que absolutamente todos os documentos que compõem o dossiê devem ter a mesma grafia do nome do titular.

37. É possível a emissão de um certificado digital de pessoa física para estrangeiros? Caso positivo, quais documentos deverão ser apresentados?

R: A resposta é positiva. A obtenção de certificado digital para pessoa física (e não jurídica) estrangeira é plenamente possível, devendo-se apenas observar os requisitos esculpidos no DOC-ICP-05, subitem 3.1.9.1, alíneas “b” e “c”, que determinam, respectivamente, se o estrangeiro for domiciliado no Brasil, deve apresentar a sua Carteira de Identidade de Estrangeiro – CIE; se temporário, o passaporte.

Verifica-se, porém, que regulamentação do Ministério da Justiça²⁶² determina que, em certas hipóteses, seja emitida a Carteira de Identidade de Estrangeiro mesmo aos temporários.

Compatibilizando, pois, ambos regramentos, entende-se que o temporário que deva possuir CIE pode apresentá-la, ao lado do passaporte. Àquele que não possa adquirir a sua carteira de identificação, haja vista se encontrarem no país para turismo, negócios, atividades esportivas ou artísticas, resta a apresentação do passaporte válido.

Cada AC poderá, ainda, estabelecer em sua Política de Certificado outros documentos obrigatórios (item 3.1.9.2.2 do DOC ICP 05), como, por exemplo, o CPF. Nesses casos, toda a documentação exigida pela AC escolhida deverá ser apresentada, independentemente de se tratar de brasileiro ou não.

38. O Registro Nacional de Estrangeiro – RNE equivale à Carteira de Identidade de Estrangeiro – CIE?

R: A resposta é negativa. No Brasil temos o costume de designar o RG (Registro Geral, um simples número de identificação) como se a nossa própria carteira de identidade fosse (o documento com foto). Logo, é comum ouvir falar que para se fazer determinado concurso público, por exemplo, o candidato deverá levar o seu RG (quando, na verdade, é a carteira de identidade que contém o RG).

São dados diferentes, que se completam: o RG é um número, atribuído pelas Secretarias Estaduais de Segurança; já a carteira de identidade, um documento com foto e validade nacional, expedida com base no RG. Repise-se: é a carteira, e não o seu número, que pode ser utilizado como documento de identificação.

Tal assim ocorre, similarmente, entre o RNE (número) e a CIE (documento).

Na ICP-Brasil, portanto, apenas a Carteira de Identidade (ou CIE) - e não o número RG (ou RNE) que a compõe – serve de documento idôneo à emissão

262 Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/estrangeiros/permanencia/carteira-de-identidade-de-estrangeiro>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

dos certificados digitais.

39. É correto o procedimento de se inserir dados de terceiro no certificado digital do titular, como, por exemplo, o e-mail do contador?

R: A resposta é negativa. Por definição, o certificado digital, como documento de identificação que é, não pode conter dados que não os do seu titular. Ademais, o subitem 2.1.3, alínea “a”, do DOC ICP 05 determina que compete aos titulares “fornecer, de modo completo e preciso, todas as informações necessárias para a sua identificação.”

3 – EMISSÃO DE CERTIFICADOS DIGITAIS: PESSOAS JURÍDICAS, ENTES EQUIPARADOS e EQUIPAMENTOS (40-77)

40. Os termos certificado digital de pessoa jurídica e e-CNPJ são sinônimos?

R: A resposta é negativa. A relação que existe entre ambos é de continente e conteúdo, pois o e-CNPJ nada mais é que uma espécie de certificado digital de pessoa jurídica emitido na cadeia da Receita Federal do Brasil – RFB.

Nesse contexto, a personalidade jurídica apenas é conferida pela lei – e não pelo CNPJ²⁶³. Logo, quem se afigura como sujeito de direitos é a pessoa jurídica²⁶⁴, e não o detentor do número do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ, que possui a simples finalidade de identificação perante a RFB. Tanto assim que diversos entes que não possuem personalidade jurídica possuem CNPJ (inobstante seu nome se referir expressamente a pessoas jurídicas), tais como os cartórios, espólios, condomínios edilícios, etc.

Logo, a ICP-Brasil possui, ao lado de certificado digital de pessoas físicas, incapazes e aplicações/equipamentos, o certificado de pessoa jurídica (e

263 Código Civil, art. 45: Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

264 Código Civil, art. 44: São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações; IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos; VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

entes equiparados), do qual o e-CNPJ é, apenas, seu nome comercial na cadeia da Receita Federal do Brasil.

Atente-se, por fim, que nada impede a inserção do número CNPJ em um certificado digital de pessoa jurídica emitido fora da cadeia da Receita Federal.

41. As figuras do representante e do responsável pelo certificado digital de pessoa jurídica são sinônimas?

R: **A resposta é negativa.** O termo de titularidade da pessoa jurídica possui três campos para preenchimento: a) titular: é a pessoa jurídica, sujeito de direitos na ordem civil (sobre o assunto, ver pergunta anterior); b) representante: a pessoa física ou jurídica indicada no ato constitutivo ou, alternativamente, caso o ato constitutivo permita expressamente, o procurador (*i.e.*, o representante convencional). Enfim, aquele que pode agir em nome da empresa, que, por si, é um ente abstrato (uma ficção jurídica); c) responsável: a pessoa física (necessariamente) que terá a posse física do certificado digital. Pode – ou não – ser o próprio representante da empresa.

Nada, assim, impede que o responsável seja um terceiro, sem qualquer previsão no ato constitutivo ou mesmo procuração, desde que compareça em uma AR com o representante (ou o procurador) da pessoa jurídica e assine o Termo de Titularidade. Essa assinatura no Termo é indelegável.

Além de o responsável sempre ser singular (ao passo que os representantes podem ser tantos quantos o ato constitutivo indique) deve também comparecer presencialmente no ato de emissão do certificado (ao passo que os representantes legais da empresa, satisfeitas algumas exigências normativas, podem se fazer representar por meio de procuração, conforme visto).

A diferença entre a titularidade e responsabilidade reside, basicamente, nos conceitos de propriedade e posse do objeto. A titularidade, ou, em outras palavras, a propriedade do certificado, pertence à pessoa jurídica, que será exercida por meio do seu representante legal, ao passo que a responsabilidade pela sua utilização pode pertencer a qualquer um, desde que pessoa física e haja uma relação de confiança entre o responsável e o titular do certificado.

42. As diferenciações vistas no questionamento anterior possuem alguma especificidade na cadeia da Receita Federal?

R: A resposta é positiva. Os certificados digitais de pessoas jurídicas, emitidos na cadeia da Receita Federal do Brasil-RFB (denominados de E-CNPJ, conforme tratado na pergunta 40), apenas admitem como representantes e responsáveis a pessoa física responsável pelo CNPJ.

A pequena complicação que existe é de ordem terminológica: no banco de dados da Receita Federal, todo CNPJ possui uma pessoa física responsável. Esse responsável (pelo CNPJ), em tese, não se confunde com o responsável pelo certificado, apesar de ambos possuírem a mesma denominação (“responsável”). A Declaração de Práticas de Certificação – DPC da própria RFB exige, porém, que sejam a mesma pessoa, inobstante tratem-se de funções distintas.

Em linha conclusiva: essa pessoa física que conste no banco de dados da RFB deverá ser, em relação aos e-CNPJs, simultaneamente, tanto o representante quanto o responsável pelo uso do certificado digital.

Ao adquirente de certificado digital que deseja se valer de um outro representante, previsto no ato constitutivo e não constante como responsável pelo CNPJ, admite-se, alternativamente, ou a emissão de uma procuração eletrônica, prevista na Instrução Normativa RFB nº 944, de 29 de maio de 2009 (importante não confundir com a procuração pública prevista nos normativos da ICP-Brasil), para que se altere o responsável pelo CNPJ, ou mesmo a emissão do certificado digital de pessoa jurídica em uma outra cadeia da ICP-Brasil que não a da RFB.

43. A identificação “presencial” das pessoas jurídicas também se faz necessária para a emissão dos respectivos certificados digitais?

R: A resposta é positiva. Diz a M.P. 2.200-2/01:

Art. 7º Às AR, entidades operacionalmente vinculadas a determinada AC, compete identificar e cadastrar usuários na presença destes, encaminhar solicitações de certificados às AC e manter registros de suas operações.

A norma é bastante significativa, pois determina que as Autoridades de Registro, necessariamente vinculadas à uma Autoridade Certificadora – que lhe é superior hierarquicamente – identifiquem os usuários na presença destes, *i.e.*, mediante seu comparecimento presencial.

No Brasil, inclusive, a presença física não foi prevista na primeira edição da Medida Provisória 2.200, de 28 de junho de 2001, apenas passando a constar na segunda, de 27 de julho de 2001. A conclusão foi evidente: não há como garantir a autenticidade se não se garante que aquela pessoa é realmente quem afirma o ser.

A identificação presencial, nos termos da Medida Provisória, é um pilar básico da nossa infraestrutura, constituindo-se um norte tanto interpretativo quanto de produção normativa para toda a legislação subsequente. Resta analisar em quais termos se torna possível ocorrer a presencialidade na identificação dos usuários.

A identificação presencial dos adquirentes de certificados digitais de pessoas físicas é literal, ou seja: devem comparecer, elas mesmas, perante uma Autoridade de Registro, a fim de solicitar a emissão de seus certificados digitais, conforme determina a alínea “a” do subitem 3.1.1.1 do DOC ICP 05.

Logo, para os certificados digitais de pessoas físicas é vedada qualquer espécie de procuração. Se na obtenção de uma carteira de identidade tradicional é indispensável o comparecimento presencial do cidadão perante o respectivo órgão da Secretaria de Segurança Pública,²⁶⁵ conclui-se que o fornecimento do certificado digital não poderia ter requisitos de segurança mais abrandados, pois ambos possuem a mesma função: identificar pessoas. O ato é, assim, personalíssimo, tal qual o exercício do direito a voto e o testamento.

Já a identificação presencial das pessoas jurídicas ocorre de maneira um pouco diferente: por sua natureza abstrata, as pessoas jurídicas sempre serão representadas por pessoas físicas, que adquirirão e utilizarão o certificado não sob seus respectivos nomes, mas sim em nome da pessoa jurídica, titular do certificado.

265 Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, regulamentada pelo Decreto nº 89.250, de 27 de dezembro de 1983.

É da sua própria natureza a possibilidade de representação na aquisição dos certificados, de modo que a identificação presencial das pessoas jurídicas impescinde de representação,²⁶⁶ seja legal (aquela expressamente determinada em seu ato constitutivo), seja convencional (ou seja, a pessoa eleita por meio de uma procuração²⁶⁷, que, na ICP-Brasil, depende de alguns requisitos solenes²⁶⁸).

Verifica-se, pois, que os requisitos de identificação presencial referentes a pessoas físicas ou pessoas jurídicas são distintos, pois se referem a pessoas distintas. Porém, em ambas as identificações sempre há presencialidade (ainda que por intermédio de alguém) pois assim a Medida Provisória 2.200-2/01, norma maior da ICP-Brasil, determina.

44. A identificação “presencial” dos equipamentos também se faz necessária para a emissão dos respectivos certificados digitais?

R: A resposta é positiva. Todavia, deve-se compreender o significado da “presencialidade” no contexto da identificação dos equipamentos, pois, conforme visto no questionamento anterior, a identificação presencial se faz necessária para a emissão de qualquer certificado digital.

Hoje, o DOC ICP 05, subitem 3.1.11.1.1, exige que o titular do equipamento proceda à sua identificação presencial (do titular, seja pessoa física ou jurídica). O equipamento em si não precisa ser identificado presencialmente perante a Autoridade de Registro, pois basta seja feita menção, como exige o Termo de Titularidade específico, da sua identificação, conforme consta no item a seguir descrito:

2. Identificação do Equipamento ou Aplicação.

URL ou nome da aplicação: _____

266 Código Civil, art. 115: Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado.

267 Código Civil, Art. 653: Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato. Segundo Orlando Gomes: "O mandato é a relação contratual pela qual uma das partes se obriga a praticar, por conta da outra, um ou mais atos jurídicos. O contrato tem a finalidade de criar essa obrigação e regular os interesses dos contratantes, formando a relação interna, mas, para que o mandatário possa cumpri-la, é preciso que o mandante lhe outorgue o poder de representação; se tem ademais, interesse em que aja em seu nome, o poder de representação tem projeção exterior, dando ao agente, nas suas relações com terceiras pessoas, legitimidade para contratar em nome do interessado, com o inerente desvio dos efeitos jurídicos para o patrimônio deste último." GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 347-348.

268 Descritos na Resolução CG ICP-Brasil nº 107, de 25 de agosto de 2015.

E esse ponto nos é bastante importante: o certificado digital de equipamento/aplicação não prevê que haja qualquer identificação presencial do próprio equipamento, seja por uma impossibilidade física (muitas vezes levá-lo à presença da Autoridade de Registro pode ser uma tarefa deveras custosa), interpretativa (a Medida Provisória exige a identificação presencial do “usuário”, que não se aplica ao equipamento) ou mesmo jurídica (os equipamentos não são pessoas, com aptidão para assunção de deveres e obrigações).

Assim, o vocábulo “presencialidade”, em relação aos equipamentos, abrange dois aspectos cumulativos: a) deve-se identificar, presencialmente, seu titular (*i.e.*, a pessoa física ou jurídica dona do equipamento). Para tanto, seguir-se-á o regramento específico exigido para cada situação; b) deve-se demonstrar inequivocamente a infungibilidade do equipamento. Tal termo vem a significar:

Infungibilidade é a qualidade de ser o bem infungível, ou seja, são os bens móveis que não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, quantidade e qualidade. Os bens infungíveis não admitem substituição por ser considerado em seu todo um bem individual.²⁶⁹

Uma vez identificado seu titular, bem como a perfeita individualização do equipamento, restará demonstrada a “presencialidade” exigida para a emissão desse específico certificado.

Percebe-se, diante do até aqui exposto, que a identificação presencial exigida pela Medida Provisória adquire tonalidades diferentes em função do que vem a ser identificado: pessoa física, pessoa jurídica ou equipamento/aplicação.

45. Em relação ao questionamento anterior, os equipamentos fiscais emitidos no âmbito do e-SAT possuem alguma especificidade?

R: **A resposta é positiva.** Os referidos equipamentos, referentes à emissão de cupons fiscais eletrônicos pelos fiscos estaduais, possuem uma Política de Certificados própria na ICP-Brasil.

Assim, o certificado digital ICP-Brasil do tipo A CF-e-SAT será adquirido por intermédio da solicitação eletrônica do seu futuro titular, pessoa física ou

269 Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/999/Infungibilidade>>. Acesso em: 29 out. 2015.

jurídica, e apenas poderá ser emitido para equipamentos integrantes do Sistema de Autenticação e Transmissão do Cupom Fiscal Eletrônico – SAT-CF-e.

Será, portanto, uma espécie de certificado digital no qual não haverá a estrita identificação presencial do solicitante. Porém, essa identificação presencial já terá ocorrido quando da emissão do certificado digital de pessoa jurídica (único certificado o qual permitirá a solicitação da emissão do A CF-e-SAT). Ora, as próprias manifestações eletrônicas, assinadas com os certificados digitais ICP-Brasil, são dotadas de autenticidade, integridade e validade jurídica (art. 1º da MP 2.200-2/01).

E justamente pela garantia de autenticidade, oriunda da utilização do certificado digital ICP-Brasil válido, entende-se que o requisito da presencialidade, exigido pela norma, encontra-se cumprido. Sim, o solicitante estará presente no ato de emissão do certificado e-SAT, presença essa eletrônica, garantida pela ICP-Brasil.

46. Sempre deverão comparecer os representantes (no plural) da pessoa jurídica para a emissão do respectivo certificado digital?

R. A resposta é negativa. De acordo com a alínea “c” do subitem 3.1.10.1.3 do DOC ICP 05, a confirmação de identidade de uma organização e das pessoas físicas que a representam deverá ocorrer mediante a presença física dos representantes legais e do responsável pelo uso do certificado.

Porém, em que pese a expressão “representantes legais” estar no plural, não significa dizer que necessariamente todos os sócios ou todos os representantes designados no ato constitutivo deverão estar conjuntamente presentes.

O ato constitutivo da entidade (contrato social ou estatuto) é que estabelecerá as formas sobre a sua representação legal. Via de regra, tal poder recai em mais de uma pessoa.

Entretanto, caso o ato constitutivo preveja apenas um representante, somente este precisará comparecer a uma Autoridade de Registro – AR para a emissão do certificado digital. Da mesma forma acontece na hipótese de terem sido previstos mais de um representante, atribuindo poderes de representação

para cada qual assinar isoladamente.

47. Caso o ato constitutivo de determinada sociedade determine a sua representação pela assinatura conjunta de dois sócios, a aquisição do certificado digital, que é único, não fere essa previsão?

R: A resposta é negativa. Antes de mais nada, faz-se importante salientar que apenas se cogita empreender, ou seja, criar qualquer forma de sociedade empresarial, mediante a presença da denominada *affectio societatis*, que, juridicamente, significa a confiança recíproca que os sócios possuem para o desempenho das atividades que se propõe a executar.

No exemplo citado, a aquisição do certificado digital necessitará da presença desses dois sócios, que assinarão o Termo de Titularidade na condição de representantes. Desse modo, o ato constitutivo restará obedecido.

Mas, e as manifestações posteriores, ou seja, e as assinaturas digitais? A posse física do certificado digital, que fica a cargo do responsável pelo seu uso, ficará com um desses representantes ou mesmo alguém da confiança de ambos, de modo que manter-se-á a observância da determinação contida no ato, pois, seja um representante, seja mesmo um terceiro, serão escolhidos por quem de direito, havendo, sempre, um mandato tácito²⁷⁰.

A situação é similar à utilização de cartões de crédito/débito, em nome da empresa, por parte de algum representante: como o cartão é único, sempre ficará sob a responsabilidade de uma (numeral, não artigo indefinido) pessoa.

Mas, e caso os representantes não confiem um no outro e não entrem em acordo sobre quem seria esse terceiro responsável pelo uso do certificado digital? Nesse caso, há evidente quebra da *affectio societatis* e o problema sai da esfera da ICP-Brasil.

48. A empresa que necessita, segundo seu ato constitutivo, estar representada por ao menos dois representantes, pode ter o certificado digital emitido mediante o comparecimento de apenas um caso o outro se encontre documentalente (p. ex: laudo médico) impossibilitado de comparecer?

270 Código Civil, art. 656: O mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito.

R: A resposta é negativa. Conforme visto na pergunta anterior, o ato constitutivo é a norma a ser seguida em qualquer caso de representação da pessoa jurídica. E, se é determinada uma representação conjunta, tal fato deve ser obrigatoriamente observado.

No caso em questão, entretanto, existem diversas alternativas que podem ser tomadas a fim de se possibilitar a emissão do certificado, tais como: a) solicitar que o agente de registro se desloque até onde se encontra o enfermo/impossibilitado, a fim de que o procedimento de verificação e validação do certificado seja iniciado. Para tanto, cabe pagar as eventuais custas correspondentes ao deslocamento; b) o enfermo solicitar o comparecimento do Tabelião de Notas no lugar em que encontre, emitindo-se procuração pública para que ele se faça representado (hipótese apenas possível se o ato constitutivo da empresa permitir); c) alterar-se primeiramente o ato constitutivo no sentido de atribuir poderes de representação somente àquela pessoa que se encontra possibilitada de comparecer à AR.

49. O ato constitutivo de determinada pessoa jurídica possui expressa previsão de que a sua representação seja solidária. Assim, apenas um representante pode comparecer presencialmente para a aquisição do certificado digital?

R: A resposta é positiva. Faz-se importante notar que o signo “solidário” possui diferentes acepções. Em linhas gerais, significa reunião de pessoas/interesses, fato esse que intuitivamente levaria o agente de registro a exigir a presença de todos os representantes da pessoa jurídica no ato de emissão do certificado.

Porém, juridicamente, o termo “solidário” significa que uma pessoa, isoladamente, pode se obrigar por tudo. Nesse sentido, o Código Civil, art. 264, é expresso: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.”

Assim, partindo-se do pressuposto que o ato constitutivo é um documento jurídico, a interpretação que deve ser dada à palavra “solidariedade” é jurídica, no sentido de se admitir que apenas um administrador possa representá-la, isoladamente.

Reforça tal argumento, ainda, que a regra da administração da sociedade é a sua efetivação por todos os sócios (e, conseqüentemente, qualquer um), não somente quando assim atribuída expressamente no contrato social, mas também em seu silêncio.²⁷¹

50. Para a emissão de certificado digital de pessoa jurídica é requerida a apresentação do ato constitutivo da empresa. É necessária, também, a conferência de documentos para confirmar se a pessoa que consta no ato de emissão é a mesma designada para representá-la legalmente. Diante disso, questiona-se:

a) se no ato constitutivo constar, por exemplo, os dados da carteira de identidade de uma pessoa, e quando ela for a uma Autoridade de Registro - AR para identificação presencial apresentar um documento diferente, mas que nele constem replicados os mesmos dados daquela carteira de identidade, a conferência é tida como válida?

b) no caso da alínea anterior, há necessidade de o agente de registro reter cópia do ato constitutivo e do documento de identificação apresentado?

c) é imprescindível que a data de emissão do documento de identidade conste no ato constitutivo?

d) pode ser apresentado, para fins de confirmação de identidade, documento com data de validade expirada, a exemplo da Carteira Nacional de Habilitação – CNH?

R: Em atenção aos questionamentos, responder-se-á pontualmente:

a) **A resposta é positiva**, desde que o documento apresentado também seja considerado como um documento de identificação, ou seja, tenha foto e validade em todo o território nacional (Nota 1 do subitem 3.1.9.1 do DOC ICP 5);

b) **A resposta é positiva**. O usuário apresentará um documento que deverá possuir os dados constantes no ato constitutivo. Assim, as cópias tanto do documento quanto do ato deverão ser retidas para integrar o dossiê documental, com vistas à salvaguardar a AR frente a qualquer possível questionamento posterior;

c) **A resposta é negativa**. Os requisitos constantes no ato constitutivo são de competência da Junta Comercial. Particularmente, para a ICP-Brasil, acredita-se que a data de validade/emissão não seja necessária no ato constitutivo;

d) **A resposta é negativa**. A data de validade é um dos elementos de segurança dos documentos. Assim, o documento expirado, por não ser válido, não pode ser utilizado na obtenção

271 LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 126.

do certificado digital.

51. Admite-se a utilização da procuração pública na emissão dos certificados digitais de pessoas jurídicas?

R: A resposta é positiva. Nos termos do DOC ICP 05, item 3.1.1.1, alínea “a”, subitem “i”, apenas será admitida a procuração se o ato constitutivo da pessoa jurídica expressamente o permitir, e, ainda nesse caso, deverá possuir a forma pública (isto é, lavrada em Tabelionato de Notas ou consulado brasileiro localizado no exterior), com poderes especiais²⁷² e validade de até 90 (noventa) dias.

Logo, a exigência normativa é que a procuração trate de poderes expressos para atuar perante a ICP-Brasil, ainda que não unicamente para tal finalidade. Os poderes especiais indicados na procuração não são descaracterizados pela inclusão de poderes gerais, ou mesmo outros poderes especiais, desde que possuam expressa referência à nossa infraestrutura.

Atente-se que os poderes específicos para atuar perante a ICP-Brasil devem ter interpretação elástica, no sentido que devem ser aceitos termos que se refiram, de qualquer modo, à emissão dos certificados digitais. P. ex: representação perante o ITI; atuação perante a ICP-Brasil; aquisição de certificados digitais; etc.

O que se deve admitir é que o ato constitutivo da sociedade (seja o estatuto, seja o contrato social) aceite a representação sem qualquer menção à ICP-Brasil, mas a procuração subsequente deve ser expressa e específica, conforme ressaltado.

Por fim, insta salientar que a Resolução CG-ICP Brasil nº 107, de 25 de agosto de 2015, passou a determinar expressamente um outro requisito formal à procuração pública: prazo de validade de até 90 (noventa) dias. Partindo-se da boa-fé objetiva que deve reger a conduta de todos, bem como para se evitarem gastos desnecessários aos usuários, entende-se que é possível utilizar a

272 Segundo a doutrina “[...] chama-se especial aquele que se confere para um ou mais negócios determinadamente, ficando o representante habilitado para o ato específico.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 404.

procuração pública ainda que não contenha expressamente o prazo de validade ali descrito, desde que apresentada perante uma AR dentro dos 90 dias de sua emissão (caso se opte, expressamente, por um prazo de validade menor, será esse, e não o prazo legal, que vigorará).

52. A procuração pública deve possuir o mesmo prazo de validade do certificado digital que se pretende emitir?

R: A resposta é negativa. Inexiste qualquer vinculação entre o prazo de validade da procuração e o prazo de validade do certificado digital, devendo-se atentar que a procuração deve estar válida no momento da obtenção do certificado. Apenas isso.

O mandato, como um contrato autônomo, possui regência própria no Código Civil (art. 653 e ss), sendo lavrado, quando admitido, para fins de aquisição, e não uso, do certificado digital.

53. A procuração pública pode ser lavrada em consulado brasileiro no exterior?

R: A resposta é positiva. A procuração por instrumento público é aquela expedida por quem de direito, tais como as serventias extrajudiciais (Tabelionatos de Notas, expressamente previstos na Lei nº 8.935/94) ou os consulados brasileiros, nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *verbis*:

Art. 18. Tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascido no país da sede do Consulado.

54. Em caso de emissão de certificado digital por procuração, é obrigatório colher as cópias dos documentos pessoais do(s) representante(s) da outorgante (que, no caso, é a pessoa jurídica)?

R: A resposta é negativa. Como se trata de uma procuração pública, tal verificação já foi realizada pelo Cartório de Notas. Há que atentar, porém, que a identificação da outorgante (e não de seu representante), ou seja, da pessoa

jurídica (tais como CNPJ, registro na Junta Comercial/Cartório de Pessoas Jurídicas, contrato social atualizado, etc.) deve constar no ato de emissão e integrar o dossiê documental.

55. Nos Termos de Titularidade, deve o procurador assinar como se representante do outorgante fosse?

R: A resposta é positiva. No referido Termo, o procurador assina como se do representante do outorgante se tratasse, isto é, assina no lugar destinado ao representante da pessoa jurídica.

56. A procuração particular, devidamente arquivada na Junta Comercial, com livre acesso e publicidade para qualquer pessoa, pode ser utilizada para fins de emissão de certificados digitais?

R: A resposta é negativa. A exigência de publicidade na procuração não se resume apenas à possibilidade de conhecimento de terceiros, mas principalmente aos requisitos de segurança na sua feitura.

O tabelião de notas responde por qualquer dano causado em decorrência de suas atribuições (Lei nº 8.935/94, art. 22), fato esse que dá segurança maior às procurações lavradas para o fim de aquisição do certificado digital. Além disso, o notário verificará (e, se não o fizer, responderá por isso) se o outorgante possui poderes para passar a procuração, fato esse inexistente na procuração privada.

Assim, enquanto o tabelião possui responsabilidade pelo que faz, a procuração arquivada na Junta Comercial não oferece nenhuma garantia de autenticidade e segurança, qualidades expressas dos atos cartorários (Lei nº 8.935/94, art. 1º).

57. A ata de reunião da diretoria de uma pessoa jurídica, devidamente arquivada em Junta Comercial ou mesmo registrada no Cartório de Títulos e Documentos, portanto, pública, pode delegar poderes de representação para que um terceiro pratique atos específicos, tais como a aquisição de um certificado digital de pessoa jurídica?

R: A resposta é negativa. Exige-se, sempre que permitido, a procuração

pública com poderes especiais. Em nenhum momento é exigido o registro no Cartório de Títulos e Documentos ou mesmo no Registro Civil de Empresas Mercantis, pois a procuração pública é feita no Tabelionato de Notas, e independe de qualquer registro posterior.

Assim, caso o ato constitutivo da empresa não preveja a possibilidade da utilização de procuração, cabe a sua reforma por quem de direito, pelo que, apenas após, será possível a emissão de certificado digital por procuração²⁷³. A simples deliberação dos diretores, ainda que arquivada na Junta, não poderá, por si só, permitir a emissão do certificado.

58. Um certificado digital pode ter o seu Termo de Titularidade e Responsabilidade assinado com cláusula compromissória de que será utilizado somente em determinadas operações?

R: A resposta é negativa. Inexiste qualquer possibilidade de restrição da utilização do certificado digital, que, uma vez adquirido, será um verdadeiro cheque em branco nas mãos de seu responsável, tornando o titular obrigado por todos os atos praticados.

Assim, por exemplo, se no ato constitutivo os sócios apenas admitem que o responsável pelo certificado assuma obrigações até mil reais, e ele, propositadamente, assume uma dívida de um milhão de reais, o terceiro de boa fé que confiou na certificação digital não pode ter a sua expectativa frustrada.

Deve-se, assim, primeiramente pagar a dívida e, posteriormente, no âmbito interno, resolver a eventual infringência ao ato constitutivo. No mundo eletrônico, diante da presunção oriunda da M.P. 2.200-2/01, art. 1º, não existe aplicação da teoria *ultra vires societatis*, expressamente prevista no Código Civil, art. 1015.

59. Existe possibilidade da emissão do certificado digital de pessoa jurídica para as entidades sem personalidade jurídica?

R: A resposta é positiva. Conforme visto linhas atrás, o CNPJ não passa

273 Código Civil, art. 47: Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

de um número de identificação atribuído, para fins de controle, pela Receita Federal do Brasil. Tanto entes personalizados quanto despersonalizados deverão possuí-lo.

Já a aquisição da personalidade jurídica ocorre, em relação às pessoas jurídicas de direito privado, com a inscrição de seus atos constitutivos no registro competente (e não com a atribuição do CNPJ).

Ou seja: a pessoa jurídica passa a ter personalidade distinta de seus sócios. Essa personalização gera três consequências²⁷⁴ bastante precisas, não presentes nos entes despersonalizados (ainda que possuam CNPJ): a) titularidade negocial (capacidade para assumir um dos polos da relação jurídica); b) titularidade processual (capacidade para ser parte no processo; ou seja, a sociedade pode demandar e ser demandada em juízo, em seu próprio nome); c) responsabilidade patrimonial (um patrimônio próprio, inconfundível e incomunicável com o patrimônio de seus sócios).

Não se nega, entretanto, que mesmo os entes despersonalizados possuem direitos e obrigações. Desse modo, foi editada, pelo ITI, a Instrução Normativa nº 10, de 26 de novembro de 2010, com base no exercício da sua competência suplementar normativa, deferida pela Resolução nº 33 do Comitê Gestor da ICP-Brasil, de 21 de outubro de 2004, que tratou, de acordo com o seu art. 1º, da equiparação de todos os entes que, personalizados ou não, estejam inscritos no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ, para fins de emissão do Certificado Digital de Pessoa Jurídica.

Logo, os empresários individuais, a massa falida, a herança jacente/vacante, os condomínios edilícios não possuem, *per se*, personalidade própria (mas apenas aquelas das pessoas que as eventualmente integram), poderão adquirir os certificados digitais de pessoas jurídicas com o fito de cumprirem principalmente as suas obrigações tributárias e civis.

60. Mais especificamente: tanto o empresário individual quanto a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI podem adquirir certificados digitais de pessoas jurídicas?

274 COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 113.

R: A resposta é positiva. Considera-se empresário individual todo aquele que exerce, em nome próprio, atividade econômica voltada para a produção e/ou circulação de bens e serviços. Percebe-se que o empresário individual é desprovido de personalidade jurídica distinta (da mesma forma que os entes tratados na questão anterior), pois a sua atuação empresarial ocorre em nome próprio, de modo que será o seu patrimônio pessoal, por exemplo, que responderá pelos eventuais débitos adquiridos no exercício da atividade mercantil.

Conforme já ressaltado, entretanto, inobstante a falta de personalidade jurídica específica para a atividade praticada, a existência do número CNPJ (certamente existente diante da necessidade do recolhimento de tributos) faculta, nos termos da Instrução Normativa nº 10, de 26 de novembro de 2010, a aquisição dos certificados digitais de pessoa jurídica. Assim, o empresário individual, em que pese não ser propriamente pessoa jurídica, poderá adquirir este tipo de certificado digital (além, é claro, do certificado próprio de pessoa física).

De outra banda, a Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, instituiu a empresa individual de responsabilidade limitada, cujo acrônimo é EIRELI. Com essa nova modalidade, doravante se torna possível abrir uma empresa sem a necessidade de mais de um sócio, além de proteger o patrimônio pessoal do proprietário de dívidas contraídas enquanto exerce a atividade econômica ou intelectual.

Ou seja, a atividade pode passar a possuir personalidade jurídica própria, desde que requerido seu registro nos órgãos competentes (*i.e.*, Junta Comercial ou Cartório de Pessoas Jurídicas de seu domicílio, a depender da natureza da atividade desempenhada). A EIRELI, diante do exposto, não necessita utilizar a equiparação fornecida pela Instrução Normativa nº 10, de 26 de novembro de 2010, pois ela própria, por si só, já possui personalidade jurídica, nos termos expressos do novo código civil²⁷⁵.

Assim, os documentos necessários para a aquisição dos certificados

275 Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: [...] VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

digitais de pessoa jurídica dependerão da forma adotada pelo empresário: se optante pela novidade prevista na Lei nº 12.441/11, deverá apresentar o ato constitutivo da empresa individual devidamente registrado, além dos demais documentos estabelecidos no DOC ICP 05. Se, porém, a escolha constituir-se em se manter como empresário individual, deverá seguir o disposto na Instrução Normativa nº 10, acima mencionada.

61. Pode ocorrer a emissão do certificado digital de pessoa jurídica para Organismos Internacionais que possuam CNPJ mas que não tenham registro na Junta Comercial ou no Cartório de Registro Civil?

R: **A resposta é positiva.** A partir do momento que existe a inscrição no CNPJ, tem-se que a entidade encontra-se equiparada, para fins de emissão de certificado digital, àquelas que possuem personalidade jurídica, conforme determina a Instrução Normativa nº 10/2010.

Porém, além do CNPJ, deverá o organismo internacional comprovar a sua regularidade perante as leis brasileiras.

62. Na China, por exemplo, há o costume de as pessoas se tratarem pelo sobrenome, ao invés do nome. E assim se segue nos documentos de identificação (ou seja, primeiro o sobrenome e depois o nome). Quando o estrangeiro deu entrada no visto brasileiro, por orientação da Polícia Federal a documentação original foi aqui recebida de modo que passasse a constar a ordem adotada no Brasil: primeiro o nome e, após, o sobrenome. Porém, ao se fazer o cadastro de pessoa física junto à Receita Federal (CPF), assim como em todos os contratos sociais de suas empresas, o nome do estrangeiro foi grafado na forma chinesa. A emissão do certificado digital de pessoa jurídica, diante dessas especificidades apresentadas bem como da inexistência de má-fé, é possível?

R: **A resposta é negativa.** Os documentos, inobstante a aparente boa-fé do cliente, devem, todos, ser igualmente grafados. A inversão impossibilita a emissão do certificado digital, pois, a princípio, se se trata de um nome diferente, a pessoa também é diferente (CC, art. 17).

No caso narrado, sequer se saberia qual o nome que deveria constar no certificado, se o grafado na ordem chinesa (e constante no CPF) ou aquele determinado na forma brasileira (e constante em seu RNE).

63. O atestado de capacidade técnica, emitido por um órgão da Administração Pública, se revela como documento idôneo para comprovar a existência da pessoa jurídica com vistas à aquisição de certificado digital?

R: A resposta é negativa. De acordo com o art. 45 do Código Civil, as pessoas jurídicas de direito privado, necessariamente, deverão ter seu ato constitutivo, ou seja, o estatuto ou contrato social, devidamente registrado no órgão competente para que se comprove a sua regular constituição.

Nesse sentido, a simples declaração ou certidão, ainda que emanada de ente público, não basta para fins de identificação da entidade perante a ICP-Brasil.

64. A certidão simplificada emitida pela Junta Comercial pode substituir a apresentação do ato constitutivo e as suas eventuais alterações?

R: A resposta é positiva. Em mais uma evolução do entendimento anteriormente esposado neste Manual, consideramos que a certidão é sim um meio hábil para demonstrar a atual situação jurídica da empresa.

Isso porque a referida certidão é um extrato de informações que espelha a atual situação da pessoa jurídica, com base nos atos arquivados. Nela, por exemplo, estão relatados o nome empresarial, o endereço da sede, o CNPJ, data de início das atividades, objeto social, capital social, sócios, enfim, as informações mínimas que se fazem necessárias para a emissão do certificado digital.

O DOC ICP 05 dispõe da necessária comprovação do ato constitutivo da empresa (que deve, por óbvio, ser atualizado), fato esse que é comprovado pela certidão simples, desde que válida (logo, caso seja eletrônica, apenas aquela assinada digitalmente poderá ser aceita). Não se pode perder de vista que o dossiê documental é físico, de modo que a referida certidão deve ser impressa, datada e assinada pelo Agente de Registro, que, apesar de não ser dotado de fé pública, possui poderes, dentro de suas funções, para atestar a situação referida.

Por fim, releva notar que a certidão simplificada da empresa não traz, minudenciadamente, os poderes atribuídos aos seus representantes. Logo, por

exemplo, apenas informa quais são os representantes legais da empresa, mas não diz se eles devem atuar em conjunto, de modo que um representante, maliciosamente, pode solicitar sozinho a emissão do certificado digital conquanto o ato constitutivo exija o comparecimento de ao menos dois representantes.

Nessa hipótese, caso seja emitido um certificado digital com base na referida certidão, quem atuou equivocadamente (e de maneira fraudulenta, diga-se de passagem) foi o representante legal, que não tinha poderes para tanto, e não a AR. Resta, assim, a imediata revogação do certificado digital e uma eventual responsabilização, pela sociedade, do representante faltoso.

Porém, repise-se: para fins de aquisição do certificado digital, não houve nenhuma irregularidade, pois a emissão ocorreu com base em documento idôneo. Impedir a possibilidade de utilização da certidão simplificada diante da possível ocorrência do fato aqui narrado parece uma desproporcional restrição.

Resta evidente que se a certidão simplificada não possuir, por si só, todos os elementos necessários à emissão do certificado, a sua complementação poderá ser exigida pelo Agente de Registro.

65. O comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral – CNPJ possui data de validade?

R: A resposta é negativa. O art. 11 da Instrução Normativa RFB nº 1.183, de 19 de agosto de 2011, determina que a comprovação da situação de inscrição no CNPJ seja feita por meio do respectivo comprovante, emitido no sítio da RFB da internet. Portanto, a emissão deste documento via sítio eletrônico da Receita é o meio hábil a comprovar a inscrição no CNPJ, sendo inexistente qualquer período de validade expressamente determinado em norma.

É recomendável que o comprovante a ser apresentado seja do mês em que será deflagrado o procedimento para a emissão do certificado digital, pois os dados constantes devem ser os mais atuais possíveis, registrados no banco de dados da Receita Federal até o último dia do mês subsequente ao de sua ocorrência (art. 22 da IN RFB nº 1.183/2011).

66. O fato de o cartão CNPJ, ou outro documento, deixar de indicar na

razão social uma preposição, ou até mesmo abreviar o nome da pessoa jurídica, deve ser considerado impeditivo para a emissão do certificado?

R: A resposta é positiva. Em consonância aos princípios empresariais da veracidade e novidade, todos os nomes que identifiquem a empresa devem ser exatamente iguais.

Em relação à Receita Federal, entretanto, existe uma especificidade: os nomes cadastrados no CNPJ não devem possuir mais de 150 (cento e cinquenta) caracteres, de modo que, caso possuam um maior tamanho, devam ser abreviados.

67. No caso da matriz de uma determinada pessoa jurídica possuir certificado digital, é necessária a emissão de um novo para a sua empresa filial?

R: A resposta é positiva. Por se tratarem de CNPJs diferentes, deverá ser emitido um certificado digital específico para a filial, pois cada certificado está vinculado a apenas um número de CNPJ.

Para que tal ocorra, entretanto, não é necessária qualquer procuração da matriz para a filial, pois basta a empresa filial se apresentar, perante a Autoridade de Registro ou Instalação Técnica escolhida, com a sua documentação própria²⁷⁶.

68. No caso de não haver reeleição dos administradores de uma sociedade por ações, em virtude de divergência entre os acionistas, é possível a emissão do certificado digital com base no art. 150, § 4º, da Lei nº 6.404/1976?

R: A resposta é positiva. Segundo o § 2º do art. 150 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, em caso de término do mandato dos diretores, deve ser convocada, pelo conselho de administração, assembleia geral para a eleição dos novos diretores. Em caso de divergência entre os acionistas que impossibilite a

276 Código Civil, artigo 969: O empresário que instituir sucursal, filial ou agência, em lugar sujeito à jurisdição de outro Registro Público de Empresas Mercantis, neste deverá também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária. Parágrafo único. Em qualquer caso, a constituição do estabelecimento secundário deverá ser averbada no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede.

realização da reunião do conselho de administração, e, no silêncio do estatuto, compete a qualquer diretor a representação da pessoa jurídica e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular, nos termos do art. 144 da Lei nº 6.404, de 1976.

Logo, nessa específica situação, pode um diretor representar a empresa, de forma que o prazo de gestão da diretoria encontra-se estendido até a nova investidura dos eleitos. Resta claro que os referidos fatos devem ser comprovados junto à Autoridade de Registro.

69. É possível a emissão de certificado digital aos condomínios, tanto os horizontais (casas) quanto os edifícios (apartamentos)?

R: A resposta é positiva. O condomínio é (mais) um ente equiparado, pois, inobstante a falta de personalidade jurídica, adquire direitos e assume obrigações na ordem civil (contratação/demissão de empregados; pagamento de impostos; etc). Diante do exposto, não seria correto exigir que o síndico do condomínio execute em nome próprio tais operações (com seu certificado digital de pessoa física).

Em princípio, por se tratar de um ente equiparado que possui CNPJ, estaria enquadrado na previsão contida na Instrução Normativa nº 10, de 2010, já citada. Porém, diante de suas especificidades, foi editada uma nova Instrução Normativa, nº 02, de 09 de agosto de 2011, que cuida do tema.

70. Existem documentos específicos para a emissão do certificado digital de pessoa jurídica para um condomínio?

R: A resposta é positiva. Além dos requisitos elencados para toda e qualquer entidade que possua personalidade jurídica, descritos no DOC ICP 05, faz-se importante observar aqueles específicos, previstos na Instrução Normativa nº 02/2011. Assim, de acordo com o art. 1º, é “[...] imprescindível a comprovação do ato constitutivo devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis.”

Entende-se como ato constitutivo o testamento, a escritura pública ou

particular de instituição, ou mesmo a convenção emitida e registrada após²⁷⁷ a vigência do novo Código Civil (art. 1332 e ss), não bastando, para esse fim, quaisquer outros documentos, tais como o regimento interno, as declarações emitidas pelo respectivo síndico ou a ata de assembleia condominial.

Para aqueles condomínios, porém, que não foram constituídos nos termos da legislação, admite-se, para fins de comprovação da sua existência, a apresentação da certidão do instrumento de individualização, emitida pelo Cartório de Registro de Imóveis da respectiva localização²⁷⁸.

Sem esse documento, a emissão do certificado digital encontra-se vedada. Em se tratando de condomínios, pois, é de se exigir, ao menos, uma notícia do Registro de Imóveis da sua existência, sob pena de, caso assim não ocorra, pessoas mal intencionadas se utilizarem da ICP-Brasil para praticar fraudes.

Cite-se, por exemplo, três pessoas se unirem, “criarem” contratos de cessão de posse, “conferirem” um nome qualquer a esse condomínio, registrarem-no no Cartório de Pessoas Jurídicas, e postularem a aquisição de um certificado digital. Além desse condomínio não existir, imagine a emissão em nome de um condomínio já existente e, com base nisso, diversos contratos fossem assinados?

Assim, para os condomínios que não possuam sua existência sequer noticiada no Registro de Imóveis, não é permitida a aquisição do certificado digital, pois não se tem como garantir, ante a ausência de documentação oficial, que o condomínio é realmente aquele que afirma ser. Conforme já ressaltado, diferentemente do CNPJ, que é um simples número, cujo escopo é facilitar a

277 A convenção condominial, devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis da comarca de origem (art. 167 da Lei nº 6015/73), anteriormente à entrada em vigor do atual Código Civil, por si só, não institui o referido condomínio, mas apenas serve para regular as suas relações internas. Logo, apenas após a entrada em vigor do Código – que ocorreu em 2003 – a convenção registrada passou a constituir um condomínio; antes do código, a convenção, ainda que registrada, não constituía nenhum condomínio.

278 Cabe ressaltar que a IN nº 02/2011 não especifica qual certidão é essa, justamente para permitir qualquer uma que comprove que o Cartório de Registro de Imóveis possui notícia da existência daquele condomínio, como, por exemplo, o memorial de incorporação ou mesmo a declaratória de inteiro teor. Ademais, no caso dos condomínios não devidamente constituídos, faz-se importante, também, apresentar a ata da assembleia condominial que elegeu o síndico, acompanhada da lista dos participantes da eleição, sendo obrigatória a participação de, pelo menos, um proprietário do imóvel localizado no condomínio, com a comprovação de sua propriedade e firma reconhecida na própria ata.

administração dos tributos pagos para a Receita Federal, o certificado digital é um cheque em branco, que permite não apenas eventuais pagamentos de tributos e recolhimentos de impostos, mas principalmente a assunção de obrigações de valor ilimitado.

71. Uma declaração assinada pelo síndico, com firma reconhecida, no sentido de que o condomínio não possui convenção registrada, é o suficiente para comprovar sua habilitação jurídica e, por conseguinte, adquirir um certificado digital?

R: A resposta é negativa. Nem a declaração do síndico nem a convenção condominial registrada antes da edição do novo código civil bastam para fins de comprovação da habilitação jurídica do condomínio. Vide, mais fundamentadamente, a resposta dada no item anterior.

72. A ata de assembleia condominial precisa ser registrada em cartório?

R: A resposta é negativa. É importante asseverar que a Instrução Normativa nº 02/2011 não determina que a ata de assembleia condominial seja registrada no Cartório de Títulos e Documentos²⁷⁹, conforme é comumente exigido, mas apenas que haja o reconhecimento de firma (que ocorre no Cartório de Notas) de um proprietário (com a comprovação de sua propriedade) da unidade condominial que assine a referida ata de eleição do síndico. Tudo isso, ainda, apenas para aqueles condomínios não regularmente constituídos.

73. No caso de condomínio em construção, o certificado digital, necessário para fins do programa Conectividade Social, deve ser emitido em nome da construtora?

R: A resposta é positiva. Nesse caso, como o condomínio ainda está em construção, não se pode exigir sua constituição formal para a emissão do certificado. Os funcionários da obra deverão estar cadastrados no CEI da pessoa jurídica que o constrói/incorpora, e não no do condomínio, que ainda sequer

²⁷⁹ Ao reverso, para fins de regularidade, exige-se o registro da Convenção não no Cartório de Títulos e Documentos, mas sim, apenas, no Cartório de Registro de Imóveis (art. 17, inciso I, item 17, da Lei nº 6.015/73).

existe.

Portanto, não há que se requerer os documentos exigidos para a emissão do certificado para condomínios (IN nº 02/2011). O certificado digital, nesse caso, será o da pessoa jurídica que o edifica (de acordo com o disposto em seu ato constitutivo).

74. A comprovação da propriedade de um condômino que participou da eleição do síndico pode ser realizada através da:

- a) declaração de ônus reais do imóvel do participante emitida pelo Cartório de Registro de Imóveis?
- b) escritura pública de aquisição do imóvel?
- c) certidão de trâmite de inventário ou formal de partilha onde o signatário conste como herdeiro?

R: Em atenção aos questionamentos, responder-se-á pontualmente:

- a) **A resposta é positiva.** Mas atente-se que a declaração de ônus reais do imóvel do participante é apenas uma das formas de comprovar a sua propriedade;
- b) **A resposta é negativa.** A escritura pública de aquisição não transmite a propriedade, que apenas é adquirida com seu posterior registro;
- c) **A resposta é negativa.** A certidão de trâmite de inventário ou formal de partilha onde o signatário conste como herdeiro não transmite propriedade alguma. Apenas o registro no cartório do formal de partilha é que desempenha tal função, ou seja, confere a propriedade. Assim, sem o registro e considerando o fato de que ao final do inventário, o imóvel pode ser conferido a outro herdeiro, que não o signatário da ata de eleição, tem-se que esta não é uma forma hábil para fins de comprovação da propriedade.

75. No caso do falecimento do titular do certificado digital de uma empresa individual, o inventariante deverá solicitar à Receita Federal do Brasil – RFB alteração do ato constitutivo e em seguida assumir a titularidade da pessoa jurídica e do certificado digital?

R: **A resposta é negativa.** No caso da empresa individual que não adote a nova forma trazida pela Lei nº 12.441/2011 – EIRELI, o falecimento do empresário extingue o exercício da atividade, pois a sua atuação civil/mercantil ocorre por intermédio da sua personalidade de pessoa física, e não jurídica. A questão do encerramento das atividades se insere no inventário do falecido, e depende do encaminhamento que o juiz der no caso concreto.

76. Se houver o falecimento de um dos sócios de uma sociedade limitada, os outros sócios assumem automaticamente a representação da pessoa jurídica. Caso, porém, o contrato social indique que a representação deva ser exercida de maneira conjunta por todos os sócios, o inventariante deverá assinar pelo falecido?

R: A resposta é negativa. Em sociedades limitadas, se o contrato prever a assinatura em conjunto e em havendo o falecimento de um sócio, a princípio o inventariante não assume o lugar do falecido, devendo ocorrer a dissolução parcial da sociedade e uma eventual reorganização de sua administração.

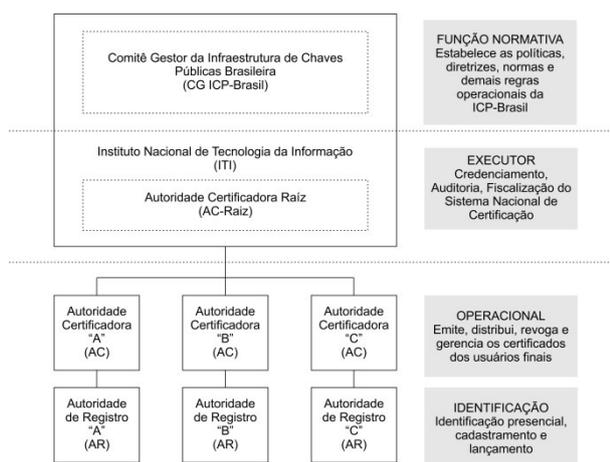
Tal assim ocorre pois a função do inventariante se resume ao cumprimento de obrigações pendentes relacionadas ao espólio, que não se confunde com a atuação empresarial em vida do falecido.

77. Uma pessoa jurídica considerada irregular, nos termos do Código Civil, art. 2.031, pode adquirir certificado digital?

R: A resposta é positiva. O Código Civil, art. 2031, determina que as associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007. Entretanto, para os fins de ICP-Brasil, apenas se exige o registro do ato constitutivo no órgão competente (DOC ICP 05, nº 1, letra ii, alínea “a”, item 3.1.10.2), e não a sua estrita observância ao Código Civil. Uma eventual necessidade de atualização adviria de ordem emanada pelo órgão competente para o registro, que exerce o controle sobre tais atos, e não de nossa infraestrutura.

Sendo assim, para fins de aquisição do certificado digital de pessoa jurídica, o ato constitutivo atualizado é documento bastante, sendo desnecessária a observância do Código Civil, art. 2031. Corrobora esse entendimento o Enunciado nº 394, emitido pelo Conselho da Justiça Federal, *in verbis*: “Ainda que não promovida a adequação do contrato social no prazo previsto no art. 2.031 do Código Civil, as sociedades não perdem a personalidade jurídica adquirida antes de seu advento.”

Todas as entidades da ICP-Brasil (à exceção do CG ICP-Brasil e da AC Raiz, pois criadas diretamente pela M.P. 2.200-2/01) passam por um rigoroso processo de credenciamento, que visa, em última análise, a assegurar que a entidade possui requisitos jurídicos, econômicos, fiscais e técnicos para o desempenho da relevante função de prestadora do serviço de certificação digital. Esquemáticamente, tem-se:



A PFE/ITI regularmente edita enunciados, sem qualquer força vinculativa, mas que nos auxiliam na análise dos processos que passam pelo nosso crivo: antes da análise técnica, de competência da DAFN/ITI, esta Procuradoria emite pareceres acerca da regularidade da documentação então apresentada pelos candidatos ao credenciamento.

Seguem, abaixo, todos aqueles relacionados à atividade finalística por nós desempenhada e, após, a sequência normal das perguntas/respostas:

Enunciado nº 1

Nos casos de credenciamento de AC, ACT, AR, PSS e PSBio, o prazo de 30 dias para o recebimento da complementação de documentos deverá ser avaliado a partir do protocolo da resposta apresentada, podendo ser justificadamente estendido por período razoável, tendo em vista se tratar de prazo impróprio.

Enunciado nº 2

Nos casos de credenciamento de empresa de auditoria, o prazo de 15 dias para o recebimento da complementação de documentos deverá ser avaliado a partir do protocolo da resposta apresentada, podendo ser justificadamente estendido por período razoável, tendo em vista se tratar de prazo impróprio.

Enunciado nº 3

Para fins de abertura ou alteração de endereço de IT, em que pese o item 3.2.1.2, “e” do DOC ICP 03 só mencionar a certidão da junta comercial, poderá ser aceita a certidão do Registro Civil de Pessoa Jurídica, a depender da natureza da interessada.

Enunciado nº 4

Para fins de abertura ou alteração de endereço de IT, poderá ser aceito o ato constitutivo devidamente registrado no órgão competente para a comprovação do documento exigido pelo item 3.2.1.2, “e” do DOC ICP 03.

Enunciado nº 5

Para fins de abertura ou alteração de endereço de IT, deverá ser apresentada a certidão exigida pelo item 3.2.1.2, “e” do DOC ICP 03, ou documento equivalente, referente ao local das instalações técnicas, que não se confunde com a sede da AR.

Enunciado nº 6

Para fins de comprovação da regularidade fiscal estadual e municipal das entidades candidatas ao credenciamento perante a ICP-Brasil, deverão ser aceitos os documentos emitidos pelos órgãos responsáveis pela apuração de eventuais débitos, partindo-se sempre da boa-fé da interessada. No Estado de São Paulo serão aceitas as certidões emitidas pela Procuradoria Geral do Estado referentes à dívida ativa. No Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista disposição legal específica, serão exigidas as certidões emitidas pela Secretaria Estadual em conjunto com as emitidas pela Procuradoria Geral do Estado.

Enunciado nº 7

Nos credenciamentos de filial, os documentos exigidos devem se referir à própria filial e não à matriz, ressalvadas a certidão negativa de débitos federais, a certidão de falência bem como eventuais outras certidões emitidas apenas com o CNPJ raiz.

Enunciado nº 8

Para fins de credenciamento, caso a interessada esteja constituída há mais de 1 ano, serão aceitos os balanços patrimoniais do ano retrasado até 30 de abril do ano corrente.

Enunciado nº 9

Para fins de credenciamento, caso a interessada esteja constituída há menos de 1 ano, deve-se verificar se a validade do seguro de responsabilidade civil alcança, pelo menos, 6 meses contados da data do protocolo.

Enunciado nº 10

Caso a empresa, matriz ou filial que solicita o credenciamento esteja constituída há mais de 1 ano, porém inativa, deverá apresentar a comprovação dessa inatividade, por meio da declaração anual enviada à Receita Federal,

acompanhada do respectivo seguro de responsabilidade civil.

Enunciado nº 11

O seguro de responsabilidade civil apresentado para fins de credenciamento não deve excluir de sua cobertura produtos relacionados à certificação digital, pois, segundo orientação do Comitê Gestor da ICP-Brasil, o certificado digital é tratado como um produto, e não como serviço.

Enunciado nº 12

Nos processos de alteração do nome de entidades integrantes da ICP-Brasil, devem ser exigidos o formulário de solicitação de credenciamento, devidamente preenchido e assinado, e o CNPJ ou ato constitutivo que ateste a modificação ocorrida.

Enunciado nº 13

Em caso de credenciamento perante a ICP-Brasil de filial constituída há mais de 1 ano, deverá ser apresentado balanço patrimonial próprio dessa filial ou, caso opte pelo envio de balanço em conjunto com a matriz, deverá encaminhar declaração expressa nesse sentido.

Enunciado nº 14

As certidões de falência apresentadas nos credenciamentos perante a ICP-Brasil, caso não possuam data de validade, e as declarações firmadas pelos interessados acerca da inexistência de débitos imobiliários, serão aceitas por 4 (quatro) meses a partir de sua emissão.

Enunciado nº 15

Nos credenciamentos de empresa constituída há menos de 1 ano, cujo ato constitutivo já tenha sido modificado, deverão ser apresentados tanto o ato constitutivo original registrado, para fins de verificação da data do registro, nos termos do art. 1.151 do Código Civil, bem como a sua última alteração e consolidação.

Enunciado nº 16

Nos credenciamentos perante a ICP-Brasil a declaração de inexistência de débitos imobiliários somente será aceita caso o município não emita a competente certidão em nome da interessada.

78. Existe algum lugar onde se disponibiliza o quadro atualizado de todas as entidades integrantes da ICP-Brasil?

R: A resposta é positiva. No sítio eletrônico do ITI (<http://www.iti.gov.br/icp-brasil/estrutura>) se disponibiliza a estrutura detalhada e completa de todas as entidades integrantes da ICP-Brasil.

79. A certificação digital brasileira é um serviço público?

R: A resposta é negativa. Dada a relevância da atividade prestada e rígida fiscalização exercida pelo ITI, tem-se que a atividade de fornecimento de certificados digitais ao usuário final poderia ser considerada como um serviço público. Entretanto, Paulo Ceo corretamente afirma que:

A atividade de certificação digital não foi elevada à categoria de serviço público essencial por nenhum diploma legal. Além disso, percebe-se a impossibilidade expressa de que o ITI preste tal atividade diretamente ao usuário final, ou mesmo a obrigação estatal de assegurar o fornecimento de certificados e assinaturas digitais, com o “selo” da ICP-Brasil, a todo e qualquer cidadão.²⁸⁰

Nas certas palavras do autor “[...] trata-se de típica atividade privada regulamentada. Atividade privada de interesse público que merece uma regulação setorial.”²⁸¹

A presença do Estado no setor de certificação digital é muito forte, exercida tanto no credenciamento quanto na supervisão da atividade desempenhada, fato esse que não a transforma, por si só, em um serviço público. Logo, a relação com o poder público não possui natureza contratual (própria dos serviços públicos) e nem se dá a título precário: o credenciamento constitui-se em típica atividade de polícia²⁸² administrativa, que condiciona o exercício da atividade privada por meio de uma autorização administrativa.²⁸³

80. O credenciamento das entidades que prestam o serviço de certificação

280 CARVALHO, Paulo Ceo de. **A Natureza Jurídica do Credenciamento na ICP-Brasil**. Recife: Nossa Livraria, 2010, p. 29.

281 Ibidem, p. 131.

282 Em linhas gerais, a expressão “poder de polícia” deve ser entendida como um poder-dever estatal que limita o exercício dos direitos individuais em detrimento dos interesses coletivos. Nesse sentido, importante frisar que o professor Celso Antônio Bandeira de Mello criou duas definições para poder de polícia: “Em sentido amplo, corresponde à atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos; abrange atos do Legislativo e do Executivo; em sentido restrito, abrange as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contratantes com os interesses sociais; compreende apenas atos do Poder Executivo.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 722 et seq.

283 CARVALHO, Paulo Ceo de. **A Natureza Jurídica do Credenciamento na ICP-Brasil**. Recife: Nossa Livraria, 2010, p. 132.

digital na ICP-Brasil constitui-se como uma concessão do poder público?

R: A resposta é negativa. Conforme visto no questionamento anterior, a certificação digital não é um serviço público e encontra-se aberta à livre iniciativa privada. Desse modo, afasta-se a incidência da regra constante no art. 175 da Constituição Federal de 1988, referente à exigência de processo licitatório para a aplicação dos institutos da concessão e da permissão de serviços públicos: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

O credenciamento se afigura como um ato de exercício do poder de polícia administrativo e exige o cumprimento de requisitos não apenas para o seu deferimento, mas também para a sua manutenção, por meio de auditorias e fiscalizações periódicas.

Inexiste, assim, direito adquirido ao credenciamento, por se tratar de uma relação contínua entre o Estado e os entes que o solicitam (não seria demais ressaltar que apenas pessoas jurídicas podem prestar os serviços de certificação digital). Via de consequência, no âmbito da ICP-Brasil não é imposto qualquer limite ao número de prestadores dos serviços de certificação digital, apresentando-se como uma atividade aberta ao mercado, ou seja, a todos que desejem prestar os serviços e – claro – cumpram com os requisitos impostos.

81. A Autoridade de Registro é a entidade responsável por proceder à coleta, verificação e reconhecimento dos documentos necessários para emissão de um certificado digital?

R: A resposta é positiva. A Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil é uma cadeia hierárquica e de confiança que viabiliza a emissão de certificados digitais, documentos necessários à identificação do cidadão no mundo virtual.

Tal estrutura é composta por um Comitê Gestor (função normativa); uma Autoridade Certificadora Raiz (função executiva); Autoridades Certificadoras (emissoras dos certificados digitais) e Autoridades de Registro – AR.

Dentre todas essas entidades, a responsável pela coleta, verificação e

reconhecimento dos documentos dos indivíduos que pretendem adquirir certificado digital é a Autoridade de Registro. É, assim, aquela entidade que possui a atribuição de ser a interface entre o usuário (adquirente do certificado) e a Autoridade Certificadora – AC (emissora do certificado).

O DOC ICP 05 estabelece, a partir de seu item 3.1.9, os documentos mínimos necessários para a identificação das pessoas físicas e jurídicas. Ainda, seu item 2.1.2 estabelece um rol de obrigações das AR, dentre as quais estão as de receber solicitações de emissão ou de revogação de certificados; confirmar a identidade do solicitante e a validade da solicitação; encaminhar a solicitação de emissão ou de revogação de certificado à AC responsável utilizando protocolo de comunicação seguro; informar aos respectivos titulares a emissão ou a revogação de seus certificados; disponibilizar os certificados emitidos pela AC aos seus respectivos solicitantes; identificar e registrar todas as ações executadas, conforme as normas, práticas e regras estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil.

82. Para que ocorra o processo de credenciamento de uma AR é necessário que o local designado para tal finalidade (instalação técnica) seja uma extensão da pessoa jurídica que pretende se credenciar?

R: A resposta é positiva. Deve-se compreender, desde logo, o conceito de instalação técnica: trata-se do ambiente físico de uma AR, cujo funcionamento foi autorizado pelo ITI, local esse onde serão realizadas as atividades de validação e verificação das solicitações de certificado.

O item 2.1.2, alínea “b”, do DOC ICP 03, determina que os candidatos ao credenciamento para operar como Autoridade de Registro devem “[...] ter sede administrativa, instalações operacionais e recursos de segurança física e lógica compatíveis com a atividade de registro.” Ainda em observância ao normativo em questão, importante salientar a alínea “d”, que determina a apresentação de uma série de documentos caso a instalação técnica da AR se localize em endereço diverso ao de sua sede administrativa.

Diante desses conceitos, conclui-se, então, que inobstante o silêncio da norma, o local onde serão desenvolvidas as atividades de AR deve necessariamente ser uma extensão da pessoa jurídica que pretende se

credenciar.

83. As instalações técnicas podem mudar de endereço?

R: A resposta é positiva. O pedido de alteração de endereço de instalações técnicas fundamenta-se no item 1.6 do DOC-ICP-03.01:

Em caso de alteração de endereço da instalação técnica, o fato deve ser previamente reportado à AC responsável, que enviará ao ITI formulário de credenciamento ADE-ICP-03.E [4] com dados atualizados, solicitando nova autorização de funcionamento, acompanhada dos documentos previstos no DOC-ICP-03.

Os documentos mencionados na norma e referidos no DOC ICP 03 são os nomes dos agentes de registro bem como o do responsável que atuarão na instalação, os aspectos de segurança e operacionais que serão seguidos, o local onde serão guardados os certificados gerados e, por fim, a certidão da junta comercial ou o alvará de funcionamento referente ao novo endereço da instalação técnica.

84. Existe a possibilidade de transferência do nome da AR entre empresas com os mesmos sócios, porém com CNPJ diferentes e situadas em localidades diferentes?

R: A resposta é negativa. Tratam-se de entidades com personalidades jurídicas autônomas, distintas. Logo, é necessário que a nova empresa solicite a abertura de processo próprio para o seu credenciamento na ICP-Brasil. Ademais, nos termos expressos do Código Civil, art. 1.164, “O nome empresarial não pode ser objeto de alienação.”

85. No caso de uma Autoridade de Registro vinculada originariamente a uma Autoridade Certificadora – AC vir a se vincular a uma segunda AC, integrante de outra hierarquia, por intermédio do denominado credenciamento simplificado, será essa AR, caso se desvincule da AC originária, descredenciada automaticamente da cadeia pela qual ingressou pelo procedimento sumário, sendo, pois, necessário se submeter a um outro credenciamento?

R: A resposta é negativa. Cada credenciamento é, em princípio, autônomo

em relação aos demais. Logo, a AR não poderá ser descredenciada na nova cadeia à qual se vinculou simplificada, pois seria uma espécie de sanção não prevista nos normativos da ICP-Brasil, e, por isso mesmo, vedada, além do credenciamento simplificado se constituir, por si só, como um ato jurídico perfeito.

86. A publicação dos endereços de cartórios nas páginas oficiais dos Tribunais de Justiça estaduais são suficientes para fins de comprovação da sua localização?

R: A resposta é positiva. Notários e Registradores são profissionais do direito, dotados de fé pública, que possuem presunção de autenticidade, publicidade, segurança e eficácia jurídica reconhecidas em lei por tudo que declarem ou façam no exercício de suas funções.

Os cartórios, por si só, não podem se credenciar na ICP-Brasil como Autoridades de Registro, pois a Medida Provisória 2.200-2/01 exigiu que tivessem personalidade jurídica²⁸⁴, algo incompatível com a sua natureza (apenas seus titulares, e não os cartórios em si, a possuem).

Logo, o Comitê Gestor, atento à importância da participação dos cartórios na infraestrutura de certificação brasileira, deliberou que as serventias extrajudiciais poderiam se cadastrar perante a ICP-Brasil não como Autoridades de Registro - pois vedado expressamente ante a ausência de personalidade jurídica própria - mas sim como Instalações Técnicas de Autoridades de Registro e, nesse ato de credenciamento, a impressão da página oficial do Tribunal de Justiça estadual basta para fins de comprovação de sua localização.

87. As normas da ICP-Brasil determinam que o comprovante dos antecedentes criminais e a situação creditícia do agente de registro sejam verificados anteriormente à sua contratação. Tal situação constitui, por si só, prática discriminatória?

R: A resposta é negativa. A necessidade de verificação dos antecedentes

284 Art. 7º Às AR, entidades operacionalmente vinculadas a determinada AC, compete identificar e cadastrar usuários na presença destes, encaminhar solicitações de certificados às AC e manter registros de suas operações.

dos agentes de registro encontra-se esculpida no item 7.3.1²⁸⁵ do DOC ICP 02 e no item 5.3.2.1²⁸⁶ do DOC ICP 05. Tais previsões vêm complementadas pelo DOC ICP 03.01, que também exige, em seu item 2.2.1²⁸⁷, os comprovantes de verificação da situação de crédito. Percebe-se, assim, que a verificação é uma imposição determinada verticalmente, a toda cadeia: AC Raiz (DOC ICP 02), AC (DOC ICP 05) e AR (DOC ICP 03.01). Resta analisar sob quais termos deve ser compreendida.

Ressalte-se desde logo que nenhuma norma exige que a certidão da situação creditícia (nem mesmo a criminal) seja negativa. Determinam, apenas, que sejam efetuadas as devidas verificações, bem como sejam arquivados seus respectivos comprovantes.

Apenas, com isso, se procura garantir que os contratantes tenham todas as condições para verificar se devem – ou não – contratar aquele empregado: não se pode perder de vista que o agente de registro é o primeiro elo que se faz entre a ICP-Brasil e seus usuários, sendo justamente a personificação da infraestrutura ao adquirente do certificado digital.

Além do mais, o agente de registro terá acesso a todos os dados sensíveis daquela empresa ou pessoa física que solicita a emissão do certificado: endereço, inscrição no RG/CPF/CNPJ, cópia dos documentos de identificação e atos constitutivos, etc. Enfim, não podemos perder de vista que a ICP-Brasil é uma cadeia de confiança²⁸⁸: nos processos, nas pessoas e nas

285 *Verbis*: 7.3.1. Devem ser adotados critérios rígidos para o processo seletivo de candidatos, com o propósito de selecionar, para os quadros das entidades integrantes da ICP-Brasil, pessoas reconhecidamente idôneas e sem antecedentes que possam comprometer a segurança ou credibilidade das entidades.

286 *Verbis*: 5.3.2.1. Com o propósito de resguardar a segurança e a credibilidade das entidades, todo o pessoal da AC responsável e das ARs vinculadas envolvido em atividades diretamente relacionadas com os processos de emissão, expedição, distribuição, revogação e gerenciamento de certificados deverá ser submetido a: a) Verificação de antecedentes criminais; b) Verificação de situação de crédito; c) Verificação de histórico de empregos anteriores; e d) Comprovação de escolaridade e de residência.

287 *Verbis*: 2.2.1. Cada Agente de Registro que esteja atuando ou que já tenha atuado na AR deve possuir um dossiê, contendo: a) contrato de trabalho ou cópia das páginas da carteira de trabalho onde consta o registro da contratação, termo de posse de servidor ou comprovante de situação funcional; b) comprovante da verificação de antecedentes criminais; c) comprovante da verificação de situação de crédito; d) comprovante da verificação de histórico de empregos anteriores; [...].

288 Resolução CG ICP-Brasil n° 2, de 25 de setembro de 2001, subitem 11.1.2: As atividades das entidades integrantes da ICP-Brasil estão associadas ao conceito de confiança. O processo de auditoria periódica representa um dos instrumentos que facilita a percepção e transmissão de

tecnologias empregadas, a fim de tornar possível – e jurídico – a transposição do físico para o virtual, e a situação creditícia é apenas mais um dos meios de assegurá-la, além do que a exigência encontra amparo em normas internacionais de segurança.

Justamente por isso o Tribunal Superior do Trabalho – TST possui diversos precedentes no sentido de que a solicitação das certidões por ora tratadas, quando referentes à atividades específicas (tal qual a de agente de registro o é) não constitui afronta à Constituição. Por todos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALPARGATAS. DANOS MORAIS. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUANDO DA CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PELA NATUREZA DO CARGO. PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. Quando não justificada em razão da função objeto do contrato de emprego, a exigência feita pelo empregador, de apresentação de certidão de antecedentes criminais como condição para a admissão do trabalhador ao emprego, por não contemplada pela ordem jurídica e devido ao elevado potencial discriminatório, autoriza o processamento do recurso de revista, afigurando-se possível violação aos artigos 1º da lei ordinária nº 9.029/95, 5º, inciso X, da Constituição da República, e 186, do CC. Agravo de Instrumento provido, com fundamento na alínea c, do artigo 896, da CLT. RECURSO DE REVISTA. ALPARGATAS. DANOS MORAIS. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUANDO DA CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PELA NATUREZA DO CARGO. PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. O § 1º, da Lei nº 9.029/95, veda "qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego", sendo certo que a exigência de certidão de antecedentes criminais, quando não justificada em razão da função objeto do contrato de emprego, configura óbice discriminatório e limitador do acesso ao emprego, e ofensa literal da norma retromencionada, com efeito direto sobre a integridade moral do trabalhador afetado, ensejando a vulneração da Constituição (artigo 5º, X), e do Código Civil (artigo 186). Recurso de Revista conhecido e provido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-205700-10.2013.5.13.0008, em que é Recorrente LEANDRO ARAÚJO FARIAS e Recorrida ALPARGATAS S.A.

88. O agente de registro pode ser um funcionário terceirizado da Autoridade de Registro? Mais aprofundadamente: quais são os possíveis vínculos jurídicos a serem estabelecidos entre o Agente de Registro e a AR?

confiança à comunidade de usuários.

R: A resposta ao primeiro questionamento é negativa. E, como o tema envolve a análise de normas em diferentes níveis hierárquicos, deve-se desde logo frisar que qualquer norte hermenêutico decorre necessariamente da observância hierárquica das normas, é dizer, o poder de suplementação do ITI²⁸⁹ deve respeito, sempre, às orientações emanadas do Comitê Gestor da ICP-Brasil.

O item 1.3 do DOC ICP 03.01 define, em sua alínea “a”, o agente de registro como sendo a pessoa responsável pela execução das atividades inerentes à AR, quais sejam, a validação e a verificação da solicitação de certificados. É decorrência lógica desse conceito que exista um vínculo jurídico entre a AR e o agente de registro, de modo que a comprovação desse vínculo encontra-se disposta no item 2.2.1, alínea “a”, desse mesmo DOC, *in verbis*:

2.2.1. Cada Agente de Registro que esteja atuando ou que já tenha atuado na AR deve possuir um dossiê, contendo:
a) contrato de trabalho ou cópia das páginas da carteira de trabalho onde consta o registro da contratação, termo de posse de servidor ou comprovante de situação funcional;
[...]

Atente-se, ademais, que seu item 2.1.2²⁹⁰ veda a admissão de estagiários e funcionários terceirizados no exercício das atividades de agente de registro, pois determina que devam ser funcionários ou servidores da organização credenciada junto à ICP-Brasil.

Esse é o quadro normativo. De um lado, estabelece-se a forma de comprovação do vínculo jurídico; de outro, os impedimentos para a constituição desse mesmo vínculo. Resta-nos analisar seus termos.

O DOC ICP 02 elenca, em seu item 7.3.3²⁹¹ (bem como o DOC ICP 03.01, item 2.1.2), as pessoas que poderão prestar as atividades referentes aos agentes de registro: empregado, funcionário ou servidor. Empregado é toda

289 Resolução CG-ICP Brasil nº 33, de 21 de outubro de 2004.

290 *Verbis*: 2.1.2. Não são admitidos estagiários nem funcionários terceirizados no exercício das atividades de Agente de Registro. Os Agentes de Registro devem ser funcionários ou servidores da própria organização credenciada como AR junto à ICP-Brasil.

291 *Verbis*: 7.3.3. O empregado, funcionário ou servidor assinará termo de compromisso assumindo o dever de manter sigilo, mesmo quando desligado, sobre todos os ativos de informações e de processos das entidades integrantes da ICP-Brasil.

pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (art. 3º, CLT). Decorre, portanto, de uma relação de trabalho. Já servidores são agentes públicos que possuem relação permanente com o Estado, em regime estatutário e que se sujeitam a regime jurídico de direito público²⁹².

Por fim, o signo “funcionário” é uma expressão ampla, e, por isso mesmo, equivocada. Para o Direito Penal, o conceito possui extrema importância, a fim de alcançar o agente que, embora transitoriamente ou sem remuneração, pratique crime contra a Administração Pública.

Já no âmbito do Direito Administrativo, caiu em desuso pelo fato de a atual Constituição Federal não mais se referir a “funcionário público”, de modo que o item 7.3.3²⁹³ do DOC ICP 02 pode (*rectius*: deve) ser compreendido como a possibilidade de se possuir empregados ou servidores como agentes de registro. Empregado quando a natureza da Autoridade for privada; servidor, quando for pública: não se tem como fugir desse binômio para fins de ICP-Brasil.

Ou seja: juridicamente, não há que se falar de “funcionários” como agentes de registros na ICP-Brasil, haja vista tratar-se de expressão em desuso, sem qualquer significação jurídica hodierna. Assim, os referidos funcionários, ditos na norma, nunca poderão ser prestadores de serviços contratados (ou seja, terceirizados) seja por expressa vedação normativa, seja por expressa contraindicação de segurança sistêmica.

Ora, se a palavra “funcionário” não significa prestação de serviços, não se pode equiparar os referidos termos para fins de admissão do contrato de prestação de serviços na ICP-Brasil. Além do mais, a interpretação em direito administrativo nunca pode ser ampliativa, haja vista se tratar de normas de ordem pública, com o desempenho de relevantes funções para a nossa República Federativa.

Prestação de serviço, segundo o Código Civil, compreende toda atividade lícita de serviço especializado, realizado com liberdade técnica, sem

292 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 353.

293 O item 7.4.5 do DOC ICP 02 estabelece a responsabilidade dos prestadores de serviço, ou seja, das entidades credenciadas. Não se pode compreender o referido dispositivo como uma norma relacionada aos deveres dos agentes de registro.

subordinação e mediante certa retribuição. Consiste em um negócio jurídico bilateral, sinalagmático, em que as partes são credoras e devedoras entre si. O tomador é simultaneamente credor do serviço e devedor da remuneração enquanto que o prestador é credor do preço e devedor do serviço. Se a prestação de serviços envolver continuidade, a dependência e a subordinação merecerá a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452/1943).

Em síntese: o DOC ICP 02, item 7.3.3, diz que os agentes de registro podem ser empregados, funcionários e servidores, vedando o desempenho da função apenas por estagiários; já o DOC ICP 03.01 (fruto do poder suplementar, ou seja, inferior hierarquicamente ao DOC ICP 02), item 2.2.1, permite o desempenho da função por trabalhadores (i.e., contratados sob o regime celetista) e por servidores públicos, além de vedar o seu desempenho por estagiários e prestadores de serviço.

Logo, conquanto o DOC ICP 02 definiu as pessoas que podem ser agentes de registro, o DOC ICP 03.01 trouxe a forma de demonstração desse vínculo. O ITI, em sua função suplementar, apenas colmatou a lacuna existente sobre o tema.

Em arremate, todas as formas de terceirização (situação regulada, também, pelo enunciado TST 331) são vedadas na ICP-Brasil. Reforça o aqui exposto que a terceirização não se presta para a execução de atividades finalísticas, sendo incompatível com os normativos e a segurança exigida na cadeia de confiança da ICP-Brasil.

89. Caso a AR integre uma *holding*, na qual as empresas partícipes constituam um verdadeiro grupo econômico, é possível que o agente de registro se vincule a uma empresa do grupo e não à AR?

R: A resposta é negativa. O conceito de grupo econômico, para fins trabalhistas, encontra expressa previsão na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT:

Art. 2º – Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. [...] 2º -

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Acontece, entretanto, que, conforme visto no questionamento anterior, o item 2.1.2 do DOC ICP 03.01 determina que não sejam admitidos estagiários nem funcionários terceirizados no exercício das atividades de Agente de Registro, que devem ser funcionários ou servidores da própria organização credenciada como AR.

Desse modo, por mais que realmente as empresas se constituam, sob a ótica trabalhista, em um grupo econômico, a norma é expressa em determinar a vinculação dos AGRs à AR, realidade jurídica (talvez não econômica) distinta (e, por isso mesmo, específica) dos outros entes integrantes da *holding* (Código Civil, art. 44, II).

90. A pessoa jurídica que discute judicialmente a possível isenção ou mesmo a suspensão de determinados tributos (estaduais, municipais ou mesmo federal) pode ser dispensada da apresentação das certidões de regularidade fiscal quando da solicitação de credenciamento?

R: A resposta é negativa. Um dos requisitos para o credenciamento perante a ICP-Brasil é a comprovação da regularidade fiscal, que se dá por meio da apresentação de Certidão Negativa correspondente, em estrita observância ao Código Tributário Nacional, art. 193.

Assim, em princípio, a simples discussão judicial acerca desses débitos não exige a entidade de comprovação da certidão negativa dos tributos, à exceção de a postulante obter decisão judicial (seja interlocutória, seja definitiva) que suspenda a exigência tributária (CTN, art. 151 c/c art. 206). Nesse caso, será emitida a certidão positiva com efeito de negativa e a solicitação terá seguimento.

91. Para fins de comprovação de regularidade imobiliária municipal, uma entidade que não possua imóvel registrado em nome próprio e desenvolva as suas atividades em imóvel alugado, pode apresentar certidão negativa

referente a este imóvel, ou seja, em nome do locador (proprietário do mesmo), com o contrato de locação?

R: A resposta é negativa. O processo de credenciamento visa a verificar, entre outros, se a entidade que solicita atuar na ICP-Brasil possui débitos com o Fisco. Assim, acaso se aceitasse a certidão do locador acompanhada do contrato locatício, em nada se comprovaria eventual regularidade da empresa, pois uma devedora contumaz, por exemplo, locaria o imóvel em que está localizada a sua sede e ver-se-ia livre de ter que comprovar a sua regularidade fiscal.

Logo, nesses casos, o que deve ser providenciada é uma certidão negativa de débitos imobiliários emitida em nome da candidata ao credenciamento, e não em razão do endereço que atua. Caso, porém, a Secretaria Municipal (o IPTU é um tributo municipal, nos termos da Constituição Federal, art. 155) não emita essa espécie de certidão, incide o previsto no Enunciado – PFE nº 16, que admite uma declaração do representante, sob sua responsabilidade civil e criminal, de que a empresa não possui débitos imobiliários.

92. É permitido o credenciamento simplificado da AR em uma nova cadeia de AC?

R: A resposta é positiva. O credenciamento simplificado encontra amparo no item 2.2.3.3.3 do DOC ICP 03:

2.2.3.3.3 Caso a AR já esteja credenciada na ICP-Brasil e deseje se vincular a qualquer outra AC também credenciada, deve ser realizado procedimento de credenciamento simplificado, que consiste no encaminhamento de correspondência ao endereço eletrônico auditoria@iti.gov.br ou ao Protocolo geral da AC-Raiz, assinada pelos responsáveis legais da AC imediatamente subsequente a AC Raiz, informando o que se segue: • a data em que a AR iniciará as operações junto à AC subordinada; • o local onde a AR irá armazenar os Termos de Titularidade correspondentes a esse novo credenciamento; e • qual o instrumento legal, a exemplo de contrato ou convênio, utilizado para descrever as responsabilidades desse vínculo entre as entidades envolvidas.

Importa destacar que este procedimento simplificado requer a

comprovação de que a interessada já se encontra credenciada como AR no âmbito da ICP-Brasil, porém, em cadeia diversa da qual pretende se vincular.

De posse dessas informações, tem-se que a mesma fica dispensada da entrega dos documentos elencados no anexo II do DOC ICP 03, conforme preceitua o item 2.2.3.3.3 c/c a nota 1 do anexo II do documento em referência. A dispensa dessa documentação, entretanto, apenas ocorrerá nas hipóteses em que não houver modificação das políticas de certificação às quais foi inicialmente credenciada.

93. Em relação ao questionamento anterior, caso o Prestador de Serviço de Suporte – PSS da AC seja diferente do PSS da AR, tal fato se constituirá em impeditivo para o deferimento do credenciamento simplificado?

R: A resposta é negativa. O PSS, como o próprio nome diz, presta serviços (de natureza física, lógica e/ou de recursos humanos) a uma determinada Autoridade na ICP-Brasil (geralmente uma AC ou AR). Diante de sua natureza instrumental, em nada influencia no eventual credenciamento da AR em cadeias de diferentes ACs, que pode tanto obedecer a forma comum (um novo pedido de credenciamento nessa nova cadeia) ou mesmo a simplificada.

94. A ICP-Brasil permite o credenciamento simplificado de Instalações Técnicas?

R: A resposta é positiva. De acordo com o item 3.2.1.4 do DOC ICP 03:

3.2.1.4 Caso uma Instalação Técnica de AR já esteja autorizada a funcionar em uma AR credenciada na ICP-Brasil e essa mesma AR também já esteja credenciada em outra AC credenciada, essa Instalação Técnica, se de seu interesse, deve realizar procedimento de autorização de funcionamento simplificado, que consiste no encaminhamento de correspondência ao endereço eletrônico auditoria@iti.gov.br ou ao Protocolo-Geral da AC-Raiz, assinada pelos responsáveis legais da AC imediatamente subsequente à AC Raiz, informando o que se segue: [...]

Percebe-se, portanto, que basta o envio de comunicação (eletrônica ou comum) à AC Raiz informando dados mínimos que consistem na data em que a Instalação Técnica iniciará as operações junto à nova cadeia; local onde a AR

armazenará os Termos de Titularidade correspondentes a essa nova autorização de funcionamento; bem como qual o instrumento legal utilizado para descrever as responsabilidades desse vínculo entre as entidades envolvidas (normalmente um contrato de adesão).

Importante destacar que o procedimento simplificado requer a comprovação de que as instalações técnicas postulantes, bem como a Autoridade de Registro perante a qual continuarão vinculadas, já se encontrem credenciadas em uma outra cadeia de certificação.

95. Os postos provisórios encontram previsão normativa na infraestrutura?

R: A resposta é positiva. Postos provisórios nada mais são do que locais temporários nos quais uma AR exercerá a sua função de identificar e cadastrar os interessados em adquirir certificados digitais ICP-Brasil. O pedido de credenciamento do posto provisório tem fulcro no item 3.2.3 do DOC-ICP-03, onde consta, no subitem 3.2.3.1, que:

A AR já credenciada na ICP-Brasil poderá abrir postos provisórios de instalações técnicas com prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias para funcionamento, renovável por igual período, desde que encaminhe à AC Raiz solicitação de funcionamento com no mínimo 10 (dez) dias de antecedência [...]

96. Existem formalmente postos de atendimento na ICP-Brasil?

R: A resposta é negativa. Inobstante ser infelizmente comum, na prática, verificar a existência de diversos Postos de Atendimentos vinculados a diferentes ARs, é importante salientar que inexistente qualquer previsão nos normativos da ICP-Brasil que permitam a sua ocorrência.

Desse modo, como a infraestrutura não os reconhece, formalmente, como integrantes da ICP-Brasil, a AR que adotar esse modelo comercial será inteiramente responsável (seja civil, seja administrativamente) por qualquer ato ilícito cometido pelo referido Posto.

Ademais, do ponto de vista estritamente jurídico, essa solução mercadológica traz, à AR, a possibilidade de sua penalização administrativa, vez

que atua fora dos limites permitidos pelas normas da ICP-Brasil ao criar uma estrutura nova (no caso, o referido posto de atendimento) sem o devido respaldo legal, se constituindo em verdadeira burla às soluções atualmente previstas: postos provisórios e/ou abertura de instalações técnicas.

97. As ARs podem firmar acordos operacionais entre si (isto é, com outras ARs)?

R: A resposta é positiva. De acordo com o subitem 3.2.5.1 do DOC ICP 03, a AR já credenciada na ICP-Brasil pode firmar acordo operacional com outra AR, com o objetivo de que esta última venha a executar, em nome da primeira, atividades de confirmação, validação e aprovação de solicitação de certificado digital. Importante ressaltar que tais atividades estão condicionadas ao cumprimento de diversos requisitos que se encontram insculpidos no DOC ICP 03.01.

Compete, ainda, à AC que possui vínculo com ao menos uma das ARs acordantes apresentar à AC Raiz, no prazo de 10 (dez) dias úteis, as seguintes informações: a) a identificação das ARs (nome da AR contratante/AC e nome da AR contratada/AC vinculada); b) validade do Acordo (dd/mm/aaaa até dd/mm/aaaa).

98. A não observância do prazo de 10 dias úteis para a comunicação do acordo operacional acarreta alguma consequência?

R: A resposta é positiva. Antes de mais nada, importante verificar desde quando se conta o referido prazo: se da assinatura ou da validade do acordo. A única interpretação possível indica para o início do prazo a partir da assinatura, e isso por uma questão simples: a validade do acordo é (justamente) um dos (dois) itens que devem ser comunicados ao ITI.

Nada impede que a sua validade seja futura, mas a norma impõe que a sua comunicação seja feita em dez dias úteis de sua assinatura. Admitir que o referido prazo seja contado apenas quando o contrato estiver em vigor (ou seja, nos termos da norma, quando o contrato adquirir validade), é admitir que sempre existirão acordos operacionais nos quais o ITI não terá ciência de sua feitura, o

que não possui respaldo pois esta Autarquia existe justamente para fiscalizar as entidades integrantes da ICP-Brasil.

Insta compatibilizar, então, a possibilidade de validade futura com a necessária comunicação ao ITI no prazo de dez dias úteis, de modo que: a) os acordos operacionais assinados e que passam desde logo a valer devem ser comunicados em 10 dias úteis ao ITI para que possam ser retroativos (*ex tunc*) à data de sua assinatura; b) caso não observado o referido prazo, as atividades descritas no acordo operacional apenas poderão ser efetuadas após a devida comunicação ao ITI (eficácia *ex nunc*, portanto). Nesse caso, as atividades efetuadas antes da comunicação reputar-se-ão nulas.

99. Uma empresa pode informar aos seus clientes que se utiliza da certificação digital ICP-Brasil?

R: A resposta é positiva. Em qualquer relação contratual seus integrantes devem agir de acordo com um padrão de conduta, um *standart*, algo que, na doutrina moderna, convencionou-se denominar de boa-fé objetiva, que possui, inclusive, expressa previsão no Código Civil, art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Nesse sentido, surgem os deveres de proteção, cooperação e informação, denominados como deveres anexos ou laterais, que possuem o escopo de, justamente, permitir que o contrato chegue ao seu fim de maneira regular.

Ora, proteger o outro contratante, cooperar com a sua conduta bem como informá-lo acerca de todas as nuances contratuais constituem posturas que visam a alcançar o fim último de todo negócio jurídico: o adimplemento contratual (ou, em linguagem coloquial, seu pagamento).

Frente ao exposto, informar que se vale de certificação digital (o que não se confunde com a utilização da logomarca, conforme pergunta abaixo) nada mais significa que um dever de informação por parte da empresa.

100. E quanto ao uso da logomarca, é possível?

R: A resposta é positiva. O Comitê Gestor tratou do tema em duas Resoluções: nº 82, de 20 de julho de 2010; e nº 98, de 25 de junho de 2013. Desses normativos, extrai-se que o uso da logomarca da ICP-Brasil em peças de comunicação de iniciativa de órgãos ou instituições, públicas ou privadas, seja a que título for, só poderá ser feita mediante solicitação formal, dirigida ao ITI, que deverá autorizar expressamente o seu uso. É, assim, vedado o uso da logomarca ICP-Brasil em iniciativas que não estejam devidamente autorizadas pelo órgão competente.

Entretanto, há que se separar duas situações distintas. Caso haja a simples menção aos clientes de que o site ou empresa utilizam a certificação digital (tratada na pergunta anterior), a condição inafastável para que tal ocorra é a sua efetiva utilização e, nesse caso, não se necessita de qualquer autorização; lado outro, caso haja a utilização da logomarca, por se tratar de uma forma de exteriorização própria da ICP-Brasil, é imprescindível a autorização do ITI, sob pena de possível responsabilização civil, penal e administrativa do autor do ilícito.

101. O dossiê documental presente no ato de emissão do certificado digital pode ser digitalizado e, posteriormente, descartado?

R: A resposta é negativa. Primeiramente, faz-se necessário observar três premissas básicas: a) nenhum documento, seja público ou privado, encontra-se condicionado ao processo de digitalização, haja vista ser uma faculdade do interessado digitalizar seus documentos; b) caso, porém, opte por digitalizá-los, deverá seguir os trâmites da Lei nº 12.682/12 e utilizar o certificado digital ICP-Brasil; c) havendo a digitalização, o documento original não pode ser descartado, pois o art. 2º da referida Lei, na parte que previa o descarte, foi vetado.

Diante desse quadro, o DOC-ICP 03.01 facultou ao interessado a digitalização e permitiu o descarte da documentação apenas referente às “cópias” dos documentos que se encontram no dossiê, tais como, documento de identidade, carteira de trabalho, etc. Isso porque o original se encontra de posse do titular, de modo que qualquer irregularidade pode ser solucionada mediante a

apresentação do referido documento.

No entanto, no que tange àqueles documentos originais que constam do dossiê (o próprio Termo de Titularidade, as eventuais declarações firmadas pelo titular), ainda que haja a digitalização, não poderão ser destruídos.

102. O nome a ser adotado na ICP-Brasil deve guardar relação com o nome empresarial (ou fantasia) da empresa?

R: A resposta é positiva. A Instrução Normativa nº 8, de 10 de agosto de 2016, instituiu o Cadastro Nacional de Nomenclaturas – CNN, banco de dados público, gerido pela Procuradoria Federal Especializada (PFE/ITI), que tem por finalidade evitar a ocorrência de nomes idênticos ou semelhantes entre as nomenclaturas adotadas pelas entidades integrantes da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

Agora, sempre que uma nova entidade for credenciar-se na ICP-Brasil, deverá antes verificar, no CNN, se o nome que deseja usar não está sendo utilizado. Além, todas as nomenclaturas deverão guardar relação ou com o nome empresarial ou o nome fantasia da solicitante ao credenciamento.

A Instrução Normativa adotada pelo ITI leva em consideração legislação já vigente das Juntas Comerciais. Para evitar subjetividade na avaliação, serão considerados nomes idênticos ou semelhantes os casos de homonímia, nomes com grafia idêntica, e de homofonia, que são os casos de grafias diferentes com sons iguais.

5 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (103-105)

103. Um órgão ou entidade integrante da Administração Pública Federal que queira utilizar certificado digital pode se valer de certificados emitidos fora da ICP-Brasil?

R: A resposta é positiva. Com a edição do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015, tal possibilidade passou a ser expressamente prevista em norma. Seu art. 6º é exposto em admitir que a autoria, autenticidade e

integridade do documento eletrônico sejam obtidos mediante a utilização dos certificados digitais ICP-Brasil, ou, consoante previsão do parágrafo primeiro desse mesmo artigo, outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem identificação por meio de nome de usuário e senha.

O referido Decreto padece de severas incongruências técnicas e jurídicas, pois apenas o certificado da ICP-Brasil, e nenhum outro, gera a certeza da validade jurídica do documento eletrônico, pois se sabe, com garantia legal (M.P. nº 2.200-2/01, art. 1º), quem assinou (autenticidade) e que o documento não sofreu qualquer modificação entre o emissor e seu destinatário (integridade).

Não significa dizer que não possam existir outros meios de comprovação de autoria e integridade documentais, conforme expressa previsão trazida pela própria M.P. 2.200-2/01, art. 10, § 2º:

O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

Ou seja, o destinatário de um documento eletrônico pode aceitar como válido qualquer certificado digital, ainda que não emitido pela ICP-Brasil. Porém, é justamente pela insegurança propiciada por esses outros certificados – que não possuem nenhuma infraestrutura pública como o certificado ICP-Brasil possui – que se condicionou a sua validade (*rectius*: eficácia) à aceitação dos partícipes.

A utilização de certificados fora da ICP-Brasil fica a depender da aceitação do outro contratante e, uma vez dada, ainda pode ser impugnada judicialmente, sob a alegação, por exemplo, de qualquer vício de consentimento (coação, erro). A justificativa para a existência do certificado, que é justamente dar segurança aos seus usuários, acaba por desaparecer, podendo ser transformada em um longo e desgastante processo judicial.

E, quando se tratam de documentos públicos, essa possibilidade trazida pela norma simplesmente inexistente, pois não se tem como obtê-la de todos

aqueles acerca dos quais o documento poderá produzir efeitos. Ou seja: de toda a população brasileira. Daí que, nesses casos, se torna apenas indicável a utilização da certificação digital ICP-Brasil, pois imposta por lei, que independe da aceitação de quem quer que seja.

Conforme visto, porém, o Decreto nº 8.539/15 assim permite expressamente, adotando uma opção deveras simplista e focada em economia de despesas que acaba por poder comprometer as manifestações eletrônicas efetuadas com base nesse modelo. Ademais, encontra-se em evidente descompasso com um outro Decreto (nº 3.996/01), também em vigor, que, em seu art. 2º, § 1º, é expresso ao dizer que os serviços de certificação digital a serem prestados, credenciados ou contratados pelos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal deverão ser providos no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

104. A autorização do Comitê Executivo do Governo Eletrônico é necessária para que um órgão ou entidade da Administração Pública Federal possa adquirir certificado digital?

R: A resposta é negativa. De acordo com o art. 2º do Decreto nº 3.996/01, somente mediante prévia autorização do Comitê Executivo do Governo Eletrônico, os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal poderão prestar ou contratar serviços de certificação digital.

Ressalta-se, porém, que a simples aquisição de certificados digitais não se enquadra nessa definição de serviços de certificação digital, uma vez que o Comitê Gestor da ICP-Brasil, em reunião realizada no dia 10 de fevereiro de 2009, definiu que o certificado digital é tratado como um produto, e não serviço. Sendo assim, a autorização prévia do Comitê Executivo do Governo Eletrônico apenas será necessária quando a entidade ou órgão público federal desejar inserir-se na cadeia de certificação digital brasileira, como uma Autoridade de Registro (a qual deve fazer um contrato com a Autoridade Certificadora correspondente – daí a expressão do art. 2º: “contratar serviços de certificação”) ou como Autoridade Certificadora (daí a expressão do art. 2º: “prestar serviços”).

105. No que tange à validação da solicitação de certificado digital, é

possível que um Município, a fim de comprovar a sua existência, apresente a respectiva Lei Orgânica?

R: A resposta é positiva. Nos termos do item 3.1.1.1, alínea “a”, inciso “ii”, do DOC ICP-05, a identificação de uma organização será obtida pela comprovação de que os documentos apresentados referem-se efetivamente à pessoa jurídica titular do certificado e de que a pessoa que se apresenta como representante legal da pessoa jurídica realmente possui tal atribuição.

Desse modo, não há óbice algum para que o Município seja identificado pela respectiva Lei Orgânica, vez que esse é o seu ato instituidor, conforme a própria Constituição Federal de 1988 estabelece:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...]

Faz-se necessário, apenas, que se tome o devido cuidado em relação à identificação do seu representante, que pode ser, conforme estabelecido no Código de Processo Civil, art. 75, inc. III, tanto o prefeito quanto o procurador municipal.

Anexo II

**ENSAIOS SOBRE
CERTIFICAÇÃO DIGITAL**

A falácia da iniciativa popular em projetos de lei: uma análise sob a perspectiva da e-democracy.

The fallacy of the popular initiative bills: an analysis from the perspective of e-democracy.

Resumo

A iniciativa popular em projetos de lei é, hoje, inobstante o mandamento constitucional, uma norma despida de eficácia jurídica. Analisar o porquê da situação, e, principalmente, propor um novo modelo que permita satisfatoriamente a operacionalização dessa forma de manifestação popular é o objetivo do presente artigo. Para tanto, discorrer-se-á sobre o que é a democracia, seus modelos vigentes, as iniciativas populares em projetos de lei que se tornaram bem-sucedidas e, também, sobre a Infraestrutura Nacional de Certificação Digital (ICP-Brasil), de modo a evidenciar que todos os conceitos encontram-se interligados, pois vive-se em uma sociedade da informação.

Palavras-Chave: Democracia. Iniciativa Popular. Certificados Digitais ICP-Brasil.

Abstract

The popular initiative bills is now, regardless of whether the constitutional law, a naked standard legal effect. Analyze why the situation, and especially to propose a new model that satisfactorily permits the operation of this form of popular manifestation is the purpose of this article. To do so, will be discuss what is democracy, its current models, popular initiatives bills that have become successful and also about the Digital Certificate National Infrastructure (ICP-Brazil), so to show that all concepts are interrelated, because one lives today in an information society.

Keywords: Democracy. Popular initiative. Digital Certificates ICP-Brazil.

1. A colocação de um (real) problema

A Constituição de 1988 assegura, ao menos formalmente, a iniciativa

popular²⁹⁴ para a apresentação de projetos de lei, nos estritos termos em que disposto em seu art. 62, parágrafo segundo²⁹⁵.

A referida previsão nada mais fez que complementar uma outra, trazida já nos prolegômenos²⁹⁶ da própria Constituição²⁹⁷, que é expressa em afirmar que todo poder emana do povo, exercido direta ou indiretamente.

O regime político brasileiro, pois, funda-se na democracia, que possui dois princípios fundamentais: a) soberania popular (o povo como fonte de poder); b) participação, direta ou indireta, do povo no poder (forma de legitimação do poder por intermédio da vontade popular).²⁹⁸

A igualdade, direito fundamental constitucional (CF/88, art. 5º, *caput*), encontra na democracia um de seus mais fortes pilares: *one man, one vote*²⁹⁹. E, justamente o voto, de valor igual para todos, pode ser exercido, regra geral, tanto na democracia indireta (via representantes eleitos), quanto na direta, mediante a externalidade da opinião popular.

A convivência simultânea de ambas as espécies de democracia é alcunhada pela doutrina como democracia semidireta³⁰⁰:

294 Contundente crítica à redução terminológica do conceito de povo em eleitor encontra-se em: SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 135-136.

295 Art. 62. [...] § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. Existem, ainda, previsões referentes aos Estados (Art. 27. [...] § 4º – A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual) e municipal (Art. 29. [...] XIII – iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado).

296 Cujo Preâmbulo parte dessas mesmas premissas: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (G.N.)

297 Art. 1º [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

298 SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 131.

299 Célebre a frase dita por Adams, em 1176: “*Equality of representation in the legislature is a first principle of liberty.*” Disponível em: <<http://www.masshist.org/publications/apde2/view?id=ADMS-06-04-02-0233>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

300 Apesar de poucas vozes dissonantes, a doutrina majoritária tende a igualar a democracia semidireta à participativa. Ver, por todos: SILVA, op. cit., p. 136.

Quando a Constituição afirma que o povo exerce seu poder por meio de representantes eleitos, ela explicita a Democracia representativa; contudo, quando indica que o povo exerce o seu poder diretamente, ela exprime a Democracia direta. Da conjugação da democracia representativa e da democracia direta temos um modelo misto de Democracia semidireta, que nada mais é senão uma Democracia representativa com alguns institutos ou mecanismos de participação direta do povo na formação da vontade política nacional³⁰¹.

Parte-se, assim, de uma premissa bastante conhecida – mesmo simplória, até: o Estado Democrático³⁰², fundado na soberania popular, deve assegurar todos os meios necessários para que essa soberania seja exercida de maneira eficaz e legítima.

A participação direta, nos termos em que colocados pela Constituição Federal, pode ser atingida de três formas: plebiscito, referendo e iniciativa popular³⁰³.

Entretanto, atualmente, quaisquer dessas formas são inoperantes³⁰⁴: seja do ponto de vista de nossa tradição, seja diante dos dificultosos requisitos estabelecidos, a pesquisa de opinião pública nunca foi devidamente prestigiada.

301 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 543. Em sentido similar, Ferreira Filho complementa: “Está aqui uma inovação da Constituição em vigor. Ela corresponde ao propósito de intensificar a participação popular no processo político e governamental. Assim, adota o direito brasileiro esse instrumento, dando à democracia o caráter semidireto de que falam os livros.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2000, p. 384.

302 “É conhecida a formulação de Lincoln quanto à ‘essência’ da democracia; ‘governo do povo, pelo povo e para o povo’. Ainda hoje se considera esta formulação como a síntese mais lapidar dos momentos fundamentais do princípio democrático.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Lisboa, 2004, p. 288).

303 O Título II do Capítulo IV da Constituição Federal trata dos direitos políticos, e, logo em seu artigo inicial, se refere à soberania popular, exercida mediante sufrágio universal e voto direto, secreto e com valor igual para todos, além dos instrumentos de iniciativa direta citados: Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular. O art. 2º da Lei nº 9.709/98 diferencia plebiscito e referendo: Art. 2º. Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. § 1º. O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. § 2º. O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição. Por fim, a CF/88 ainda se refere aos institutos no art. 49, inc. X: É da competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscito.

304 A democracia direta, segundo Castells, é uma “[...] antiga aspiração da humanidade, jamais concretizada.” CASTELLS, Manuel de. **Redes de Indignação e Esperança: Movimentos Sociais na Era da Internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 176.

O Brasil, em sua história³⁰⁵, promoveu apenas dois plebiscitos (referentes, todos, à forma e sistema de governo³⁰⁶) e um referendo nacional (relacionado à comercialização de armas.

Se a análise se restringir apenas aos últimos vinte anos, a questão assume contornos dramáticos: apenas um plebiscito e um referendo foram realizados. Na eleição de 2014, a título de exemplo, os Estados Unidos da América realizaram mais de 140 plebiscitos e referendos, dos quais 35 foram iniciativas dos cidadãos.³⁰⁷

À iniciativa popular, específico objeto deste estudo, melhor sorte não lhe socorre: apenas quatro projetos se tornaram leis. Quatro(!) projetos em mais de 25 (vinte cinco) anos de redemocratização.

Se é verdade que a simplificação dos requisitos para a iniciativa popular acaba(ria) por mesmerizar o instituto, não menos correto é compreender que as dificuldades de ordem prática para exercê-lo não podem nunca ser irracionais e burocráticas – tal como hoje ocorre – sob pena de se obstaculizar um direito fundamental de jaez constitucional. A advertência de Bonavides parece oportuna:

Nos dias correntes, a palavra democracia domina com tal força a linguagem política deste século, que raro o governo, a sociedade ou o Estado que não se proclamem democráticos. No entanto, se buscarmos debaixo desse termo o seu real significado, arriscamo-nos à mesma decepção angustiante que varou o coração de Bruto, quando o romano percebeu, no desengano das paixões republicanas, quanto valia a virtude.³⁰⁸

Logo, analisar o porquê dessa (inadmissível) ineficiência, e, também, propor um novo modelo para que possa ocorrer de maneira efetiva é o que por ora se pretende fazer, pois se defende que parte do processo constitucional de implementação democrática direta (no que tange especificamente às iniciativas populares) possa ser otimizado pela utilização de certificação digital ICP-Brasil,

305 Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Referendos_no_Brasil>. Acesso em: 05 jan. 2016.

306 O artigo 2º do ADCT, modificado pela Emenda Constitucional nº 2, de 1992, previu que em 21 de abril de 1993 o eleitorado definisse, por meio de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.

307 Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/27800/eua-realizaram-146-plebiscitos-e-referendos-nas-eleicoes-desta-semana>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

308 BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 72.

novo e único insumo tecnológico com validade jurídica conferida por lei. Afinal, como lembra Wald:

[...] é preciso reinventar o Estado, modificar o seu relacionamento com o cidadão, privatizar a sua gestão, retirar-lhe a arrogância e a onipotência, que não se coadunam com a democracia fazendo valer uma democracia que se faria sentir não apenas na seleção dos governantes mas, de modo mais intenso, na formação da vontade nacional.³⁰⁹

Daí a relevância do tema: viver a democracia como uma real (e não falaciosa) forma de racionalização do processo político e legitimação do poder.

2. A Lei da Ficha Limpa

A Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, popularmente conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, alterou a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, acrescentando novas hipóteses de inelegibilidades voltadas à proteção da moralidade e probidade administrativas, para, regra geral, tornar inelegível, por oito anos, o político que tiver seu mandato cassado, renunciar para evitar a cassação, tiver suas contas rejeitadas ou for condenado por decisão de órgão colegiado em relação a determinados crimes, mesmo que ainda exista a possibilidade de recurso.

(A) história do Projeto de Lei Popular 518/09 começa com a campanha “Combatendo a corrupção eleitoral”, em fevereiro de 1997, pela Comissão Brasileira Justiça e Paz - CBJP, da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Esse Projeto deu continuidade à Campanha da Fraternidade de 1996, da CNBB, cujo tema foi “Fraternidade e Política.”³¹⁰

Após massiva campanha eletrônica (*twitter*, facebook, *avaaz.org*), conseguiu-se coletar mais de um milhão e meio de assinaturas. Depois de aprovado e devidamente sancionado pelo então Presidente da República, foi ainda objeto de intensos debates judiciais, seja no âmbito difuso do controle de

309 WALD, Arnold. As Novas Tendências do Direito Administrativo. In: **O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 220-221.

310 Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ficha_Limpa#cite_note-Veja-2>. Acesso em: 11 jan. 2016.

constitucionalidade (recurso extraordinário)³¹¹, bem como no concentrado, por meio de diversas ações diretas,³¹² julgadas conjuntamente, tendo-se, por fim, o Pretório Excelso decidido pela regularidade formal e, principalmente, material³¹³ da referida lei complementar.

É uma realidade: as alterações promovidas vêm ao encontro de um país mais justo, com ênfase à moralidade que deve reinar as relações republicanas³¹⁴. Como bem disse a Min. Weber em seu voto na ADC 30 (pág. 166):

O homem público, ou que pretende ser público, não se encontra no mesmo patamar de obrigações do cidadão comum no trato da coisa pública. O representante do povo, o detentor de mandato eletivo, subordina-se à moralidade, à probidade, à honestidade e à boa-fé, exigências do ordenamento jurídico e que compõem um mínimo ético, condensado pela lei da Ficha Limpa, através de hipóteses concretas e objetivas de inelegibilidade.

Corroborando esse entendimento a existência de diversos outros projetos de lei que visam a aumentar seu escopo de abrangência, dentre os quais destaca-se o de nº 862/15, de iniciativa do governo federal, que amplia a exigência para a nomeação em cargos em comissão e funções comissionadas na administração pública direta e indireta de todos os poderes da União (Executivo, Legislativo e Judiciário)³¹⁵.

No que toca à presente análise, impende ressaltar o que já dito outrora:

311 RE nº 630.147-DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE630147MRL.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

312 ADCs 29 e 30; ADI 4578, todas disponíveis em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

313 Pendente, ainda, julgamento de Recurso Extraordinário (ARExt 785.068), com Repercussão Geral reconhecida, acerca da aplicabilidade da referida lei a fatos anteriores à sua publicação.

314 Destaque-se substancial estudo constante em CAGGIANO, Monica Herman (Coord.). *Ficha Limpa – impactos nos tribunais: tensões e confrontos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. Ver, ainda, sobre o tema, interessante análise disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudo-ficha-limpa-sp.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

315 Há, ademais, por exemplo, o PL 7396/10, do deputado Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR), que cria um sistema de “Ficha Limpa” para impedir que pessoas condenadas criminalmente ocupem cargos de direção ou em conselhos fiscais e de administração de ONGs e entidades. Em sentido contrário, porém, merece menção o PLC 20/2015, que ameniza os efeitos da Lei da Ficha Limpa àqueles condenados em improbidade administrativa, ao exigir o trânsito em julgado da decisão. Atualmente, conforme visto, basta a condenação em segunda instância para os candidatos se tornarem inelegíveis.

a ficha limpa, de elevada importância ao nosso Estado Democrático, nasceu oriunda da iniciativa popular.

E é justamente aqui que reside a ironia, donde deveria ser a solução: a lei em epígrafe não foi – como de fato nenhuma o é – uma iniciativa realmente popular, pois todos esses projetos de lei necessitam que um parlamentar seja formalmente designado como seu autor para que o processo legislativo seja efetivamente iniciado.

Sim, é isso mesmo. Submete-se a vontade de quantos milhões de eleitores sejam à de ao menos um (numeral e não artigo indefinido) parlamentar que deseje encampar a ideia. Ao reverso: caso nenhum queira (o termo infelizmente é esse mesmo), o até então projeto de projeto de lei não se tornará um efetivo projeto, e não haverá iniciativa popular alguma, em evidente descumprimento ao mandamento constitucional.

Voltaremos adiante no ponto.

3. A Iniciativa Popular

A ideia da separação dos poderes é relativamente simples: divide-se (o poder) para frear (o ímpeto absolutista). Como o conceito é bom, desde Aristóteles³¹⁶ discorre-se acerca do tema, cujo ápice doutrinário ocorreu no século XVIII, com Montesquieu³¹⁷.

A tripartição se encontrou presente em todas as Constituições Brasileiras³¹⁸ (salvo, única e 'justificadamente', a ditatorial de 1937) bem como possui expressa previsão no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789³¹⁹.

316 ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fortes, 1991, p. 113.

317 “Estaria tudo perdido se em um mesmo homem, ou um mesmo corpo dos principais ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes [...]” MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168.

318 Constituição de 1824: art. 10; Constituição de 1891: art. 15; Constituição de 1934: art. 3º; Constituição de 1946: art. 36; Constituição de 1967: art. 6º; Constituição de 1969: art. 6º; Constituição de 1988, art. 2º.

319 Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição. Disponível em:

Na separação de poderes, ao poder legislativo compete, tipicamente, legislar (e, para alguns, também, fiscalizar)³²⁰, *i. e.*, fazer leis, cuja atribuição, no âmbito da União, encontra-se a cargo do Congresso Nacional, cindido em Câmara dos Deputados³²¹ e Senado Federal³²².

E essa feitura das leis, pelos representantes populares democraticamente eleitos, pode, em sua fase inicial, sofrer a influência direta³²³ (e não mais apenas a indireta, quando da eleição dos parlamentares) da população.

A iniciativa popular, conforme o próprio nome diz, apenas abrange a fase inicial do projeto de lei, ou seja, a sua apresentação à casa iniciadora, que, nos termos constitucionais, é a Câmara dos Deputados. As outras duas etapas do processo legislativo continuam a cargo de quem de direito: a constitutiva (discussão e votação) compete ao Congresso Nacional, e a complementar (promulgação e publicação), fica sob a responsabilidade do Poder Executivo.

Pode, pois, ser conceituada como um direito de pedir, imediatamente direcionado ao Congresso Nacional, para que analise a oportunidade e conveniência de se transformar em lei determinado assunto de interesse de parcela da população.

Diga-se desde logo, porém, que a iniciativa popular não é tarefa simples. Apresenta-se, à Câmara, projeto subscrito ao menos por um por cento do

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o>. Acesso em: 20 jan. 2016.

320 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 1021.

321 Composta por representantes do povo, eleitos pelo sistema de representação proporcional.

322 Composta por representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos pelo sistema majoritário.

323 A doutrina unânime (e não simplesmente majoritária) coloca a iniciativa popular, referendo e plebiscito como formas de exercício da democracia direta. Talvez pela redação do art. 14 da CF/88 e da Lei nº 9.709/98, que sempre tratam dos três instrumentos em conjunto, talvez por falta mesmo de aprofundamento na matéria, a verdade é que o ponto nunca recebeu a devida atenção. Se a democracia direta nada mais é que a decisão, pelo povo e para o povo, de assunto que diz respeito à vontade nacional, como considerar a iniciativa popular como uma de suas formas se essa mesma vontade ainda deve ser aprovada, emendada (ou mesmo rejeitada) pelo Congresso? Ora, no referendo e no plebiscito, a vontade popular é absoluta: o voto decide pelo sim ou pelo não (ratificação ou aprovação do ato legislativo/administrativo submetido à sua decisão, respectivamente). Já na iniciativa popular, além de não haver votação (mas simples externalização de opinião pessoal acerca de determinado assunto), a decisão não será obrigatoriamente seguida pelos representantes eleitos. Logo, surge o inevitável questionamento: o que formalmente distinguiria a iniciativa popular da democracia indireta, quando o povo também manifesta a sua vontade para que terceiros escolham, ao fim, a vontade nacional?

eleitorado nacional, distribuído por cinco estados e três décimos por cento em cada Estado, pelo menos. Em tom quase que profético, Manoel Gonçalves afirmou que “[...] as exigências que, no texto em exame, condicionam a propositura popular de leis, tornam difícil, portanto, improvável, que tal ocorra efetivamente.”³²⁴

Diferentemente da Constituição Espanhola, a nossa não exigiu um número fixo de eleitores³²⁵, mas sim o percentual de um por cento, variável de acordo com a alistabilidade e que hoje é de aproximadamente um pouco mais de 1,4 milhão de eleitores.³²⁶ Outros requisitos formais ainda constam da Lei nº 9.709/98:

Art. 13.

[...]

§ 1º O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto.

§ 2º O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

Art. 14. A Câmara dos Deputados, verificando o cumprimento das exigências estabelecidas no art. 13 e respectivos parágrafos, dará seguimento à iniciativa popular, consoante as normas do Regimento Interno.

Regra geral, tais exigências parecem razoáveis, pois, em última análise, realmente não haveria sentido em se rejeitar um projeto de lei por problemas de forma, e não de fundo, se ao povo não é exigido (como nunca poderia ser) deter conhecimentos específicos sobre o processo legislativo.

No que toca ao assunto único, a intenção, louvável, foi facilitar, para a população, a manifestação de sua vontade, bem como facilitar, no âmbito legislativo, a discussão e votação do projeto, sem prejuízo de que caso a vontade popular seja referente a mais de um tema, a própria Câmara cinda o

324 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2000, p. 384.

325 *Verbis*: Artículo 87. nº 3. *Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas.* Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

326 Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Maio/justica-eleitoral-registra-aumento-do-numero-de-eleitores-em-2014>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

projeto em quantos forem³²⁷ necessários ao prosseguimento da análise.

Não se pode negar, entretanto, que a exigência para a apresentação de um projeto articulado, ou seja, uma efetiva proposta, pode representar, por si só, um entrave ao seu exercício. Desse modo, melhor seria a adoção do modelo suíço, qual basta a apresentação, à casa iniciadora, do tema (e não de um efetivo projeto de lei) a ser deliberado e votado.³²⁸

Em síntese, basta a manifestação popular, nos quantitativos mínimos exigidos, em favor de determinada proposta de projeto, desde que não se refira às emendas constitucionais³²⁹, projetos de lei com iniciativa privativa ou exclusiva, bem como aqueles que malfiram as cláusulas pétreas dispostas no artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal³³⁰.

A timidez na regulamentação do tema, em todas as instâncias, é evidente: a Constituição Federal, após determinar dificultosos requisitos para serem cumpridos, remete-os a uma lei que, por sua vez, encaminha, expressamente, ao regimento interno da Câmara dos Deputados.

Não faz sentido. Parece, ao fim e ao cabo, que ninguém quer tratar do assunto, pois relegar a eficácia de tamanho direito fundamental, cujo fundamento último encontra guarida na cidadania, um dos fundamentos constitucionais de nossa República Federativa³³¹, ao singelo regimento interno de uma das Casas

327 Resolução nº 17, de 1989 (Regimento Interno da Câmara dos Deputados): Art. 252. [...] VIII – cada projeto de lei deverá circunscrever-se a um único assunto, podendo, caso contrário, ser desdobrado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em proposições autônomas, para tramitação em separado.

328 BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. **A Cidadania Ativa: Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular**. São Paulo: Ática, 1991, p. 180. Apud: RIBEIRO, Hércio. **A Iniciativa Popular como Instrumento da Democracia Participativa**, p. 22. Disponível em: <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/Fdir/Artigos/helcioribeiro.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

329 Minoritariamente, entretanto, José Afonso da Silva defende a possibilidade de apresentação de emendas constitucionais mediante a iniciativa popular, por analogia com o disposto no art. 61, § 2º, da CF/88 (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 64). Pedro Lenza concorda com o raciocínio, fundamentando, para tanto, em dois dispositivos constitucionais: art. 1º, parágrafo único, que permite o exercício do poder de forma direta pelo próprio povo e o art. 14, inc. III, que estabelece que a soberania popular será exercida mediante, entre outros, a iniciativa popular. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22.

330 Apesar de o art. 60, § 4º da CF/88 apenas proibir, expressamente, a deliberação de proposta, de modo que a iniciativa, fase inicial do processo legislativo, não estaria, em tese, vedada. Porém, nem do ponto de vista lógico, nem, também, jurídico, faz sentido a apresentação de uma iniciativa de projeto natimorta.

331 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e

Legislativas é amesquinhar, até perder de vista, o instituto.

E os efeitos deletérios dessa situação não demoraram a porvir. Em interessante matéria:

Desde que a Constituição de 1988 assegurou aos eleitores o direito de apresentar projetos de lei de iniciativa popular, em quatro ocasiões o Congresso converteu em norma uma proposta elaborada pela sociedade. Aprovado nesta quarta-feira (19) pelo Senado, o projeto Ficha Limpa foi o mais recente. (...) O Ficha Limpa encerrou um jejum de quase cinco anos sem que uma matéria de iniciativa popular fosse convertida em lei pelo Congresso Nacional. A última medida levada ao plenário do Legislativo Federal e convertida em norma legal foi publicada em 17 junho de 2005, e criou o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social. [...] **Apesar de serem reconhecidos como projetos de iniciativa popular por terem sua origem em movimentos sociais, as matérias convertidas em lei precisaram ser “adotadas” por parlamentares ou até pelo próprio presidente da República para conseguirem tramitar no Congresso. Isso porque o próprio Legislativo admite não ter meios de conferir os mais de 1 milhão de números de títulos de eleitor e assinaturas que a lei exige de um projeto desse gênero.**³³²(G.N.)

Verifica-se que desde a promulgação da Constituição de 1988 apenas 4 (quatro) projetos de lei de iniciativa popular se transformaram em leis. Porém, todos, absolutamente a sua integralidade³³³, tiveram como autores formalmente designados os deputados, e não o povo.

Colhe-se que o PLP 518/2009, originador da LC 135/2010, por exemplo, possuiu como autores mais de trinta deputados³³⁴, inobstante se tratar, como o próprio acrônimo diz, um projeto de lei popular (PLP). Ora, se popular que é, não pode ter como autor um deputado, quanto mais trinta ou mesmo os quinhentos e treze: a sua autoria é do povo.

Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania [...].

332 Disponível em: <<http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/05/ficha-limpa-e-o-quarto-projeto-de-iniciativa-popular-se-tornar-lei.html>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

333 Lei nº 8.930/1994: transforma o homicídio qualificado em crime hediondo, oriunda do PL 4146/1993, cujo autor foi o Poder Executivo; Lei nº 11.124/2005: cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social, oriunda do PL 2710/1992, cujo autor foi o deputado Nilmário Miranda; e, Lei nº 9.840/1999: combate à compra de votos, oriunda do PL 1517/1999, cujo autor foi o deputado Albérico Cordeiro.

334 Cujas relação completa encontra-se disponível em: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_autores.jsessionid=104C62102BFB46F592FA9D089B324D74.proposicoesWeb?idProposicao=452953. Acesso em: 13 jan. 2016.

O regimento interno da Câmara dos Deputados (Resolução nº 17, de 1989), determina que:

Art. 252.

[...]

X – a Mesa designará Deputado para exercer, em relação ao projeto de lei de iniciativa popular, os poderes ou atribuições conferidos por este Regimento ao Autor de proposição, devendo a escolha recair sobre quem tenha sido, com a sua anuência, previamente indicado com essa finalidade pelo primeiro signatário do projeto.

Assim, a Mesa da Câmara designará (obrigatoriamente) um deputado que será considerado, para todos os fins de direito, seu autor, desde que tenha sido indicado pelo primeiro signatário do projeto e, ainda, concorde com tal situação.

Partindo-se do pressuposto que a inviolabilidade dos parlamentares por suas opiniões, palavras e votos é mandamento constitucional³³⁵, obviamente esse direito não pode ser malferido pela Mesa ao determinar que alguém seja o autor de um projeto que não o deseja ser.

E, assim, cria-se um círculo vicioso, voltando-se sempre à estaca zero: caso nenhum deputado encampe o projeto, não haverá iniciativa popular. E se não houver iniciativa popular, a Constituição restará inobservada.

Os pragmáticos poderiam argumentar que a adoção do projeto por algum deputado é medida sempre necessária, haja vista que cada autor cuida pessoal e engajadamente do projeto de sua autoria então proposto, zelando para que se conceda um melhor andamento *interna corporis* bem como defendendo-o nas instâncias regimentais.

E esse argumento é verdadeiro: claro que o autor (no caso, o deputado) possui um engajamento muito maior em seus projetos em detrimento de outros (mesmo porque, na lógica hoje instalada, sempre algum projeto possuirá algum autor). É, porém, uma verdade que não pode subverter a lógica constitucional.

E, o melhor, a solução para a situação é simples. A Comissão de

335 Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos

Legislação Participativa (CLP) da Câmara dos Deputados, criada em 2001 com o objetivo de facilitar a participação da sociedade no processo de elaboração legislativa, possui como principal atribuição receber propostas entregues pela sociedade civil organizada.

Atualmente, a referida comissão elabora facultativamente projetos de lei nascidos de propostas enviadas por qualquer cidadão brasileiro. *De lege ferenda*, portanto, basta o simples acréscimo em suas atribuições para que passe, doravante, a não mais apenas receber as propostas populares, mas, especificamente, que siga o mandamento constitucional ao obrigatoriamente defender os projetos de lei de origem popular então recebidos.

Foge-se das comissões temáticas hoje já existentes (pois o PL pode simplesmente não se referir ao tema que incumbe àquela comissão) bem como à Comissão de Constituição e Justiça, que necessariamente, no *iter processual*, deverá avaliar o referido projeto.

Logo, ao se potencializar o papel de uma comissão já existente consegue-se, satisfatoriamente, acabar com a contradição absurda de um projeto do povo não ter como autor o próprio povo. Na presente proposta, portanto, o povo será o autor das PLPs – Propostas de Leis Populares, que ficarão sob a responsabilidade da Comissão de Legislação Participativa – CLP.

E nem se alegue que aqui também haveria a intromissão na inviolabilidade parlamentar: o(s) deputado(s) designado(s) para a tarefa não agiria(m) em seu próprio nome, mas sim em nome da comissão, em situação análoga à existente no processo penal, quando o promotor, no exercício de suas funções, também possui independência funcional³³⁶.

Para tanto, basta uma simples modificação no regimento interno da Câmara, independentemente de qualquer alteração legislativa (que possui um rito muito mais dificultoso, com aprovações em ambas as Casas e sanção do Executivo).

336 CPP, Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. (G.N.)

Ademais, é importante consignar que o problema por ora narrado acabou por gerar um outro: como a Câmara é a casa iniciadora (e, conforme visto, sempre haverá um autor formal para todos os projetos), o regimento interno do Senado Federal é absolutamente silente em relação à análise dos projetos de lei de iniciativa popular, justamente porque os projetos que chegam à casa revisora sempre possuem um prévio deputado, antes designado, que acaba por igualar a iniciativa popular às iniciativas parlamentares comuns.

Sendo assim, para que a solução aqui proposta possua eficácia prática, a opção defendida linhas acima também deverá ser por lá (*i.e.*, no Senado) adotada, criando-se, igualmente, uma Comissão de Participação Popular que possua as mesmas atribuições.

Apesar de tudo o que até aqui visto, não se nega que o real problema da iniciativa popular continua o mesmo: como averiguar as assinaturas dos cidadãos?

Seja com a atual designação de um autor para o projeto, seja, mesmo, com a criação de uma função específica para a Comissão de Legislação Participativa, tal qual por ora proposto, a verdade é que a Câmara dos Deputados continuará sem um meio hábil para atestar tanto a autenticidade das assinaturas quanto a qualidade dos que assinaram, que devem ser eleitores.

E essa é uma séria questão. Segundo Hécio Ribeiro:

Na Itália cabe ao Poder Judiciário conferir a autenticidade das assinaturas e nos Estados Unidos à Secretaria de Estado. Neste país as assinaturas são conferidas por amostragem e, em casos de dúvida, submete-se toda a lista a uma averiguação rigorosa, havendo casos de propostas que tiveram milhares de assinaturas anuladas.³³⁷

A quem quer que compita a averiguação, enfim, percebe-se que ela existe (justamente porque deve existir) no direito comparado.

Nem se alegue que a expressa determinação constante no art. 219 do

337 RIBEIRO, Hécio. **A Iniciativa Popular como Instrumento da Democracia Participativa**, p. 29. Disponível em: <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/Fdir/Artigos/helcioribeiro.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

Código Civil³³⁸ resolveria, em tese, o problema. Ora, para que a assinatura seja presumidamente verdadeira relativamente ao seu autor, deve-se, aprioristicamente, ter certeza que o seu signatário é realmente aquele que afirma o ser.

É verdade, porém, que nenhum lugar exige-se que assinaturas devam ser autenticadas em Cartório (algo que, certamente inviabilizaria financeiramente o projeto) e o próprio regimento interno da Câmara (acompanhado pelo formulário padrão de coleta)³³⁹ apenas exige a assinatura do eleitor acompanhada do nome completo, endereço e título eleitoral. Ademais, a qualificação de eleitor necessita que haja documento hábil a comprovar tal fato, não bastando, por certo, a simples afirmação do titular que ostenta tal qualidade.

Daí, justamente, a saída típica tupiniquim para o problema que por ora se propõe solucionar: diante da impossibilidade de se averiguar a autenticidade e os atributos do mais de milhão de assinaturas coletadas, basta um deputado assumir a autoria do projeto. A sincera dificuldade que existe nessa saída reside não apenas para o caso de nenhum deputado, conforme visto, desejar assumir esse encargo, mas, principalmente, porque essa forma nega a iniciativa popular constitucionalmente determinada.

A grandiosidade dos números impõe cautela, e é justamente sobre um novo modelo de coleta de assinaturas e qualificação dos cidadãos, que vise a otimizar e potencializar a iniciativa popular, que se propõe a tratar doravante.

4. A Certificação Digital ICP-Brasil

Vive-se em uma sociedade da informação. Expressão contemporânea, surgida no final do século passado – ou seja, há aproximadamente apenas 10 (dez) anos³⁴⁰ – a sociedade da informação traduz inicialmente a ideia de seu

338 Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários. Parágrafo único. Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.

339 Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/participe/sua-proposta-pode-virar-lei/formulario_assinaturas>. Acesso em: 23 jan. 2016.

340 Em verdade, parece que a origem do termo “sociedade da informação” remonta à década de setenta, quando o sociólogo americano Daniel Bell cunhou-o em seu livro “**O advento da sociedade pós-industrial**”. São Paulo: Cultrix, 1977”. Afirma esse autor que a transformação da

constante movimento. A sociedade não é estática, mas dinâmica; seus processos de formação e conformação estão em contínua mutação, no qual o principal vetor dessa aparente (ou proposital) instabilidade é a tecnologia. Sem dúvida, é um novo modelo organizacional que permeia, ou tem a pretensão de permeiar, as sociedades ocidentais contemporâneas. Nas felizes palavras de Jorge Werthein:

A expressão “sociedade da informação” passou a ser utilizada, nos últimos anos desse século, como substituto para o conceito complexo de “sociedade pós-industrial” e como forma de transmitir o conteúdo específico do “novo paradigma técnico-econômico”.³⁴¹

Enfim, a informação, hoje, pode ser transmitida, armazenada e produzida sem qualquer limitação no que tange à distância, ao tempo ou volume³⁴². Passa-se de um modelo centralizado, onde poucos e caros meios de comunicação detinham seu monopólio, para um cânone democrático, de acesso plural e essencialmente barato.

E o Direito, que em uma de suas concepções mais clássicas é fato, valor e norma³⁴³, não pode, por definição, ficar à parte do mundo dos fatos. Sendo assim – e por consequência necessária – se a tecnologia é uma realidade, cabe ao direito se adaptar a esse novo modelo, de forma que tanto o Estado quanto a sociedade continuem a ter a pretensão de se constituírem como uma realidade única. Em importante passagem, Ronaldo Lemos afirma:

A relação entre direito e realidade sempre foi um tema central no pensamento jurídico. Com o desenvolvimento tecnológico, essa relação torna-se ainda mais importante, na medida em que a rápida mudança que presenciamos no plano dos fatos traz consigo o germe da transformação no plano do direito. Essa transformação se dá de duas formas: de modo indireto, quando as instituições jurídicas permanecem imutáveis ainda que os

sociedade industrial em sociedade “pós-industrial” significa que “[...] é uma sociedade da informação, assim como a sociedade industrial é uma sociedade de produção de bens.” Ibidem, p. 516. Porém, tal expressão apenas recebeu a devida atenção no final da década de 90, com o desenvolvimento da telemática e microeletrônica.

341 WERTHEIN, Jorge. A Sociedade da Informação e seus Desafios. **Revista da Ciência da Informática**, v. 29, p. 75.

342 “**A Europa e a sociedade global da informação** – Recomendações ao Conselho Europeu”, Bruxelas: Comissão Europeia, de 26.05.94.

343 REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 59 et seq.

fatos subjacentes a elas se alterem profundamente; ou de modo direto, quando o direito se modifica efetivamente perante a mudança na realidade, em um esforço de promover novas soluções para os novos problemas. [...]. Em outras palavras, a questão começa a tornar-se relevante quando se inicia a partir do ponto em que a chave é se a nova realidade deve adaptar-se ao velho direito ou se o velho direito deve adaptar-se à nova realidade.³⁴⁴

E justamente essa regulamentação a ser engendrada pelo direito, objeto de análise no presente artigo, não pode se constituir em uma promessa vazia, dotada de inconsistência técnica, sem a segurança necessária para a garantia de validade jurídica às manifestações eletrônicas.

A questão, portanto, assume contornos bem claros: partindo-se da premissa que a evolução tecnológica é um marco inafastável da vida das pessoas, tal qual a máquina de escrever já foi um dia, deve-se garantir um modo de manifestação eletrônica segura, papel esse desempenhado, em nível mundial, pelos certificados digitais³⁴⁵.

Vale dizer: ao tratar de tecnologia, o direito não pode dotar de validade jurídica algo que não possua, intrínseca e tecnologicamente, segurança (tal assim ocorreria acaso se conferisse validade ao *login* e senha, por exemplo). Não à toa, a doutrina estrangeira define esse novo direito, o direito tecnológico, como um “*droit carrefour*”, um direito de encruzilhada. *Verbis*:

Por outro lado, certos institutos e princípios jurídicos tradicionais revelam-se incapazes, como já se aflorou, para abarcar algumas novas consequências daquela penetração horizontal da informática, sob pena de desfiguração desses institutos. Nessa medida, vai nascendo um conjunto de regras “*sui generis*”, ainda que por vezes não façam mais do que se adaptar a regulamentação que decorre de princípios vigentes de longa data. Se existe ou não um corpo autônomo de regras jurídicas como base do Direito da Informática pode ainda ser duvidoso. Do que não pode duvidar-se é de que existe já “um direito aplicado à informática”, cuja extensão as compilações documentam. Na sugestiva expressão de J. HUET e H. MAISL trata-se de um

344 LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Licença Creative Commons, 2005, passim.

345 A esse respeito, inclusive, a Uncitral (*United Nations Commission on International Trade Law*), órgão integrante da Organização das Nações Unidas – ONU, responsável pela uniformização das leis referentes ao comércio internacional, estabelece que o documento em meio eletrônico, para possuir o mesmo valor probatório dos documentos escritos, deva ter o mesmo grau de segurança que esses bem como esteja disponível para consultas posteriores.

‘droit carrefour’ um *direito de encruzilhada*, destinado a enquadrar os tratamentos automatizados da informação e necessariamente também ligado às regras aplicáveis às novas técnicas de comunicação. O que está a suceder com a difusão das redes pelas quais circula a informação não poderá ser matéria indiferente ao direito da informática.³⁴⁶

A segurança da informação é de fundamental importância em um mundo binário, onde não se conhece as pessoas com quem se está lidando, ou, acaso conhecidas, não se tem certeza se realmente é quem se acredita ser, nem se a informação é exatamente aquela que a pessoa afirmou ter enviado ao seu destinatário³⁴⁷.

Logo, antes de qualificar a manifestação eletrônica dos indivíduos como juridicamente válida, o direito brasileiro, seguindo modelos internacionais de acreditação, criou todo um aparato administrativo-estruturante, com vistas a, justamente, poder equiparar as assinaturas eletrônicas às manuscritas. Afinal:

A confiança é um elemento central da vida em sociedade e, em sentido amplo, é a base da atuação/ação organizada (geordnetes Handeln) do indivíduo. Segundo Niklas Luhman, em uma sociedade hipercomplexa como a nossa, quando os mecanismos de interação pessoal ou institucional, para assegurar a confiança básica na atuação, não são mais suficientes, pode aparecer uma generalizada “crise de confiança” na efetividade do próprio direito. Em outras palavras, o Direito encontra legitimidade justamente no proteger das expectativas legítimas e da confiança (Vertrauen) dos indivíduos!³⁴⁸

Nesse específico contexto surge a ICP-Brasil.

A Infraestrutura de Chaves Públicas³⁴⁹ Brasileira, ou ICP-Brasil, é o sistema nacional de certificação digital, instituído pela Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, com vigência diferida pela Emenda

346 MARQUES, J. A. Garcia; MARTINS, A. G. Lourenço. **Direito da Informática**. Coimbra: Almedina/Instituto Jurídico da Comunicação, 2000, p. 65.

347 “Na internet o indivíduo se pergunta: aquele que se apresenta como um banco, é um banco?, a página que diz ser de uma companhia de turismo pertence realmente a ela? A rede dilui a potencialidade dos processos de identificação e de autoria.” LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: RT, 2004, p. 46.

348 MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor** (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: RT, 2004, pg. 31.

349 Literal tradução do inglês *Public-Key Infrastructure*, cujo acrônimo é “PKI”.

Constitucional nº 32/01³⁵⁰, para garantir três atributos ao documento emitido em forma originariamente eletrônica: autenticidade, integridade e validade jurídica.

Trata-se de infraestrutura integrada por uma Autoridade Gestora de Políticas (Comitê Gestor da ICP-Brasil), uma Autoridade Certificadora Raiz (Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI), as Autoridades Certificadoras (incluídas, aqui, as Certificadoras do Tempo), as Autoridades de Registro, as entidades que prestam serviços a essas autoridades (chamadas de Prestadores de Serviço de Suporte - PSS) e, logicamente, os usuários de todo o sistema, aqueles que se utilizam dos certificados digitais emitidos no âmbito da ICP-Brasil.

Percebe-se que na ICP-Brasil cada entidade possui seu quadrante de atuação previamente delimitado: o Comitê Gestor normatiza, o ITI executa, as Autoridades Certificadoras emitem os certificados e as Autoridades de Registro identificam os usuários. Em linhas bastantes gerais, é esse o modelo.

A finalidade da ICP-Brasil é conferir validade jurídica às manifestações eletrônicas, assunto pertinente ao direito civil, cuja competência legislativa privativa é da União (CF/88, art. 22, inc. I)³⁵¹, assim como também o é dispor sobre informática e telecomunicações (CF/88, art. 22, inc. IV).

Sendo assim, a certificação digital ICP-Brasil encontra-se baseada em um binômio (autenticidade e integridade) que permite o atingimento de sua finalidade maior, sua entelúquia: a presunção legal de eficácia das manifestações eletrônicas (validade jurídica).

Ou, em poucas palavras: o documento assinado digitalmente presume-se verdadeiro em relação ao seu signatário. Nesse sentido, a M.P. 2.200-2/01:

Art. 1º Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a

350 *Verbis*: Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

351 Não se pode perder de vista que a validade é um modelo deôntico que pressupõe pertinência a todo o território brasileiro (haja vista a incongruência de se considerar um documento válido em um Estado da Federação e inválido em outro, por exemplo).

realização de transações eletrônicas seguras.

Os profissionais do direito não podem permanecer à margem das revoluções que se vêm operando na informática, sendo renitentes em uma dogmática supérflua e ultrapassada, de modo a permanecer egoisticamente confinados em suas autorreferências normativas. Daí que Miguel Rodriguez acentua:

No mundo jurídico, com a utilização dos modernos meios técnicos, o Direito adquirirá precisão e clareza, tanto em sua compreensão como em sua aplicação, e as novas tecnologias associadas ao computador mudarão os métodos e a estrutura do pensamento do jurista. Por isto, devemos nos adaptar a estes novos métodos de forma que retomemos os antigos problemas sob uma ótica diferente e adequemos nossa atividade jurídica ao desenvolvimento tecnológico³⁵²

E todos ganhamos com isso.

Ganho esse, diga-se de passagem, não meramente abstrato ou difuso, mas facilmente perceptível: justamente pela segurança proporcionada, o advogado, por exemplo, não ter que se dirigir presencialmente a um protocolo de Tribunal até às 18 horas do último dia do prazo, mas poder peticionar confortavelmente em seu escritório, até à meia-noite, é, sem dúvida nenhuma, uma clara diminuição de custos; a extinção do "tempo morto" processual, de modo a atingir o mandamento constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII), é outro inegável benefício desse novo modelo, pois o processo não fica mais parado, em determinada gaveta, aguardando os despachos ordinatórios ou decisões: estará continuamente disponível para consulta e impulso.

E tudo para não falar do básico: redução de custos (tanto para as partes quanto para o Estado), benefícios ao meio ambiente natural, e, também, mas não apenas, da possibilidade por ora analisada: incrementar novas e reais possibilidades à democracia que vivemos. Afinal, a revolução tecnológica é um caminho inafastável para o ser humano e suas criações.

352 RODRÍGUEZ, Miguel Ángel Davara. **Manual de Derecho Informático**. Barcelona: Aranzadi, 2001, p. 22

5. Um Parcial Conceito de Democracia Eletrônica

A democracia, em qualquer de suas formas, não vale como um valor-fim, mas como um instrumento para a realização dos valores essenciais de convivência humana.³⁵³ Longe, portanto, de se constituir como um conceito abstrato e imutável, é estabelecida por um processo de afirmação do poder político de um povo e de garantia dos direitos alcançados.

Hoje, conforme ressaltado ao longo do trabalho, o regime político-democrático brasileiro é representativo, com poucas concessões (ou mesmo quase nenhuma) à direta. Daí, talvez, por si só, seja uma hipérbole alcunhá-lo como uma democracia semidireta.

E não há como negar que a democracia representativa apresenta um problema ontológico ao ideário de participação popular na formação da vontade nacional: a manifestação é esporádica – via de regra, de quatro em quatro anos – e, mesmo após eleitos, os representantes não possuem vinculação ao prometido durante a campanha.

Entretanto, a difusão em escala geométrica da internet mundial permitiu a criação de um novo marco teórico: a democracia eletrônica (ou, em inglês: *e-democracy*), que vem a traduzir uma reanálise do modelo democrático sob as novas óticas da tecnologia da informação, na qual a rede se torna a sua ferramenta de incentivo e fomento.

Daí o surgimento de interessantes iniciativas no direito comparado, tais como a *Demoex* sueca ou mesmo a *Listapartecipata* italiana, que visam a, justamente, aproximar o eleitor das tomadas de decisões que digam respeito à coletividade, por meio de votações eletrônicas constantes que permitam ao eleitorado manifestar suas opiniões³⁵⁴. O questionamento de Canotilho é instigante:

O problema (ou problemas) que se coloca aqui é o de saber se, através das modernas técnicas de comunicação, se podem

353 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 126.

354 No Brasil, podem ser citadas algumas iniciativas, um tanto quanto tímidas, disponíveis nos seguintes endereços eletrônicos: <http://www.democraciadireta.org/pd_001.htm>; <<http://debrasil.webnode.com//>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

aperfeiçoar os esquemas tradicionais da democracia (sobretudo da democracia participativa) ou se está em causa a emergência de um novo esquema de decisão e formação da vontade política.³⁵⁵

E esse é justamente o campo de abrangência da democracia eletrônica: otimizar, reanalisar – e não propriamente superar³⁵⁶ – o modelo democrático então vigente. Não visa, portanto, a substituir a democracia representativa, que pressupõe requisitos específicos (simultaneidade de eleições em todo o país; obrigatoriedade de voto para determinada parcela da população; comparecimento pessoal em uma seção eleitoral; cabine indevassável; etc.), mas sim potencializar a participação popular no contexto da democracia semidireta, permitindo o seu aprimoramento global.

Nesse sentido, a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, vulgarmente denominada como “Marco Civil da Internet”, definiu-a como essencial ao exercício da cidadania (art. 2º, inc. II), assegurados, dentre outros, os direitos à privacidade (art. 3º, inc. II) e à preservação da natureza participativa da rede (art. 3º inc. VII).

A título exemplificativo, a *e-democracy* permite que o representante eleito possa se manifestar no parlamento (votações, discussões) ou mesmo no poder executivo³⁵⁷ de acordo com os resultados de votações *online* efetuadas

355 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Lisboa, 2004, p. 1418-1419.

356 Ao menos por ora, pois, na Alemanha, por exemplo, se admite a votação por carta. Como a votação pela internet supera, em todos aspectos, essa modalidade de manifestação, nada impede que em um futuro não muito distante se conceba a votação eletrônica. Sobre o tema: “Nas cidades alemãs, 30% dos eleitores optam, hoje em dia, pelo voto postal – nos grandes centros urbanos, esse índice é ainda maior”, diz Norbert Kersting, cientista político da Universidade de Marburg. E a tendência de votar por carta é crescente. “Isso tem a ver com o aumento do individualismo e com o fato de querermos a participação política com mais facilidade”, explica Kersting em entrevista à Deutsche Welle sobre a popularidade deste procedimento. “O voto por carta foi introduzido na Suíça nos anos 1990. Hoje, o índice de adeptos do mecanismo nesse país chega a 90%”, completa o cientista político.” Disponível em: <<http://www.dw.com/pt/voto-por-carta-%C3%A9-cada-vez-mais-popular-na-alemanha/a-17090373>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

357 Ver sobre o tema em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2016/01/verba-do-carnaval-sera-usada-para-combater-o-aedes-em-cidade-do-ce.html>>. Acesso em: 1º fev. 2016. Na importante notícia consta que a população do município de Maranguape, no estado do Ceará, decidiu, por meio de votação eletrônica, que a verba do Carnaval seja utilizada para o combate do inseto *Aedes Aegypti*. É, a bem da verdade, uma experiência inicial, sem os requisitos mínimos de segurança eletrônica em uma *e-democracy*, mas não deixa de ser um caso paradigmático das possibilidades hoje – e cada vez mais – existentes da participação popular na tomada de decisões de interesse coletivo.

perante seu eleitorado.

Porém, não se pode negar que é na iniciativa popular que essa aproximação possui uma sinergia ótima de desempenho.

Ora, se a democracia se traduz, regra geral, em uma forma³⁵⁸ por meio da qual o povo participa do poder, a certificação digital, aliada à rede mundial de computadores, representa um poderoso instrumento potencializador das demandas, pois une-se o prático (a internet), a segurança (os certificados digitais) e o reconhecimento jurídico (a validade).

São, assim, instrumentos conjugados que permitem a releitura da democracia e, por via de consequência, a restauração de sua legitimidade.

Nos estreitos lindes deste excerto, não se possui a pretensão de fornecer um marco teórico da democracia direta no contexto da *e-democracy*, mas, apenas, de sugerir uma nova forma que permita a efetivação da iniciativa popular em projetos de lei, conforme mandamento da própria Constituição Federal.

Seja no contexto do governo (como uma das possibilidades do e-gov³⁵⁹, p. ex), por intermédio da sociedade civil organizada, ou mesmo no Portal da

358 Daí as tradicionais classificações acerca do tema: direta, representativa e semidireta. Ver, nesse sentido: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 136.

359 Encontra-se no próprio site do governo eletrônico a seguinte explicação: “O desenvolvimento de programas de Governo Eletrônico tem como princípio a utilização das modernas tecnologias de informação e comunicação (TICs) para democratizar o acesso à informação, ampliar discussões e dinamizar a prestação de serviços públicos com foco na eficiência e efetividade das funções governamentais. No Brasil, a política de Governo Eletrônico segue um conjunto de diretrizes que atuam em três frentes fundamentais: Junto ao cidadão; Na melhoria da sua própria gestão interna; Na integração com parceiros e fornecedores. O que se pretende com o Programa de Governo Eletrônico brasileiro é a transformação das relações do Governo com os cidadãos, empresas e também entre os órgãos do próprio governo de forma a aprimorar a qualidade dos serviços prestados; promover a interação com empresas e indústrias; e fortalecer a participação cidadã por meio do acesso à informação e a uma administração mais eficiente.” Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br>>. Acesso em: 26 jan. 2016. Ver, ainda, sobre o tema, interessante estudo efetuado pela Organização das Nações Unidas – ONU, cujo subtítulo é, em tradução livre, “O e-Gov para o futuro que nós queremos”. Nesse estudo, destaca-se que a e-participação pode ser compreendida em três fases: a) e-informação, na qual o Estado figura como um fornecedor de informações; b) e-consulta, na qual o Estado solicita a participação do cidadão acerca de projetos públicos; e c) e-tomada-de-decisão, onde o Estado permite aos cidadãos que não apenas sugiram, mas principalmente sejam co-autores de projetos públicos. Disponível em: <https://publicadministration.un.org/egovkb/portals/egovkb/documents/un/2014-survey/e-gov_complete_survey-2014.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2016.

Câmara dos Deputados³⁶⁰, a manifestação eletrônica da vontade do cidadão no sentido de apoiar determinado projeto de lei, assinada com certificado digital ICP-Brasil, possuirá, *ipso facto*, validade jurídica, pois garantirá, com presunção legal, que aquela pessoa é realmente quem afirma o ser, bem como que aquela informação é íntegra.

E, ao possuir validade, resolve-se o problema já citado outrora: nenhuma assinatura precisará ser conferida pela Câmara dos Deputados, pois todas desde já serão autênticas em relação aos seus signatários.

Ademais, a solução proposta não necessita de qualquer lei autorizativa, pois já existente o arcabouço normativo para tanto. Logo, os projetos de lei nº 7005/13 e 2024/2011, que se referem, todos, à inserção, na Lei nº 9.709/98, da possibilidade de assinaturas digitais nas iniciativas populares, não possuem razão de existir e são fruto de desconhecimento legislativo: a Medida Provisória nº 2.200-2/01, art. 10, § 1º³⁶¹, já equipara a assinatura eletrônica com certificação digital ICP-Brasil às assinaturas manuscritas.

Viu-se, entretanto, que não basta a assinatura, mas deve-se também verificar se o signatário é cidadão, isto é, detentor de direitos políticos³⁶². Do ponto de vista operacional, a situação é bastante simples: à certeza da autoria – obtida pela assinatura digital – basta contrapor a base de dados do Tribunal Superior Eleitoral, que contém todos os eleitores do Brasil, por meio de um simples *web service* binário: sim, caso o titular seja cadastrado na referida base; não, em caso negativo (ou mesmo se constatada alguma irregularidade verificada em relação ao titular).

Ademais, o próprio certificado digital já pode conter o número do título de eleitor do seu titular. Tudo feito de maneira eletrônica, simples, fácil, rápida e

360 E tão bem analisadas na dissertação de Mestrado apresentada por Max Stabile à Universidade de Brasília, em 2012, sob o Título: Democracia Eletrônica Para Quem? Quem são, o que querem e como os cidadãos avaliam o portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/12096>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

361 M.P. 2.200-2/01, art. 10. [...] § 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei no 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil.

362 Os direitos políticos positivos são definidos como “[...] condições para o exercício da cidadania política, compreendendo, como núcleo fundamental, as prerrogativas de votar e ser votado.” CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 809.

segura: se hoje o tempo de coleta de assinaturas pode demorar meses – ou até anos – nada impede que, por meio eletrônico, o número seja obtido em questão de horas, ou mesmo minutos.

Retoma-se, assim, de certa forma, o aforismo antropocêntrico, pois o homem volta a ser a medida de todas as coisas: a democracia eletrônica prescinde de filiação partidária, não se limita ao voto e permite uma interação difusa e permanente na formação da vontade nacional.

6. Acheegas para uma conclusão

Nenhuma tecnologia de comunicação é fonte de causação social. Qualquer mudança no *status quo* nasce da indignação, nas contradições e nos conflitos presentes nas sociedades. Na década de 1990, por exemplo, quando sequer se gestava a ideia de popularização de uma rede sem fio que conectaria, *real time*, as pessoas, houve a coleta de assinaturas em número bastante para aprovar três projetos de lei.

O papel da tecnologia, porém, é evidente, pois potencializa a comunicação entre os partícipes de modo a otimizar os rearranjos sociais. A chave para seu sucesso, segundo Castells, não é anonimato, haja vista que as redes são construídas justamente para se estar-com-outrem.³⁶³ E uma condição básica para estar com alguém é primeiro se identificar como alguém.

E aqui se insere a certificação digital ICP-Brasil, no contexto da rede mundial de computadores.

Desde o momento em que se permita ao cidadão, confortavelmente em seu lar ou em qualquer outro lugar que possua acesso à rede mundial, participar ativamente da vida política por meio de manifestações seguras, a aproximação entre o titular do poder e o seu exercício estará otimizada. Em importante passagem, Martini é incisivo:

Dessa forma, a criptografia é um ato político, pois empodera o ciber-cidadão, como já afirmou Zimmermann. Deveríamos nos acostumar a isso. Usar uma assinatura digital equivale, hoje,

363 CASTELLS, Manuel de. **Redes de Indignação e Esperança: Movimentos Sociais na Era da Internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 180.

seguramente, a um ato de cidadania-eletrônica, já que o seu concurso ajuda na existência de uma comunicação sem perturbações e um uso público da razão.³⁶⁴

A ciência jurídica pode – e deve – passar a funcionar como indutora no desenvolvimento da sociedade, no amplo contexto que a palavra desenvolvimento comporta: não apenas como sinônimo de crescimento econômico, mas, principalmente, como expressão de tutela integral da pessoa humana³⁶⁵, por reconhecê-la como início e fim de qualquer ordenação social que se pretenda legítima.

Já se possui uma infraestrutura nacional ótima de emissão de certificados digitais; os números indicam que o acesso à internet em domicílios chegou a 85,6 milhões de brasileiros, o equivalente a 49,4% da população, segundo indica pesquisa divulgada pelo IBGE,³⁶⁶ então, a real pergunta que se faz é: porque ainda não adotada uma real forma de democracia eletrônica?

Basta a criação de um sítio eletrônico próprio para tanto e pequenas adequações regimentais.

Àqueles, por fim, que alegam essa tese por ora defendida seja elitista, pois o certificado digital custa “caro”, a contraposição é evidente: seja pelo número atual de certificados digitais de pessoas físicas já emitidos (que ultrapassa a marca de milhão e podem ser utilizados para quaisquer fins de direito, inclusive, e talvez principalmente, para as assinaturas digitais agora propostas), seja, mesmo, pelo novo registro de identidade civil – RIC, regulamentado pelo Decreto nº 7.166/10, que já possuirá, desde a sua emissão,

364 MARTINI, Renato da Silveira. **Tecnologia e Cidadania Digital**: ensaio sobre tecnologia, sociedade e segurança. Rio de Janeiro: Brasport, 2008, p. 102.

365 No mesmo sentido Eros Grau: “O desenvolvimento supõe não apenas crescimento econômico, mas sobretudo elevação do nível cultural-intelectual comunitário e um processo, ativo, de mudança social. Daí porque a noção de crescimento pode ser tomada apenas e tão somente como uma parcela da noção de desenvolvimento. O desenvolvimento, como já apontava Schumpeter (Teoría del Desenvolvimento Económico, trad. de Jesús Prados Ararte, Fondo de Cultura Económica, México, 1967, p. 74), se realiza no surgimento de fenômenos econômicos qualitativamente novos – isto é, de inovação – conseqüentes à adoção de novas fontes de matéria-prima, de novas formas de tecnologia, de novas formas de administração da produção, etc. Já o crescimento é demonstrado pelo incremento da população e da riqueza; implica apenas mudança dos dados quantitativos.” GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1981, p. 54-55.

366 Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=40>.

Acesso em: 26 jan. 2016

o certificado digital ICP-Brasil, nada justifica que não haja desde logo a implementação do modelo por ora proposto³⁶⁷.

O cidadão do século XXI não pode simplesmente ser aquele de outrora, entendido como a pessoa física dotada de capacidade eleitoral. A cidadania é muito mais que isso. É opinar, sugerir, se indignar, enfim, participar e, principalmente, ser ouvido. Algo que hoje não ocorre, mas que mesmo hoje já possuímos plenas condições de superar.

367 Sugestão essa perfeitamente extensível ao apoio mínimo necessário para a criação de partidos políticos, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 7º da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995), que exige a assinatura comprovada de eleitores correspondentes a, pelo menos, 0,5% dos votos válidos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles.

A (in)validade do uso compartilhado de HSM para chaves privadas de pessoas físicas.

Amanhã vai ser outro dia. Hoje você é quem manda falou, tá falado não tem discussão, não [...] Você vai ter que ver a manhã renascer e esbanjar poesia. (Apesar de você – Chico)

1 – Introdução ao assunto

Acredito que a palavra do poeta, feita em tempos de luta contra a opressão do regime militar, seja uma vistosa metáfora para esclarecer a importância de um debate público. Longe de imposições e discursos autoritários, o debate visa justamente ao consenso por meio de argumentos racionais. Aliás, essa própria racionalidade, aliada à liberdade (tanto física quanto de expressão), são os pressupostos básicos inafastáveis que fundamentam e justificam o núcleo axiológico de todos os direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, inc. III)³⁶⁸.

Logo, se é verdade afirmar que muitas vezes o consenso é uma utopia, não menos correto é assentar que a sua busca não pode nunca ser desprezada, mesmo porque é um dos pilares (se não o maior) da democracia participativa em que vivemos (CF/88, art. 1º, parágrafo único).

Assim, gostaria de salientar que desde que assumi a chefia da Procuradoria Federal Especializada do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI, há felizes quatro anos, procurei sempre o sol da publicidade. Não à toa, a resposta aos mais diversos e-mails que nos são encaminhados diariamente é feita em tempo razoável; a publicação do manual de perguntas e respostas jurídicas foi disponibilizada gratuitamente no site institucional (www.iti.gov.br) e diversos artigos especializados sobre a ICP-Brasil foram

368 Alexandre de Moraes pontifica: "O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere* (vive honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido)." MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 129.

devidamente produzidos e disponibilizados. Quanto a isso, durmo o sono dos justos.

A grande questão em assumir posições públicas é que provavelmente (ou certamente) algumas pessoas discordarão do que foi dito. E esse simples fato, por si só, requer que se trabalhe com dois pontos muito caros à personalidade humana: primeiramente, a paciência, a fim de não apenas escutar, mas também ponderar os argumentos contrários ao seu ponto de vista; mas, principalmente, a humildade, para que, se for o caso, volte-se atrás (permitam-me, aqui, a redundância), se se verifique que a posição inicialmente adotada não se afigura a melhor.

Com efeito, em sendo a ICP-Brasil uma instituição nacional, com mais de quatrocentas Autoridades de Registro espalhadas por esse Brasil continental, bem como utilizada nas mais diversas aplicações (desde a escrituração contábil – SPED até o sistema de pagamentos brasileiro – SPB), não há motivos para que se mantenha determinada posição por pura vaidade, que vá de encontro a esse colosso que hoje, felizmente, é uma realidade.

O único cuidado que deve ser tomado é que tanto a manutenção quanto a eventual superação de determinados posicionamentos devem ser baseadas, sempre, pelos motivos tecnicamente corretos.

2 – Os motivos para a publicação da Nota

Assentadas essas premissas básicas, cumpre salientar que no início de outubro do corrente, essa procuradoria, sob o meu conduto bem como o de minha substituta, a procuradora federal Dra. Danielle Salviano Barbosa, fez publicar Nota no site institucional do ITI alertando que a guarda da chave privada de pessoa física em HSM (*Hardware Secure Module*), compartilhado por outras pessoas (em modelo de rede, com o HSM controlado por um servidor), contraria o padrão ICP-Brasil, de forma que as manifestações eletrônicas que utilizem essa solução não terão validade jurídica. Nesse sentido, leio a MP. 2.200-2/01:

Art. 6º
[...]

Parágrafo único. O par de chaves criptográficas será gerado

sempre pelo próprio titular e sua chave privada de assinatura será de seu **exclusivo controle, uso e conhecimento**.

(Grifei)

Logo, o posicionamento adotado foi bem específico, apenas referente ao reconhecimento da invalidade jurídica na utilização de HSMs compartilhados para a guarda de chaves privadas (e não os que contém uma única chave privada, tal qual o da Autoridade Certificadora Raiz da ICP-Brasil) de pessoas físicas (e não de pessoas jurídicas, que são, por definição, uma criação artificial da lei³⁶⁹).

E isso por uma decorrência (imaginamos) lógica, pois, partindo-se do pressuposto que controle exclusivo é aquele feito de maneira autônoma (ora, se meu carro é exclusivo eu utilizo-o a hora que eu queira, do jeito que melhor me aprouver), não nos pareceu possível que alguém pudesse ter o exclusivo controle, uso e conhecimento de sua chave privada à distância, estando a possibilidade de acesso sob a administração de uma terceira pessoa (no caso, o responsável pela rede que permitirá o acesso remoto à chave privada). Enfim, que exclusividade seria essa?

Tudo decorreria de um princípio físico basilar: um corpo (no caso, o HSM) não pode ocupar vários lugares simultaneamente (no caso, junto aos titulares das chaves privadas ali depositadas). Logo, como o acesso necessariamente deve ser remoto, retirar-se-ia a exclusividade exigida pela Medida Provisória e, por consequência, retirar-se-ia a validade jurídica dessa forma de utilização.

Acontece, porém, que a publicação da referida Nota demonstrou que essa solução mercadológica de utilização do HSM compartilhado para diversas chaves privadas de pessoas físicas já se encontrava bastante difundida na sociedade brasileira, desde hospitais a até mesmo Tribunais de Justiça. A sua praticidade é verdadeiramente inconteste, pois prescinde de os titulares das chaves terem que gastar dinheiro para a aquisição das respectivas mídias, bem

369 Um bom conceito de pessoa jurídica é aquele encampado por Maria Helena Diniz, para quem é uma “[...] unidade de pessoas naturais ou de patrimônio, que visa a consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações.” DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. I, p. 116.

como evita os problemas cotidianos como o de perda do cartão ou *token*, seu esquecimento, etc, etc. Enfim, é uma solução corporativa ótima, pois o HSM fica na sede da pessoa jurídica, com as chaves privadas de seus diversos usuários.

Diante dessa constatação, se seguirem diversas manifestações contrárias ao entendimento consubstanciado pela procuradoria, desde pontos de vista desfavoráveis à publicação da referida Nota sem a prévia consulta ao Comitê Gestor da ICP-Brasil, a até fundadas justificativas jurídicas sobre a plena validade da manutenção das chaves privadas em HSMs compartilhados.

Quanto ao primeiro argumento, não perderei muito tempo. O quadrante normativo da ICP-Brasil encontra-se muito bem delimitado, de modo que ao Comitê é deferida a função de implementar as políticas e normas técnicas da infraestrutura (MP. 2.200-2/01, art. 4º), e, a essa procuradoria, compete “[...] analisar e apresentar soluções sobre questões suscitadas pela aplicação das leis e dos regulamentos relativos às atividades desenvolvidas pelo ITI” (Decreto 4.989/03, Anexo I, art. 5º, inc. V).

Assim, o Comitê legisla, em nível infralegal, acerca dos requisitos de segurança da ICP-Brasil; esta procuradoria, por sua vez, interpreta os comandos legais e aplica-os, quando for o caso, de maneira independente.

Já quanto ao segundo ponto, me proponho a analisar o artigo produzido pelo doutor Fabiano Menke, primeiro procurador-chefe desta Autarquia, a quem tive a honra de sucedê-lo alguns anos após a sua saída.

3 – À guisa de uma interpretação

Fixe-se, desde logo, que não trabalharei acerca da possível segurança na utilização da ferramenta HSM, pois essa não é a pedra angular da discussão. Ainda que o HSM seja o dispositivo de maior segurança na ICP-Brasil, a questão da validade ou invalidade de sua utilização para o compartilhamento de chaves privadas de pessoas físicas reside unicamente na interpretação jurídica (por se tratar de um texto normativo) da MP. 2.200-2/01, art. 6º, parágrafo único, já citado linhas atrás.

Assim, é necessariamente um dos lados de uma mesma moeda: caso

seja possível, independentemente dos requisitos intrínsecos de segurança do HSM, ao titular da chave privada ali depositada, ter o seu controle, uso e conhecimento “exclusivos”, a solução possuirá validade jurídica; caso contrário, padecerá de invalidade.

Adentrando-se no mérito da análise, possuo sinceras dificuldades em imaginar como um determinado bem corpóreo (no caso, a mídia HSM), que possui um proprietário determinado, e tem uma administração própria para o acesso aos dados ali contidos, possa ter algo que seja de exclusivo controle de um terceiro. Repare-se que não se trata de um simples controle sobre determinado bem que se encontra em poder de outrem; mas, sim, de um controle exclusivo³⁷⁰.

O signo “exclusivo”, contido na norma, não é nem poderia ser despiciendo. Como diria o adágio popular, a lei não contém palavras inúteis. Se isso é certo, e certamente o é, eu não posso ter algo exclusivo meu – no caso, a minha chave privada, em um bem que pertence a outra pessoa – no caso, o HSM.

Tanto não posso que essa forma de multipropriedade não possui previsão em nosso sistema jurídico, cuja previsão é taxativa (Código Civil, art. 1225). Nem se cogite, de outra banda, poder tratar-se de um contrato de depósito (o titular do HSM seria o depositário de minha chave privada), pois tal contrato necessariamente exige que o bem depositado seja corpóreo, ou seja, tangível³⁷¹, além de pressupor a possibilidade de o titular exigir que o bem lhe seja devolvido quando assim desejar³⁷² (fato esse obstado pelas próprias regras da ICP-Brasil, que impedem a exportação da chave privada armazenada em *hardware*).

370 O dono do carro que o deixa em depósito no estacionamento possui indubitavelmente o controle de seu carro (tanto que fecha-o e mantém a guarda da chave), mas nunca o exclusivo controle, justamente por depender da permissão da administração do estacionamento para retirar o seu veículo.

371 Diz-nos Caio Mário: “Pela definição legal, podem ser objeto de depósito quaisquer coisas móveis, sejam as corpóreas, sejam as que se corporificam, com os valores incorpóreos representados por títulos de quaisquer espécie (ações de sociedades anônimas, apólices da dívida pública etc)”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. III, p. 360.

372 Código Civil, art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.

Enfim, tal figura simplesmente não possui previsão em nosso ordenamento jurídico, estando, por isso mesmo, vedada a sua utilização. Poderia, então, o Comitê Gestor regulamentá-lo para fins de certificação digital? Não, pois feriria expressamente a Constituição Federal, art. 22, inc. I, ao ditar que compete privativamente à União legislar sobre direito civil. Poderiam, então, as partes, de livre acordo, com base em sua autonomia negocial, bem como no princípio da liberdade das formas (Código Civil, art. 107. Cf., a esse respeito, adiante), criar essa espécie de depósito *sui generis*? Também não, pois as regras da ICP-Brasil são fixadas, expressa e exclusivamente, pelo Comitê Gestor (MP. 2.200-2/01, art. 4º, já citado).

Portanto, a adoção do modelo de HSM compartilhado para chaves privadas de pessoas físicas apenas será possível se houver expressa previsão em lei. De *lege ferenda*, por exemplo, pode ser incluído dispositivo autorizante no PL 7.316/02, que trata do novo modelo da Infraestrutura de Certificação Digital no direito brasileiro.

A bem da verdade, o próprio conceito de exclusividade³⁷³ traz a ideia de algo restritivo, privativo. Logo, ainda que se cogite aquela partição, aquele segmento, seja apenas e tão somente meu, de meu possível acesso, ele faz parte de um todo maior, compondo uma unidade orgânica que difere da sua individualidade singular. Assim, conquanto o simples controle de algo meu, depositado em um bem alheio, seja possível, a pretensa exclusividade não passa de uma quimera nesse modelo de compartilhamento. Logo, a chave privada ali depositada será minha, mas nunca será exclusivamente minha.

Isso porque o titular da chave privada depositada em HSM compartilhado necessita de uma rede para acessá-la, ante a impossibilidade física de tê-lo consigo. Esse modo de acesso retira qualquer exclusividade de seu uso e controle, uma vez que o acesso fica a depender da disponibilidade dessa própria rede. Logo, se o administrador vedar o acesso – por qualquer motivo que seja, legítimo ou não – o titular ficará impossibilitado de assinar

373 Exclusivo: ex.clu.si.vo adj (excluso+ivo) 1 Que exclui; que tem força ou direito para excluir. 2 Incompatível com outra coisa. 3 Especial, privativo, restrito. sm Direito de não ter concorrentes numa indústria ou numa empresa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=exclusivo>>. Acesso em: 29 out. 2012.

digitalmente, justamente por não possuir o controle e o uso exclusivo de sua chave privada.

Enfim, “exclusividade” vem a ser justamente a antítese da dependência, pois pressupõe a possibilidade de se executar uma ação autônoma. Ora, se eu tenho meu cartão ou *token* com a minha chave privada, eu levo-o para onde queira, deixo guardado em lugar de minha vontade, utilizo-o quando eu quiser e para os fins que eu desejar³⁷⁴, sem depender de um fator externo que possibilite, faculte ou vede o acesso à minha chave privada.

O que se deve ter em mente, sempre, é que o titular deve ter o domínio material da mídia na qual a chave encontra-se embarcada, mesmo porque a norma em nenhum momento aduz à possibilidade de que esse controle seja remoto, mas, ao revés, exige que seja exclusivo. Logo, o argumento que a norma não exigiu o controle físico da chave privada, daí ser possível o controle à distância, se encontra, no mínimo, equivocado, pois se a norma realmente não falou que o controle deve ser físico, também não falou que pode ser remoto. Disse, simplesmente, exclusivo.

Diante do exposto, acredito que não merece prosperar o argumento utilizado pelo parecerista no sentido de o poder de controle fático sobre a chave privada bastar para garantir a exclusividade do acesso. Concluiu, assim (fls. 15):

(h) o “exclusivo controle, uso e conhecimento” da chave privada de que trata o art. 6º, Parágrafo único, da Medida Provisória nº 2.200-2 não se refere exclusivamente ao controle físico da mídia armazenadora, mas meramente ao poder de controle fático, que pode se estabelecer mesmo à distância, sem o acesso físico à chave privada, desde que o mesmo possa ser realizado de maneira segura e sem o compartilhamento da mídia que a armazena;
[...]

Bom, tirante a dificuldade que possuo em entender o que seria um controle de fato à distância, acredito ter havido uma pequena confusão

374 Em importante passagem, Martini é incisivo: “Dessa forma, a criptografia é um ato político, pois empodera o ciber-cidadão, como já afirmou Zimmermann. Deveríamos nos acostumar a isso. Usar uma assinatura digital equivale, hoje, seguramente, a um ato de cidadania-eletrônica, já que o seu concurso ajuda na existência de uma comunicação sem perturbações e um uso público da razão.” MARTINI, Renato da Silveira. **Tecnologia e Cidadania Digital**: ensaio sobre tecnologia, sociedade e segurança. Rio de Janeiro: Brasport, 2008, p. 102.

terminológica entre os termos “posse” e “controle”.

Ou seja: acredito que o autor (se não deliberadamente, ao menos inconscientemente, por igualar seus efeitos) tenha se referido à possibilidade de o controle ocorrer à distância pois o exercício da posse pode sim ser efetuado de maneira remota. Logo, é certo que eu, morador de Brasília, distante a mais de mil e duzentos quilômetros do mar, teria sim a posse jurídica da minha casa de praia (que infelizmente não a tenho). Isso porque, no direito brasileiro, adotada que foi a teoria objetiva de Ihering (Código Civil, art. 1198), para quem o possuidor é aquele que tem a conduta de um proprietário, exteriorizando os poderes inerentes ao domínio, independente da apreensão física da coisa.³⁷⁵

Acontece, porém, que não existe posse de bens incorpóreos, tal como a chave privada (que nada mais é que um conjunto distinto de números, de bits, gerado pelo titular do certificado digital quando de seu comparecimento presencial em uma Autoridade de Registro), conforme já sedimentado doutrinária³⁷⁶ e jurisprudencialmente³⁷⁷. Assim, sob pena de um verdadeiro arremedo hermenêutico, não posso emprestar os efeitos de um instituto jurídico a outro, ou seja, não posso estender os efeitos da posse, que permite seu exercício à distância, ao “exclusivo controle”, determinado pela norma.

Tudo me parece indicar que a intenção da Medida Provisória foi justamente impor que a chave privada fique sob a tutela exclusiva de seu titular,

375 IHERING, Rudolf von. **Teoria Simplificada da Posse**. Bauru: Edipro, 2002, passim.

376 Conforme afirma Penteado: “Se o ente for corpóreo e passível de apropriação e tiver função de utilidade para o sujeito (valor econômico), pode ser objeto de direito real. Caso falte o requisito corporeidade, é necessário que a lei preveja, expressamente, modos de transferência específicos ou que remeta, também expressamente, o regime de transferência ao de um dos direitos reais instituídos, ou ainda que, de antemão, diga que tal ou qual direito real pode se exercer sobre determinados bens imateriais.” PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 53.

377 Neste sentido, também se encontra o STJ: EMENTA. DIREITO AUTORAL. Interdito proibitório. Inadmissibilidade. O interdito proibitório não pode ser utilizado para a defesa da posse de direito autoral. Precedente. Recurso conhecido e provido. [...]. Sobre o tema da utilização da via possessória para a defesa da posse de direito autoral, assim já votei no REsp 89.171-MS: [...] Com estas considerações, estou em conhecer do recurso, pela divergência, mas lhe negar provimento, julgando incabível o uso do interdito proibitório, pois o direito do autor, por não recair sobre coisa corpórea, não pode ser turbado ou esbulhado, apenas exercido indevidamente por outros, em simples concorrência, o que constitui ofensa à exclusividade ou monopólio, – porquanto só o titular pode beneficiar-se economicamente com ele, - mas defensável através das outras vias que o sistema concede à defesa dos direitos” (STJ. Recurso Especial n. 110523-MG. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar – 04.03.1997). Destaco, ainda, a Súmula 228 do STJ: É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral.

fato esse não alcançado mediante a utilização de um HSM compartilhado.

E isso, repito, sob o ponto de vista estritamente jurídico.

Falar acerca da possibilidade de o HSM ser compartilhado “[...] sem a possibilidade de que qualquer pessoa ou recurso computacional tenha acesso à chave privada.” (fls. 03) exigiria, no mínimo, que tais requisitos técnicos fossem cabalmente demonstrados, e não simplesmente remetidos ao Comitê Gestor para que “[...] (com a) finalidade de se obter uma segurança jurídica ainda maior, é recomendável a regulação da utilização do HSM pelo Comitê Gestor da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira.”(fls. 15)

4 – Acerca de o porquê da invalidade jurídica

Se existe determinada regra impondo uma específica conduta, e essa conduta é descumprida, a ação deve ser considerada inválida. Ora, a noção de invalidade reside justamente na sanção frente a determinadas condutas contrárias ao direito.³⁷⁸

Por consequência, caso se produza algo que não siga o determinado em lei, o ato será sim taxado de inválido, *tout court*, decorrente da simples subsunção da conduta à norma.

Portanto, concordo com o Dr. Menke quando aduz: “Em outras palavras, a Medida Provisória 2.200-2 não determina que ou bem se observe os requisitos da ICP-Brasil, ou se estará diante de invalidade.”

Mas discordo frontalmente quando conclui:

Em assim sendo, não se podem considerar corretas assertivas no sentido de que os métodos de atribuição de autoria que não estiverem de acordo com as regras da ICP-Brasil serão considerados inválidos *tout court*, como fez a Notificação Pública do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação.

Enfim, fiquei com a impressão de que foram juntados diversos conceitos e ideias distintas, com alguma relação entre si, mas que não bastam para

378 MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Ed. Bosh, 1972, vol. IV, p. 191; RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1974, vol. I, p. 149.

justificar a conclusão alcançada pelo autor.

Isso porque se é certo afirmar que a ICP-Brasil realmente não é a única detentora de atribuição de validade jurídica às manifestações eletrônicas, pois nunca se afirmou isso, acaso se pretenda utilizar um certificado ICP-Brasil, claro que essa ferramenta deverá ser utilizada e emitida sob as normas vigentes, sob pena de ser inválido.

Logo, a utilização da chave privada constante em um HSM compartilhado com outras chaves privadas de pessoas físicas, por ferir a expressa previsão constante na Medida Provisória 2.200-2/01, art. 6º, parágrafo único, é considerada uma conduta inválida juridicamente, vez que seu modo de produção e utilização não seguiu os ditames legais. A invalidade, porém, não impede a produção de efeitos jurídicos. Leio, nesse sentido, Bernardes de Mello:

Muitas vezes, no entanto, pode ocorrer que o ato jurídico é nulo sem eficácia, ou apenas ineficaz (*stricto sensu*), mas, apesar disto, sejam irradiados efeitos, não os próprios do ato jurídico, porém outros, em virtude de dado invalidante ou ineficacizante.³⁷⁹

E aqui é um ponto que merece destaque, pois caso ambas as partes concordem com a integridade e a autenticidade da manifestação de vontade eletrônica, adotada nesse modelo de HSM compartilhado, o ato será eficaz interpartes, ou seja, terá aptidão para produzir seus efeitos jurídicos entre elas, mas nunca poderá ser considerado válido, pois sua produção não seguiu os ditames legais. Desde Pontes de Miranda, ou seja, há mais de quatro décadas, encontra-se assentada a ideia que a validade é restrita ao momento de produção do ato jurídico.³⁸⁰

Porém, no caso em epígrafe, ainda que se possa, em tese, conferir eficácia jurídica (e não validade) àquelas aplicações que utilizem o modelo de HSM compartilhado para chaves privadas, tal fato pode necessitar da aquiescência de uma terceira pessoa, que não o titular da chave privada, nem o titular do HSM, que vem a ser justamente aquela a respeito da qual o documento

379 MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da Existência. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 84

380 MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Ed. Bosh, 1972, vol. IV, p. 16.

é produzido. Por exemplo, o paciente em relação ao prontuário médico.

A simples exigência teórica para que o terceiro participe da produção da manifestação eletrônica acaba por inviabilizar, por si só, o modelo de HSM compartilhado, ante a impossibilidade técnica e prática para que tal ocorra.

Assim, o que não se pode, sob pena de perda de qualquer rigor conceitual, é querer emprestar ao conceito “validade”, descrita expressamente na Medida Provisória 2.200-2/01 (art. 1º), o significado de outro, como feito pelo professor sob o argumento de que “[...] significa primordialmente o intuito de afastar entendimentos que discriminem as manifestações de vontade exaradas pelo meio eletrônico, pelo simples fato de terem sido produzidas neste meio.”(fls. 5).

Ora, o limite de toda interpretação é o texto literal³⁸¹. Portanto, se a norma disse válido, deve ser interpretada como válido, que significa justamente uma presunção de correição quanto a integridade e autenticidade do documento produzido de acordo com as normas da ICP-Brasil.

O que a ICP-Brasil produz, de antemão, é a presunção de validade jurídica das manifestações eletrônicas. Presunção essa que não é absoluta, é verdade, porém desde logo já se encontra conferida pela lei, independente da concordância de quem quer que seja, permitindo que o tráfego social ocorra a contento.

Aliás, em nenhum momento foi dito que a utilização do certificado ICP-Brasil confere certeza absoluta nas manifestações eletrônicas, conforme sugerido pelo parecerista. Certeza é uma coisa; certeza absoluta é algo completamente distinto. Foi uma conclusão precipitada e que serviu para justificar seu ponto de vista, mas inverídica.

O que o certificado ICP-Brasil confere frente às demais formas de manifestações eletrônicas, e isso já foi defendido em diversas passagens, é um *prius*, uma vantagem: a presunção de que a manifestação é válida, fato esse que desincumbe aquele que utiliza nossos certificados da necessidade de provar a

381 Karl Larenz, *verbis*: “Assinalamos como limite da interpretação, em sentido estrito, o sentido literal possível [...]” LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 606.

integridade e autenticidade da manifestação. Em juridiquês, a utilização do certificado ICP-Brasil confere a inversão do ônus probatório em uma eventual demanda judicial.

Aquele que assina digitalmente mediante a utilização do certificado ICP-Brasil possui a presunção relativa de integridade (ou seja, que o documento está perfeito) e autenticidade (referente à sua autoria). Acaso se utilize qualquer outro meio de comprovação de autoria eletrônica que não o certificado ICP-Brasil, e a outra parte não aceite aquele documento, essa presunção inexistirá, devendo o autor da demanda judicial comprovar os fatos constitutivos de seu direito (Código de Processo Civil, art. 333, inc. I), fato esse que exige, no mínimo, uma perícia técnica de elevado valor, dilação temporal para a sua produção, etc., etc.

Tanto nunca foi dito acerca de uma eventual presunção absoluta que são palavras encontradas no mesmo Manual utilizado pelo professor:

56. Uma empresa ou entidade credenciada na ICP-Brasil pode fornecer laudos de documentos assinados digitalmente?

R: Não existe qualquer entidade que faça esse tipo de análise, uma vez que a validade jurídica dos documentos assinados digitalmente com certificados da ICP-Brasil é conferida pela MP 2.200-2/01. **Destarte, o laudo pericial somente terá o objetivo de comprovar que possível assinatura digital aposta em um documento encontra-se eivada de vício que desconstitua a sua validade.**³⁸²

(Grifei)

Alfim, espero ter demonstrado cabalmente que o único campo normativo propício para a incidência do princípio da liberdade das formas³⁸³, ou mesmo a sua previsão específica no regramento eletrônico³⁸⁴, é justamente a ausência de norma. Se a lei nada impõe, às partes é lícito estipular o que lhes aprouver. Porém, se existe determinado regramento específico para o tema, como de fato a ICP-Brasil o é, a autonomia privada é obviamente restringida.

382 Manual de Perguntas e Respostas, p. 80. Disponível em: <<http://www.iti.gov.br/index.php/publicacoes/manuais/3896-manual-de-perguntas-e-respostas-juridicas-icp-brasil>>. Acesso em: 20 out. 2012.

383 Código Civil, art. 107: A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

384 M.P. 2.200-2, art. 10, § 2º: O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceite pela pessoa a quem for oposto o documento.

Não entender dessa forma significa subverter o conteúdo pelo continente, colocando uma simples possibilidade (a liberdade de as partes atribuírem valor às suas manifestações) em posição superior àquilo expressamente disposto pela norma (MP. 2.200-2/01, art. 1º), atestando, por via de consequência, a desnecessidade do próprio Comitê Gestor da ICP-Brasil.

Como diria Norbert Wiener, citado por Heidegger, e já lembrado por mim outrora³⁸⁵, viver ativamente significa viver com a informação apropriada.

Gostaria, porém, de alertar que esse debate não é apenas meu, do Dr. Fabiano ou das instituições que representamos. É um debate plural, que exige, por isso mesmo, a participação e a efetiva contribuição de todos os interessados no tema. Sendo assim, sugiro a publicação dos referidos textos e aguardo as manifestações da sociedade.

Eis o que me parece.

Brasília-DF, 1º de novembro de 2012.

André Pinto Garcia
Procurador-Chefe do ITI

NOTA: Em 12/02/2014 foi publicada Nota Técnica s/n, desta PFE, com o seguinte teor: “Em revisão de seu posicionamento anterior, externado em nota pública datada de 03 de outubro de 2012, não se pode afirmar, antecipadamente, que assinaturas digitais de pessoas físicas providas por meio de certificados armazenados em soluções mercadológicas de uso compartilhado de HSM (Hardware Secure Module), em modelo de rede, sejam inválidas. Isso porque apenas o Judiciário, após o devido processo legal, poderá decretar a possível invalidade de determinada assinatura digital, desde que asseguradas a ampla defesa, o contraditório e, se for o caso, a produção de provas, inclusive a pericial. Há que se chamar a atenção que são de exclusiva responsabilidade do titular, conforme Termo assinado no ato de aquisição do certificado digital, a guarda e o uso de sua chave privada, em conformidade com o que dispõe o parágrafo único do art. 6º da MP 2.200-2/01.”

385 GARCIA, André Pinto. **A ICP Brasil oferece segurança e redução de custos.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-21/icp-brasil-inumeros-beneficios-seguranca-reducao-custos>>. Acesso em: 22 out. 2012.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Editora GEN, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Atividades Privadas Regulamentadas*: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. Biblioteca Difitalk Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abril 2005.

_____. *Delegações de Serviço Público*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fortes, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2004.

BELL, Daniel. *O advento da sociedade pós-industrial*. São Paulo: Cultrix, 1977.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. *A Cidadania Ativa: Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular*. São Paulo: Ática, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras*. São Paulo: RT, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAGGIANO, Monica Herman (Coord.). *Ficha Limpa – impactos nos tribunais: tensões e confrontos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Lisboa, 2004.

CARVALHO, Paulo Ronaldo Ceo de. *A natureza jurídica do credenciamento na ICP-Brasil*. Recife: Ed. Nossa Livraria, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

_____. *Redes de Indignação e Esperança: Movimentos Sociais na Era da Internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMISSÃO EUROPEIA. *A Europa e a sociedade global da informação – Recomendações ao Conselho Europeu*, Bruxelas, de 26.05.94.

COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução à ciência do direito: uma perspectiva zetética às ciências jurídicas*. Porto Alegre, Fabris, 2001.

COVAS, Silvânio. *O Título de Crédito Eletrônico e a Cédula de Crédito Bancário*. Serasa Experian Legal. Edição 47. 2005. Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/serasaexperian/publicacoes/serasalegal/2005/47/serasalegal_0114.htm>. Acesso em: 12 out. 2012.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodium, 2012.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. Barcelona: Aranzadi, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

DIP, Ricardo. *Direito Administrativo Registral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Salvador: Editora JusPodium, 2012.

_____. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum,

2012.

GARCIA, André Pinto. *A eficácia da assinatura digital perante o Tribunal Cidadão: apontamentos necessários*. Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/3134561/artigo-a-eficacia-da-assinatura-digital-perante-o-tribunal-cidadao-apontamentos-necessarios-por-andre-pinto-garcia>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

GLEICK, James. *A Informação*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação: novos direitos e modos de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1981.
_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. São Paulo: Dialética, 2000.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. São Paulo: Editora LP&M, São Paulo, parte dois: A Revolução Agrícola.

HOBBSAWM, Eric. *A Era das Revoluções*. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1982.

IHERING, Rudolf von. *Teoria Simplificada da Posse*. Bauru: Edipro, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2012.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura. Licença Creative Commons*,

2005.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Código Civil: Comentários Didáticos*. São Paulo: Editora Atlas, 1981.

LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* São Paulo: Ed. 34, 1996.

_____. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: RT, 2004.

LUCCA, Newton de. *Contratos pela Internet e via computador: requisitos de celebração, validade e eficácia*. Bauru: Edipro, 2001.

LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MALTA, Maria Lucia Levy. *Direito da Tecnologia da Informação*. Campinas: Edicamp, 2002.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Disponível em: <<http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Finalidades e fundamentos da moderna*

regulação econômica. Biblioteca Digital Fórum Administrativo. Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, nº 100, junho 2009.

MARQUES, J. A. Garcia; MARTINS, A. G. Lourenço. *Direito da Informática*. Coimbra: Almedina/Instituto Jurídico da Comunicação, 2000.

MARTINI, Renato da Silveira. *Tecnologia e Cidadania Digital: ensaio sobre tecnologia, sociedade e segurança*. Rio de Janeiro: Brasport, 2008.

MASUDA, Yoneji. *A Sociedade da Informação como Sociedade Pós-Industrial*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1982.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Bookseller, 1999, p. 345 (Tomo 1).

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo. Saraiva: 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, 1999.

_____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direitos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NEGROPONTE, Nicholas. *A vida digital*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Ed. Bosh, 1972.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo: contribuição ao estudo das figuras que integram o instituto da revisão dos atos administrativos pela própria administração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REINALDO FILHO, Demócrito. *A ICP-Brasil e os poderes regulatórios do ITI e do CG*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7576/a-icp-brasil-e-os-poderes->

regulatorios-do-iti-e-do-cg>. Acesso em: 12 jan. 2015.

RODRÍGUEZ, Miguel Ángel Davara. *Manual de Derecho Informático*. Barcelona: Aranzadi, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

SERRA, Joaquim Paulo. *A Informação como Utopia*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

TAKAHASHI, Tadao (Org.), *Sociedade da informação no Brasil: livro verde*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

UNCITRAL. *Model Law on Eletronic Signatures with Guide to Enactment*. 2001. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

VOLPI, Marlon Marcelo. *Assinatura Digital: aspectos técnicos, práticos e legais*. Rio de Janeiro: Axcel Books, 2001.

WALD, Arnold. *As Novas Tendências do Direito Administrativo*. In: O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil. Coimbra: Almedina, 2003.

WERTHEIN, Jorge. *A Sociedade da Informação e seus Desafios*. Revista da Ciência da Informática.