

CENTRO UNIVERSITÁRIO BRASILEIRO - UNIBRA
BACHARELADO EM DIREITO

EDUARDO HENRIQUE LOPES DOS SANTOS
AIRTON JOSÉ DE MORAES ARAÚJO JÚNIOR



**A MALDIÇÃO DA EMPRESA LICITANTE EM
CIBERSEGURANÇA NA LEI 14.133/2021**

RECIFE - PE
2023

Eduardo Henrique Lopes dos Santos

Airton José de Moraes Araújo Júnior



**A MALDIÇÃO DA EMPRESA LICITANTE EM
CIBERSEGURANÇA NA LEI 14.133/2021**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário
Brasileiro - UNIBRA, como requisito
para a obtenção da graduação em
Direito.

Professor Orientador: Márcio José
Marques

RECIFE - PE
2023

Ficha catalográfica elaborada pela
bibliotecária: Dayane Apolinário, CRB4- 2338/ O.

S237m Santos, Eduardo Henrique Lopes dos.
A maldição da empresa licitante em cibersegurança na lei 14.133/2021/
Eduardo Henrique Lopes dos Santos; Airton José de Moraes Araújo Júnior.
- Recife: O Autor, 2023.
54 p.

Orientador(a): Me. Márcio José Marques.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Centro Universitário
Brasileiro - UNIBRA. Bacharelado em Direito, 2023.

Inclui Referências.

1. Cibersegurança. 2. Matriz de Risco. 3. Lei 14.133/2021. I. Araújo
Júnior, Airton José de Moraes. II. Centro Universitário Brasileiro. -
UNIBRA. III. Título.

CDU: 34

SUMÁRIO

1. Introdução.....	6
2. Por que a Empresa Licitante em Cibersegurança está amaldiçoada perante a Nova Lei 14.133/21 de Licitações?.....	7
3. O novo rol de punições penais	21
4. Alteração da Medida Provisória nº 1.167/2023, por dificuldade de adequação do Estado à Nova Lei de Licitações 14.133/21	42
5. Matriz de Riscos e Alocação de Riscos	44
6. Proibição da Inovação Tecnológica na Matriz de Risco do inciso XXVII. 53	
7. Considerações finais	57
8. Referências	60

A MALDIÇÃO DA EMPRESA LICITANTE EM CIBERSEGURANÇA NA LEI 14.133/2021

Eduardo Henrique Lopes dos Santos¹

Airton José de Moraes Araújo Júnior²

Márcio José Marques³

Resumo

O presente artigo tem como um de seus pilares, a compreensão das mudanças ocorridas da Lei 8.666/1993, para a Lei 14.133/2021, no que se refere à situação da Empresa Licitante em Cibersegurança, e às dificuldades que serão encontradas com o novo rol de punições penais. Realizamos um estudo referente ao artigo 6º da Nova Lei de Licitações, em especial o inciso XXVII, alíneas “b” e “c”, o qual proíbe inovações tecnológicas, e limita as ações não previstas em contrato. Desconsiderando fatos supervenientes típicos da área de cibersegurança, identificamos que as empresas licitantes restaram prejudicadas no rol de punições penais. No decorrer de nossa pesquisa, observou-se que as mencionadas alíneas “b” e “c” incorrem na Matriz de Risco do contrato, que além de potencialmente tornar este ramo de empresas focadas em inovação tecnológica, proibidas de realizar estas inovações, as quais não estejam de acordo com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a Matriz de Risco suporta a ideia de multas contratuais, e prejudica a empresa licitante em cibersegurança no art. 155, inciso I, que trata da execução do contrato, visto que um novo conceito atrelado à Matriz de Risco, a Alocação de Risco foi incluída, em que permite além de multas contratuais, que o Estado realize cláusulas como metas de desempenho, as quais não podem ser supridas, devido ao aumento de ciberataques no Brasil, com as restrições relativas à inovação tecnológica. Por fim, identificou-se a necessidade de revogar as referidas alíneas “b” e “c”, visto que proibir inovações tecnológicas apenas fere o desenvolvimento da cibersegurança no Estado Brasileiro.

Palavras-chave: Cibersegurança. Matriz de Risco. Lei 14.133/2021.

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Brasileiro - UNIBRA

² Graduando em Direito pelo Centro Universitário Brasileiro - UNIBRA

³ Prof. Me. - Centro Universitário Brasileiro - UNIBRA

Abstract

One of the pillars of this article is to understand the changes that have occurred from Law 8.666/1993 to Law 14.133/2021, with regard to the situation of the Bidding Company in Cybersecurity, and the difficulties that will be encountered with the new list of criminal punishments. Understanding that there are points of agreement, in part, we carried out a study regarding article 6 of the New Bidding Law, especially item XXVII, points "b" and "c", which prohibits technological innovations, and limits actions not provided for in the contract. Disregarding supervening facts typical of the cybersecurity area, we identified that the bidding companies were penalized, even though they provided an adequate service and met social expectations. In the course of our research, it was observed that the aforementioned points "b" and "c" are part of the contract's Risk Matrix, which, in addition to potentially making this branch of companies focused on technological innovation prohibited from carrying out these innovations, which are not in accordance with the principle of binding the contracting instrument, the Risk Matrix supports the idea of contractual fines, and harms the bidding company in cybersecurity in art. 155, item I, which deals with the execution of the contract. 155, item I, which deals with the execution of the contract, since a new concept linked to the Risk Matrix, Risk Allocation, has been included, in which it allows, in addition to contractual fines, the State to make clauses such as performance targets, which cannot be met, due to the increase in cyber-attacks in Brazil, with the restrictions on technological innovation. Finally, the need to revoke the aforementioned paragraphs "b" and "c" was identified, since prohibiting technological innovation only hurts the development of cybersecurity in the Brazilian state.

Keywords: Cybersecurity. Risk Matrix. Law 14.133/2021.

1. Introdução

O Brasil é o segundo país que mais sofre ataques virtuais na América Latina, estando atrás apenas do México. Seu investimento em Cibersegurança é muito abaixo do orçamento de outras nações mais desenvolvidas, e a cada ano que passa, a situação fica mais precária. A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/2021 chegou com diversas mudanças para as licitações que ocorrem no país, mas não considerou suficientemente os impactos que poderia causar para a segurança virtual no país. Hoje os ataques são muito mais sofisticados, principalmente pela disseminação de programas e aplicativos maliciosos, capazes de falsificar imagens, conteúdos e até mesmo a voz de seres humanos. O que não seria um problema para as empresas licitantes em cibersegurança, lidar com esses ataques, se o art. 6º, inciso XXVII, alínea “c” não proibisse as inovações tecnológicas.

Entre os objetivos deste artigo, está a observância de como a proibição de inovação tecnológica impacta as empresas licitantes na área de cibersegurança, que é essencialmente especializada em inovar para fortalecer sistemas de segurança, e manter o Estado funcionando de forma segura, mesmo com o baixo investimento orçamentário.

Da mesma forma, busca-se identificar o impacto da alínea “b” do mencionado inciso XXVII, no intuito de compreender as tolerâncias da administração pública à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em relação a possíveis punições, por não seguir o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, dada dificuldades apresentadas pelo inciso “c” a serem exploradas.

O referido art. 6º, inciso XXVII, alínea “c” não seria um problema tão grande, se não fossem os conceitos de Matriz de Risco e Alocação de Risco implementados na Lei 14.133/2021, pois, uma vez que o conceito de Matriz de Risco se relaciona com “tornar responsabilidade da empresa”, caso não seja cumprido, pode gerar a inexecução parcial do contrato previsto no art. 155, inciso I, incorrendo em sanções administrativas do *art. 156, que*

incluem: advertência, multa, impedimento de licitar e contratar, assim como, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. O que não está limitado à proibição de inovação tecnológica, mas assume também a faceta da Alocação de Riscos, que permite que a administração pública crie cláusulas como metas de desempenho. Portanto, observaremos este fluxo temporal que ocorre, entre a contratação, da proibição da inovação e consequente inexecução parcial, e da possível declaração de inidoneidade, citada no inciso IV.

Este problema foi o que motivou a pesquisa: como pode um ramo de licitação que depende inteiramente da inovação tecnológica para suprir as expectativas de proteção virtual do Estado, se adequar a uma alínea que proíbe, multa e dá vazão à inexecução do contrato, por inovar tecnologicamente?

Por isso, considera-se que o art. 6º, inciso XXVII, nas alíneas “b” e “c”, pode ser considerado novo e ultrapassado ao mesmo tempo, visto que não considerou a realidade da cibersegurança, e por isso deve ser revogado.

2. Por que a Empresa Licitante em Cibersegurança está amaldiçoada perante a Nova Lei 14.133/21 de Licitações?

Inicialmente, cabe compreender um pouco sobre o que mudou na nova legislação, para que se possa compreender o conceito de maldição, incluído na tese deste artigo. A mudança da Lei 8.666/93 para a Lei 14.133/21, representa uma alteração importante para o Estado brasileiro, tendo em vista que houve grande influência externa da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) que o Brasil solicitava ser incluído, modelo este que não representa a forma padrão de licitar no nosso país, e sim buscava aderir com esta lei, um modelo mais próximo da Europa, que é muito mais rígido. Como emitida informação no site oficial da organização OCDE (2021):

Após a adesão do Brasil aos valores, visão e prioridades refletidas na Declaração de Visão dos 60 Anos da OCDE e na Declaração do Conselho Ministerial de 2021, os 38 Membros da OCDE adotaram em 10 de junho de 2022 o Roteiro para a Adesão do Brasil à Convenção da OCDE, estabelecendo os termos, condições e processo para sua acessão.

Para se adequar à visão de 38 países vistos como parte dos mais desenvolvidos do mundo, até pelo fato de a OCDE englobar países da Europa, América do Norte e Oceania, embora existam países como, Japão envolvidos, que não necessariamente estão localizados geograficamente nos mesmos locais. O fato é que os requisitos para a mencionada adesão foram de literalmente um roteiro, com diversos requisitos a serem enquadrados, caso assim o Brasil optasse por isto, na época. Esse processo de mudança legislativa levou consigo um aumento notável nas dificuldades enfrentadas, em especial pelas empresas de tecnologia, que buscam participar de licitações públicas.

O aumento nas dificuldades impacta nas empresas de cibersegurança, em especial no que se refere ao art. 6º, inciso XXVII, que entre outras disposições, passa a proibir inovações tecnológicas. O que se compreende como um ato falho, visto que os membros da OCDE detêm políticas em relação a cibersegurança, bastante eficazes, se comparado ao Brasil, que está entre os países mais inseguros no ambiente virtual da América Latina.

Embora a OCDE não seja uma entidade que pode interferir na soberania brasileira, a antiga vontade do governo brasileiro em participar dessa organização que faz contraposição aos BRICS, organização da qual o Brasil é um dos membros, passou a desempenhar um grau de rigidez no processo licitatório que não condiz com a realidade local, a exclusão de pequenas empresas, devido a por vezes, incapacidade de seguir o rigor dessa nova legislação. Na resolução da OCDE (2007), denominada: OECD Council Resolution on Enlargement and Enhanced Engagement (OCDE Resolução Sobre o Alargamento e o Reforço do Envolvimento), que em 16 de maio de 2007 convidou, além do Brasil, China, Índia, Indonésia e África do Sul. Devido às tensões recentes dos países membros, em especial os

Estados Unidos e países europeus, com países membros do BRICS, destaca-se China e Rússia, que embora não tenha sido formalmente convidada, abriu discussão sobre sua entrada na OCDE na mesma data, restou prejudicada a tentativa de adesão, que não teve consideráveis avanços, desde o final de 2022. No momento atual, o Brasil está com apenas 108 dos instrumentos legais aderidos, mas na prática seriam necessários 230 para se tornar membro da OCDE. E nesse espírito que se motivou a Nova Lei de Licitações, do ponto de vista geopolítico, além das questões políticas internas. Quando falamos de um tema que tem tantas nuances, principalmente em uma lei que tem fundamentos políticos extremamente presentes, é necessário que exista uma noção do que está acontecendo fora, para entender as influências dentro do Brasil.

Não apenas no Brasil existe o conceito de Maldição do Vencedor (WINNER'S CURSE), que foi popularizado nos EUA nos anos 70. Porém, o nosso entendimento da maldição do vencedor vai além do conceito financeiro que trouxe popularidade à época em país estrangeiro, mas a eventos que incluem punições penais, e sanções administrativas, além desta questão. Então, ao invés de focar no que aconteceu no passado em um outro país, compreenderemos o futuro das licitações no Brasil que está acontecendo hoje. Conforme Signor *et al.* (2022, p. 177):

Alguns dispositivos da nova lei podem levar a resultados indesejados, em especial aos preços inexequíveis que a lei almeja evitar e, conseqüentemente, à ineficácia das contratações. Isso porque uma orientação específica da lei, que será detalhada adiante, inevitavelmente conduzirá os contratados à maldição do vencedor.

Em relação à grande influência do conceito de “maior desconto” adicionado, que trouxe uma dificuldade significativa para se adquirir uma margem satisfatória em licitações com órgãos públicos, a administração pública já tinha como uma de suas metas principais, abaixar os seus custos, mas após abril de 2023, com o início da vigência da Lei 14.133/2021, essa situação chegou a um novo patamar.

Continuando a sua indagação Signor *et al.* (2022, p. 178) afirma que:

Como a maldição se configura quando alguém vence uma licitação por um preço inexecutável, sendo obrigado a trabalhar sem lucro ou mediante prejuízo, para evitar o problema, o competidor arrojado deve estimar cuidadosamente sua proposta para não se distanciar muito do valor real do objeto licitado.

Trata-se do primeiro aspecto da maldição da empresa licitante em cibersegurança, em que sua margem é significativamente menor na Lei 14.133/2021 devido à maior concorrência, e às punições pecuniárias que são bem mais significativas. Então, a escolha da empresa é trabalhar sem lucro ou mediante prejuízo, ou incorrer em problemas diversos. O que é, em si, um fenômeno bastante conhecido, conforme Dias (2021, p. 33):

Com relação à prática de baixos preços em licitações, existe um conceito difundido no âmbito internacional que se chama “winner’s curse” referindo-se, nas publicações que dão origem ao termo, ao vencedor do processo de leilão.

Demonstrando o caráter amplamente conhecido, da famosa “maldição do vencedor” que normalmente está relacionada a pecúnia pura e simplesmente. Este autor continua demonstrando uma realidade a respeito da competitividade das licitações, que certamente se adequa muito bem ao pregão eletrônico:

Eles continuam mostrando que a “lei das médias” simplesmente não se aplica em licitação competitiva de valor comum, porque com um número suficiente de licitantes, qualquer licitante só ganha se ele supervalorizar o item licitado ou subestimar (dependendo se é de menor preço ou maior oferta). O que implica que licitação competitiva deve, em longo prazo, resultar em perdas financeiras substanciais nas indústrias em que é praticado (Dias, 2021, p. 34).

É possível identificar, que com a assumpção por parte do Estado do critério de maior desconto, essa realidade se identifique, visto que abre mais espaço para a empresa licitante “emocionada”, que está mais disposta a abaixar o preço para vencer a licitação, para que futuramente encontre-se nesta situação, com baixo lucro ou no prejuízo. Mas como será revelado, no Brasil a maldição da empresa licitante não se limita à questão pecuniária.

Embora, seja bastante razoável que seja o princípio da compreensão do que é a maldição da empresa licitante em cibersegurança, a *winner’s*

curse é parte intrínseca desta situação. O que ocorre é um agravamento de uma situação que é conhecida internacionalmente no Brasil, na Lei 14.133/2021. Isto cria uma situação bastante complicada para o órgão público, o que para Dias (2021, p. 34):

Aceitar uma oferta que constitui um lance errado é um dilema enfrentado rotineiramente pelos órgãos públicos. A aquisição de contratos pelo menor preço expõe a Administração Pública a relações contratuais com licitantes que são mais propensos a subestimarem o custo real do projeto, desta forma as empresas se submetem à “winner’s curse”. Essa situação também é problemática porque se esses lances estiverem errados, eles são injustos com os licitantes vencedores que licitaram abaixo de seus custos.

A falta de planejamento adequado, com a anuência do órgão público, sujeita ambos a uma relação que, se não for fadada ao fracasso, será fadada ao prejuízo da empresa licitante. Por fim, conforme Signor *et al.* (2022, p. 187):

Ainda no sentido de pleno atendimento aos objetivos da Lei nº 14.133 (Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021), para que a administração assegure a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso, há que considerar uma gradual mudança dos critérios de julgamento, substituindo o menor preço por melhor técnica, por técnica e preço ou pelo maior retorno econômico, sempre que possível, junto com a capacitação contínua dos servidores responsáveis pelas contratações públicas.

Entendem os autores, que a gana da administração pública por diminuir os seus custos, está prejudicando seriamente as empresas licitantes no país, na mencionada Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. O que é uma colocação vital para o futuro da cibersegurança no país, uma vez que os investimentos do Estado nesta área já estão em números bastante abaixo do esperado, e agora a situação se agrava com as dificuldades na área de licitações. A possibilidade de licitações com base em critérios mais técnicos, certamente tornaria mais viável que essas empresas atuassem com o governo, sem tantos prejuízos.

O art. 6º, inciso XVII, da mencionada Nova Lei de Licitações, versa sobre matriz de risco. Porém, não faz menção à existência de fornecedor externo que possibilita a realização do contrato, visto que o conhecimento

em cibersegurança é altamente técnico e específico. E a empresa que está vinculada ao contrato, muito raramente será o dono do sistema, e sim uma empresa intermediadora que receberá acesso desta grande outra empresa, de porte internacional, para execução do contrato. O que pode resultar em: contratos impraticáveis, requisitos inadequados, multas injustas, declaração de inidoneidade, gastar recursos para contestar as penalidades, entre outras possibilidades.

As licitações desempenham papel fundamental para subsistência da máquina pública, porém existe um problema epidêmico de violência no país, que reverbera em um descuido ainda maior no âmbito digital. Existem poucos decretos sobre a Cibersegurança em âmbito federal, como o Decreto nº 10.641, de 2021, que altera o Decreto nº 9.637, de 2018. Ainda assim, é muito recente, e não surtiu os efeitos desejados visto que o surto de ataques virtuais está aumentando em alta velocidade no país, consideravelmente.

Quando os agentes não possuem um entendimento completo das complexidades da cibersegurança, há uma grande possibilidade que se estabeleçam requisitos imprecisos, inadequados ou simplesmente irrealistas. O que não é algo raro de se acontecer, por se tratar de um ramo extremamente específico, então a falha não é do funcionário público que realiza o contrato com expectativas que não coadunam com a realidade do serviço ofertado, mas da Matriz de Riscos e da Alocação de Riscos, que pode transformar essa execução de serviços em uma verdadeira maldição. O que se torna ainda mais evidente com a proibição de inovação tecnológica, que é um fator de diminuição de custos na área de tecnologia, e certamente poderia contribuir para diminuição dos riscos.

No entanto, existe um fator não observado, no que se refere à empresa licitante em cibersegurança, embora seu objetivo seja resguardar a administração pública, o objeto pelo qual ele deve atuar em defesa é externo. São os vírus e entidades maliciosas da Internet, que realizam ataques de diversas fontes, rotineiramente bem atualizadas com as práticas mais precisas de roubo de dados, além das novas formas de ataque, que não necessariamente têm o objetivo de destruir ou roubar, mas de adulterar

dados. Como será citado um exemplo hipotético da adulteração de imagem com fins escusos, assunto amplamente discutido a respeito a proliferação de inteligências artificiais nefastas, com o propósito de corromper a reputação e imagens de pessoas com visibilidade pública.

Vale ressaltar, que na administração pública há pressões políticas ou orçamentárias, que podem influenciar nessa definição de requisitos que não condizem com as necessidades de execução do serviço. Os agentes públicos podem ser pressionados a estabelecer requisitos que atendam a interesses políticos ou orçamentários, o que é muito comum, especialmente em prefeituras, em detrimento das necessidades técnicas reais. Essas pressões podem levar à criação de requisitos que não refletem os pormenores das ameaças cibernéticas ou as melhores práticas, resultando em contratos que se tornam inviáveis.

O fato da criação do contrato estar totalmente inserido no contexto do Estado, sem muitas vezes a devida participação da empresa que venceu a licitação, para elaborar as expectativas do órgão com a execução do serviço, pode configurar estes casos mencionados. Quando os agentes públicos não buscam o envolvimento de especialistas técnicos, durante a elaboração do contrato, podem perder a oportunidade de obter insights técnicos necessários para criar requisitos realistas.

Existe um fator humano que precisa ser observado, que em alguns casos, o excesso de zelo em relação à segurança também pode levar à definição de requisitos rígidos demais para serem cumpridos. Embora a segurança seja uma preocupação legítima, exagerar na definição de padrões pode resultar em contratos que se tornam impraticáveis, o que é um grande problema quando estamos falando de um inciso que especificamente proíbe inovações tecnológicas, para lidar com essas dificuldades que venham a surgir.

Além disso, a falta de experiência com fornecedores de serviços de cibersegurança por parte dos agentes públicos pode resultar em um agravamento da situação. Visto que, a existência de um fornecedor maior que não está vinculado a essa relação contratual, é ainda mais forte na área

de tecnologia do que nas outras áreas. Então quando estamos falando da matriz de riscos, acaba-se colocando toda a responsabilidade no intermediador, que dependendo do contrato a ser executado, pode simplesmente não ter a menor condição de executar, sem incorrer em multas contratuais, gerando uma série de empecilhos que mitigam o lucro, ou deixam a empresa no prejuízo.

Como será observado mais adiante quando adentrarmos na Matriz de Risco e Alocação de Riscos, perante a nova legislação, é permitido gerar multas contratuais como as semelhantes: Exemplo a) A Empresa de Cibersegurança se compromete a manter uma taxa de detecção de ameaças cibernéticas de no mínimo 95%;

Exemplo b) A Empresa de Cibersegurança deve garantir que não haja violações de dados ou intrusões não autorizadas nos sistemas protegidos durante a vigência do contrato.

O Exemplo A) configura-se como uma meta de desempenho que não contempla ameaças externas, devido a diversos fatores externos. Vale ressaltar, que as ameaças cibernéticas estão em constante evolução, com hackers desenvolvendo táticas cada vez mais sofisticadas. Isso torna difícil garantir uma taxa de detecção tão alta, uma vez que ameaças emergentes podem ser desconhecidas ou difíceis de detectar com precisão.

Principalmente, quando estamos falando em um contrato que foi concebido com a nuance de ser proibida a inovação tecnológica, ou seja, enquanto as ameaças são dinâmicas e estão sempre atualizadas, em uma área em que as novidades na informação chegam com tanta velocidade, ficar preso a um contrato por anos, que não se renova, e não se inova, manter uma eficácia de 95% não parece realista, para não dizer impraticável. Além disso, ambientes de rede e sistemas de informação são complexos, com múltiplas camadas de segurança e numerosos pontos de vulnerabilidade potencial. Detectar todas as ameaças em tal ambiente complexo é tecnicamente inviável.

Estabelecer uma taxa de detecção tão alta também pode levar a um aumento significativo de falsos positivos (alarmes falsos) ou falsos negativos

(ameaças não detectadas), o que pode sobrecarregar a equipe de segurança e prejudicar a eficácia da detecção, assim como incorrer em custos elevados para execução do contrato, que podem superar a margem de lucro. Ou seja, os ônus se tornarem maiores do que os bônus, convertendo a execução do serviço em uma maldição.

Além disso, estas atividades maliciosas variam em termos de escopo, método e intensidade, tornando difícil garantir uma taxa de detecção consistente. E manter uma taxa de detecção elevada requer investimentos substanciais em tecnologias, pessoal especializado e recursos de segurança cibernética, o que dificulta principalmente empresas de pequeno e médio porte para manter esses recursos.

Em vez de metas rígidas, contratos de cibersegurança podem ser mais eficazes ao enfatizar abordagens, como a melhoria contínua da segurança, a adaptação às ameaças que surgem e a implementação de tecnologias com o real objetivo de manter a funcionalidade do serviço, e não em cálculos de desempenhos inadequados. Além disso, os contratantes e a entidade contratante devem estar dispostos a colaborar de forma construtiva para abordar as limitações e promover a segurança cibernética de maneira eficaz, em vez de se concentrar exclusivamente em cumprir uma métrica de taxa de detecção específica.

Constatando a empresa que esta situação ocorreu, poderá realizar negociações com o órgão público, alguns poderiam argumentar. Porém, a realidade é que o *poder* foi concebido a estes órgãos no mencionado art. 6º, inciso XXVII da Lei 14.133/2021, com base no “princípio da vinculação ao instrumento convocatório”, que se baseia na ideia que a empresa licitante deverá se submeter às cláusulas estabelecidas no edital da licitação, no projeto básico ou no termo de referência.

Em tese, isto seria algo positivo, garantindo segurança jurídica ao negócio entre ambas as partes e um modelo previsível de contratação, mas essa previsibilidade não se adequa à velocidade de informação que se comunica o modelo de cibersegurança, que não está limitado ao território nacional, e sim a toda a rede, visto que os vírus maliciosos não perdoam a

falta de inovação neste âmbito. Afinal, se pelo senso comum, as pessoas não gostam de utilizar antivírus antigo e desatualizado em suas casas, porque permitiriam a falta de inovação de cibersegurança em órgãos públicos?

Vale ressaltar, que o princípio da vinculação, *a priori*, têm uma função de garantir a segurança jurídica e a igualdade de tratamento entre as empresas que concorrem no pregão eletrônico, garantindo que sigam as mesmas regras. Porém, quando os órgãos fazem exigências sem o embasamento técnico necessário para que sejam cumpridas, pode acarretar em um incentivo para um mau serviço geral. A empresa que detém os recursos e por sua alta capacidade técnica, detém soluções inovadoras para o órgão, estará proibida de fazê-lo, pela necessidade de se vincular a cláusula contratual que obriga a uma previsibilidade no serviço, que impede essas soluções que poderiam ocorrer em diálogo com o órgão, em um momento posterior à concretização desta contratação.

Ou seja, a criatividade se limitou, e as soluções se estagnaram. Onde havia espaço para inovação, desenvolvimento de soluções, criação, e um amplo espaço para desenvolvimento, não há mais. Embora se compreenda que houve certamente, pontos favoráveis no novo modelo licitatório via pregão, compreendendo que o antigo modelo da Lei 8.666/93 estava muito mais simples de acontecer o famoso “apadrinhamento político” que é tão forte no senso comum popular.

O que se configurava em atitude nefasta, pela Lei 14.133/21 observa-se no art. 17, inciso V especificamente, que fala da Habilitação, assim como o Inciso II, onde há referência à divulgação do edital, mencionam sobre questões que foram muito falhas na Lei 8.666/93, que é a transparência do edital e a habilitação de empresas que de fato tenham competência técnica para participar do pregão eletrônico.

Diante destes fatos, a Lei 14.133/21 não ficou apenas mais rígida e previsível no que tange à execução dos contratos de tecnologia, mas sim no que se refere à contratação como um todo. Embora seja entendido que este

era claramente, um procedimento deficitário no Brasil, devido ao alto nível de corrupção, e que certamente atitudes no sentido de inibir estes nefastos atos, certamente serão abraçados pelo público. Porém, o que se observou durante o período de vigência desta Lei, entre abril e maio de 2023, foi certamente um grande caos, como observaremos, fazendo uma análise das contratações.

A nível de compreensão, consideremos a empresa hipotética “Protejo Dados do Governo Ltda.” que será apenas mencionada como PDG a título de conhecimento, esta empresa é baseada em cibersegurança, e executa suas funções em território brasileiro, como intermediadora de uma empresa norte americana chamada “Data Global Protection - nome fictício que atenda pela sigla DGP”, visto que este é o padrão do mercado de cibersegurança, em que normalmente o Brasil por não ser um grande criador de tecnologias, utiliza estas ferramentas estrangeiras para abastecer o mercado de serviços internos, o governo não é diferente, no que tange à demanda dessas empresas transnacionais.

Então, a PDG se torna uma empresa licitante em um edital que busca à proteção da DGP (empresa estrangeira, que detém um nome no mercado) por intermédio da PDG (empresa brasileira especializada em cibersegurança). Então, iniciará o processo licitatório, que passou por uma mudança significativa no que tange à competitividade, como se observa nos art. 33, inciso II - *maior desconto*.

A consequência da inclusão do *maior desconto*, entre outras mudanças nessas avaliações, no que tange à rigidez deste processo, foi uma tentativa por parte do Estado de exigir sempre *o menor valor possível*, levando a uma competição exacerbada que considerou muito mais o valor, do que a viabilidade de prestar o serviço. O Estado, ao se preocupar muito mais com os custos que haveriam para realizar o serviço, do que com a própria manutenção das atividades, levaram a uma situação de caos. Porque muitas empresas passaram a vencer os pregões com base no preço, mas não estavam tecnicamente prontas para realizar o serviço, levando a várias desistências.

Como é o nosso foco aqui, os contratos da administração pública, que após a inclusão do inciso XXVII conferiu muito mais rigor a estes contratos, levou a uma grande quantidade de empresas, a vencer com base no preço, e se encontrarem em uma “saia justa”, que seria passar da sua concorrência com uma margem muito baixa, e se ter que se sujeitar a uma grande quantidade de punições, e contratos basicamente impossíveis. E isso é a maldição do vencedor.

Portanto, se observa que a situação da empresa licitante em cibersegurança, é deveras complicada, visto que está amplamente limitada a um contrato que dificilmente supre todas as necessidades de segurança do órgão, ou outro ente público que a este se pretende proteger. No art. 155, inciso I - *dar causa à inexecução parcial do contrato*. No Capítulo I, Das Infrações e Sanções Administrativas, que entre outras infrações, se apoia no mencionado art. 6º, inciso XXVII, para formular o conceito de que “*dar causa à inexecução parcial*” estaria relacionado com a hipótese de matriz de risco, e ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Diante desta situação, iniciam as sanções administrativas, previstas no art. 156: Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: I - advertência; II - multa; III - impedimento de licitar e contratar; e IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

Observa-se, que perante a nova Lei de Licitações 14.133/2021, a empresa licitante de cibersegurança, não se limitará a sofrer as mencionadas sanções administrativas, como sofrerá punição pecuniária com base do não cumprimento de cláusulas estipuladas, mesmo quando desta não decorrer a culpa, com base no princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Diante do exposto, como devemos compreender a maldição? Visto que, na mídia apenas tomamos conhecimento de licitações que normalmente não deram certo, ou que não alcançaram o resultado desejado. Assim como, quando ligamos a TV, raramente vamos encontrar notícias de boas ações, e coisas que deram certo. Visto que se há uma tendência a noticiar aquilo que chama mais atenção, que normalmente é atrelado ao

crime, ou a catástrofe. Diante desta análise do senso comum, observa-se que de fato, as licitações no Brasil não caminharam bem durante a Lei 8.666/93, que realmente reformas foram necessárias. E certamente, este novo modelo inspirado na forma de licitar da OCDE, realmente detém uma rigidez necessária ao processo licitatório que corria de forma excessivamente solta e sem freios no Brasil.

Porém, apesar da necessidade de reestruturar este sistema que não caminhava bem, é necessário que se torne possível e justo trabalhar com o Estado. Não é adequado ou justo, que o Estado passe a punir excessivamente as empresas, o que ocasionou uma estrutura inadequada ao trabalho, como observaremos com base no fato de que ocorreu um caos no setor de licitações durante o corrente ano de 2023, em que simplesmente, devido às enormes cobranças exigidas pela nova legislação, não foi possível que suficientes licitações funcionassem, levando à ineficácia da Lei durante este período, motivando a alteração da Medida Provisória de nº 1.167/2023, pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, para a prorrogação desta Lei, grifo na Explicação da Ementa: “A Medida Provisória tem por objetivo estabelecer medidas excepcionais e urgentes voltadas a atender maiormente aos pleitos dos Estados e dos Municípios, a pedido da Confederação Nacional dos Municípios e da Frente Nacional de Prefeitos, ante a dificuldade de atender de modo pleno a nova legislação, diante da complexidade das alterações, em especial em municípios de menor porte”.

Entendendo o Estado que, a complexidade das alterações foi muito maior que a esperada, e que não há aparato técnico suficiente em municípios menores para se adequar às mudanças. Este não foi um problema específico da área de tecnologia ou cibersegurança, mas um problema generalizado, que afetou a todos os setores. Porém, certamente existe esse agravante que estamos comunicando aqui, a respeito de cibersegurança, no que se refere à necessidade de inovação tecnológica, que pode incorrer em descumprimento parcial do contrato.

Não bastando essas questões levantadas como dificultadores no processo de licitação para a empresa licitante em cibersegurança, conforme Masson (2021, p. 05):

A finalidade desta obra é analisar os mencionados crimes e os institutos a eles relacionados de forma didática e abrangente. Não se trata de tarefa simples, especialmente pelo fato de ainda não existir, ao tempo em que foi redigida, doutrina e jurisprudência acerca desses assuntos.

Portanto, conforme as palavras do Dr. Cleber Masson, as informações a respeito deste tema são muito escassas, dada a sua atualidade, que não coaduna com a morosidade do judiciário. Ainda que exista um novo rol de punições penais para essas empresas, conforme o autor, não é possível aferir suficientes jurisprudências acerca do tema, visto que a Nova Lei de Licitações 14.133/21 apenas esteve em vigor durante abril e maio deste ano.

Esclarece Cleber Masson, a respeito da inclusão do Capítulo II-B - DOS CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, que é uma inovação de riscos penais, que tornou o processo licitatório muito mais rígido e arriscado para as empresas. Portanto, como foi observado no que tange ao art. 156, caput: Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções”, em especial o inciso IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

A inidoneidade em si pode não ser resultado de um comportamento nefasto ou com dolo, mas uma mera questão de má formulação contratual, decorrente do conceito de Matriz de Risco, inclusa na Lei 14.133/21, como se observa no mencionado art. 155, inciso I - dar causa à inexecução parcial do contrato. Como já arguido anteriormente, mas agora aprofundaremos esse conhecimento, com base no art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º Incide na mesma pena do caput deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.

Então, além das limitações contratuais mencionadas, e do risco que a empresa licitante sofre independentemente da sua boa vontade em executar o serviço com a administração pública, caso isto não possa ser sucedido, devido ao contrato realizado que não considerou as particularidades do serviço, poderá a empresa agora suceder em punição penal. Ou seja, o rol de punições para esse evento se tornou muito mais pesado e difícil de ser contornado, visto a discricionariedade permitida à administração pública na Nova Lei 14.133/21.

Diante desta observações mais generalistas dos riscos que a empresa licitante em cibersegurança detém na consecução de contratos licitatórios com a administração pública, perante a mencionada nova legislação.

3. O novo rol de punições penais

Nova Lei de Licitações	Lei 8.666/1993
<p>Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:</p> <p>Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.</p> <p>Frustração do caráter competitivo de licitação</p>	<p>Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:</p> <p>Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo</p>

	comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.
--	---

Em conformidade com Masson (2021, p. 13):

Caracteriza-se o delito, tanto quanto à iniciativa do agente público, representando o órgão público contratante (exemplo: o secretário municipal entra em contato com uma determinada empresa, sugerindo a contratação ilegal), bem como quanto à contratação direta por parte do particular (exemplo: o representante legal de uma empresa propõe ao Prefeito a celebração de contrato administrativo com dispensa de licitação, quando o caso contrato não autoriza).

Portanto, pode-se concluir que os impactos deste referido comportamento são significativos para a integridade da administração pública. Esta contratação direta, estando fora dos parâmetros legais, certamente comprometerá a eficiência, a economia e a moralidade administrativa. Além deste fato, o ocorrido desestimula a participação de outras empresas licitantes, minando a competitividade e podendo resultar em prejuízos para os recursos do Estado.

Nova Lei de Licitações	Lei 8.666/1993
------------------------	----------------

<p>Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:</p> <p>Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.</p> <p>Patrocínio de contratação indevida</p>	<p>Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.</p>
--	---

Conforme a Lei 12.846/2013 - Lei Anticorrupção, em seu art. 5º, *caput*:

Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público.

Conforme Masson (2021, p. 19):

Embora tal diploma legislativo disponha apenas sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas, as sanções nela contidas obviamente não excluem a responsabilidade penal da pessoa física que tenha incorrido no art. 337-F do Código Penal.

Ou seja, embora este artigo 337-F possa também concomitantemente apresentar outras punições na esfera administrativa e civil, não afasta a possibilidade de a pessoa física responsável pela empresa responder penalmente pelos atos praticados contra o Estado. Portanto, percebe-se que

há maior vigor no *jus puniendi* e uma maior força e vontade de punir por parte do Estado, tanto neste artigo quanto nos demais do rol de punições penais da Lei 14.133/21.

Nova Lei de Licitações	Lei 8.666/1993
<p>Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:</p> <p>Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.</p> <p>Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo</p>	<p>Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:</p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p>

Como forma de proteção à Administração Pública, que é o bem jurídico a ser protegido, alguns poderão falar em similaridades com o art. 321 do Código Penal: Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo:

Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa.

Violência arbitrária

Esta situação específica, embora ainda não tenham havido amplas discussões doutrinárias, devido à novidade do tema discutido, existem

doutrinadores, embora sejam muito escassos, que falam sobre o tema. De acordo com Masson (2021, p. 27):

O conflito aparente de normas é solucionado pelo princípio da especialidade. O crime tipificado no art. 337-G do Código Penal apresenta elementos especializantes em relação à advocacia administrativa, a saber, o agente não patrocina qualquer interesse privado perante a Administração Pública, e sim interesse particular que vem a dar causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário.

Esclarecendo a especialidade do art. 337-G para o âmbito de licitações, enquanto o art. 321 do Código Penal está menos focado neste interesse da administração pública que mencionamos agora, no que tange às licitações especificamente.

Porém, em comparação com o antigo art. 91 da antiga Lei 8.666/93, é nítido o endurecimento da pena de detenção para reclusão. Então demonstra-se claramente o esforço em punir, especificamente no âmbito das licitações com mais rigor.

Nova Lei de Licitações	Lei 8.666/1993
<p>Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade:</p> <p style="text-align: center;">Pena - reclusão de 4 (quatro)</p>	<p>Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: (Redação dada pela Lei</p>

<p>anos a 8 (oito) anos, e multa.</p> <p>Perturbação de processo licitatório</p>	<p>nº 8.883, de 1994)</p> <p>Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)</p> <p>Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.</p>
---	---

Conforme Masson (2021, p. 34):

O art. 92 da Lei 8.666/1993 previa um crime semelhante ao atual delito de modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo. Além das alterações na redação típica, o art. 337-H do Código Penal comina pena privativa de liberdade sensivelmente mais severa, a saber, a reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, sem prejuízo de multa”.

Observação que se correlaciona claramente com o disposto na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), em seu art. 5º, inciso IV, alínea f) *obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais*. Compreendemos que este endurecimento da pena, conforme mencionado por Cleber Masson, é necessário no sentido de diminuir as arbitrariedades cometidas por funcionários públicos mal-intencionados. E que se isso não fosse necessário, tantos esforços para o endurecimento dessas penas não haveria acontecido.

Então, compreender-se-á que para a empresa licitante, mesmo o endurecimento de alguns artigos não está em seu desfavor, muito pelo contrário. A maldição do vencedor não se trata de fugir de toda e qualquer consequência em busca do lucro, mas sim da verdadeira idoneidade, a que está na gramática, no dicionário, que se refere a atitude correta e moral. E as fragilidades da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos que dificultam a vida da empresa de cibersegurança, que ao prestar um serviço correto e idôneo, por uma falha na lei é considerada inidônea. Mas de forma alguma, se refere à proteção de maquinações ou atitudes do gênero.

Nova Lei de Licitações	Lei 8.666/1993
<p>Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório:</p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.</p> <p>Violação de sigilo em licitação</p>	<p>Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:</p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p>

Outra mudança importante, ocorre no âmbito do art. 337-I, em que não houve a punição satisfatória, embora tenha ocorrido o aumento de um ano de detenção, entendendo o poder público a importância do tema.

Segundo Masson (2021, p. 51):

O crime é comum ou geral. Pode ser praticado por qualquer pessoa, particular ou funcionário público, independentemente de possuir ou não interesse pessoal no processo licitatório. Exemplificativamente, o delito tanto pode ser praticado pelo licitante que, de forma reiterada e despropositada, aciona o Poder Judiciário com a finalidade de tumultar o processo licitatório e, conseqüentemente, afastar outros participantes do certame, como também pelo indivíduo que ingressa com ação popular, em face

do processo licitatório, exclusivamente para chamar atenção e ter seu nome divulgado pelos meios de comunicação”.

Ou seja, existe um dolo de atrapalhar, de se promover, de colocar o seu ego acima dos interesses do Estado, afastando outras empresas licitantes, atrapalhando a concorrência ao processo de licitação como um todo.

Nova Lei de Licitações	Lei 8.666/1993
<p>Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.</p> <p>Afastamento de licitante</p>	<p>Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.</p>

Essa pode ser uma das mais importantes mudanças no que se relaciona à livre concorrência, visto que o conceito de “Carta marcada” havia se tornado no senso comum, algo bastante comunicado em relação às licitações. Esse artigo especificamente, poderia ser mais incisivo em relação à pena, devido à incidência do famoso “jeitinho brasileiro” nas licitações ocorridas na Lei 8.666/93, o que não favorece a reputação da administração pública, e nem as empresas licitantes idôneas. Conforme Masson (2021, p. 55):

No universo das licitações, proposta é a declaração unilateral emitida pelo licitante acerca do critério de julgamento escolhido pela Administração Pública para escolha do licitante com quem pretende contratar. Exemplificativamente, se o parâmetro escolhido for o menor preço, a proposta conterá o preço oferecido pelo licitante em troca do bem, obra ou serviço prestado.

Na área de Cibersegurança, em que segundo a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, é natural que devido às especificidades técnicas, sejam cobrados no Edital as certificações técnicas que capacitam a empresa licitante para concorrer à licitação. Visto que não é plausível que empresas que não detenham nível satisfatório de certificação ganhem a licitação em contraponto daquelas que estão devidamente certificadas.

Este artigo especificamente permite que sejam cobrados e responsabilizados aqueles que utilizem de favoritismo em sua contratação, deixando de lado as reais necessidades da Administração Pública. Com base no Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a: I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação; II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei; III - indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; IV - prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso; V - registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso.

Por fim, com fulcro no mencionado art. 67 da Nova Lei de Licitações, para efeitos de proteção dos requisitos mencionados deste artigo, o artigo 337-J está em vigor. Ocorre que, não seria possível proteger e resguardar o mercado para as empresas licitantes em cibersegurança devidamente caracterizada e respaldada tecnicamente para a execução do serviço de outra forma. Abrindo espaço para que ações sejam tomadas em casos de

editais maliciosos, que de outra forma facilitaria interesses políticos, e não as reais necessidades da administração pública.

É possível entender, com base no descrito, que este artigo especificamente do rol de punições penais, favorece sim as empresas licitantes do ramo, uma vez que não é o “apadrinhamento político”, e sim as especificidades técnicas que tomam lugar, quando o processo licitatório toma essas especificidades do art. 67 com a devida precaução.

Nova Lei de Licitações	Lei 8.666/1993
<p>Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:</p> <p>Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.</p> <p>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.</p> <p>Fraude em licitação ou contrato</p>	<p>Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.</p> <p>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.</p>

Afastar o licitante fere a Administração Pública, e privilegia uma empresa licitante inidônea, em comparação a uma empresa idônea. Mas isso se observa que devido às falhas na lei, este termo resta prejudicado. Idôneo significa: “adequado, próprio, que convém perfeitamente”. Quando passamos a tornar a empresa licitante que trabalha de forma adequada e própria, como empresa inidônea, prejudicamos o significado da palavra.

Pois as verdadeiras empresas que se comportam de forma incorreta e prejudicam as que agem da forma correta, realizando condutas criminalizadas neste artigo, como o “afastamento de licitante”, prejudicamos todo o setor licitatório, e as oportunidades do Estado de contratar empresas que estão realmente dispostas a realizar adequadamente o serviço.

O art. 5º, inciso IV, alínea “c”, da Lei 12.846/2013 - Lei Anticorrupção arrola, entre os atos lesivos à Administração Pública, no tocante a licitações e contratos, a atividade de “afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo, embora tal diploma legislativo disponha sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas, as sanções nela contidas não excluem a responsabilização penal da pessoa física que tenha incorrido no art. 337-K do Código Penal (Masson, 2021, p.63).

O que se configura uma evolução legislativa adequada e correta, por se tratar de ato que se refere integralmente ao dolo e na conduta criminosa que lesa a Administração Pública e a Empresa Licitante em Cibersegurança, contribuindo para sua definida *maldição*, visto que não apenas o Estado pode criar situações injustas e inadequadas durante o processo licitatório.

Lei 14.133/2021	Lei 8.666/1993
<p>Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:</p> <p>I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;</p> <p>II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;</p> <p>III - entrega de uma mercadoria por outra;</p>	<p>Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:</p> <p>I - elevando arbitrariamente os preços;</p> <p>II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;</p> <p>III - entregando uma mercadoria por outra;</p> <p>IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;</p>

<p>IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;</p> <p>V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato:</p> <p>Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.</p> <p>Contratação inidônea</p>	<p>V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:</p> <p>Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.</p>
---	--

Identifica-se que no *art. 337-L*, houve agravamento da pena como houve nos demais, porém também foi diminuída a delimitação para sua incidência, como afirma os consultores jurídicos (Natasha do Lago, Giovanna Silveira Tavolaro e Rodolfo Eduardo Santos Carvalho): *“Para além da sanção penal, a primeira mudança trazida com a substituição diz respeito à maior amplitude do novo artigo: onde antes se falava em “fraudar licitação instaurada para aquisição ou compra de bens ou mercadorias”, agora se fala apenas em “fraudar licitação”, sem que exista, portanto, delimitação quanto ao escopo do certame”*. Entendendo estes juristas colonistas da CONJUR que houve de fato este aumento na abrangência da lei, que certamente conduzirá os novos processos licitatórios a serem considerados como contratações inidôneas. O que por si só é em tese compreendido como justo, mas na prática, como observaremos, embora seja utilizado o verbo fraudar, conforme Masson (2021, p. 76):

Embora normalmente presente nas situações concretas, o art. 337-L do Código Penal não condiciona a existência do delito à obtenção de vantagem ilícita pelo agente. Basta o prejuízo à Administração Pública. Trata-se de crime de forma vinculada, pois o tipo penal arrola as condutas admitidas para sua caracterização”.

Ainda segundo este autor, dependendo do resultado naturalístico da conduta, pode ser crime instantâneo ou permanente, caso ao decorrer do tempo seja aferido o dolo do agente na atitude ilegal que ocasionou o dano. A consumação do crime pode ser na modalidade tentada, visto que:

É cabível, em face do caráter plurissubsistente do delito, compatível com o fracionamento do iter criminis. Exemplo: o diretor da empresa contratada para fornecimento de merenda escolar tenta servir produtos alimentícios com prazo de validade vencido, mas tal comportamento é percebido pelo Secretário de Educação do município, que determina a apreensão de tais alimentos (Masson, 2021, p.79).

Entendendo que a ação penal é pública e incondicionada, deverá a empresa licitante responder pelos seus atos, mesmo que não tenha ocasionado o dano que se pretendia. Mas isto não é “A Maldição da Empresa Licitante em Cibersegurança na Nova Lei de Licitações 14.133/21”, que se trata das punições e ilegalidade na qual a empresa licitante pode ser colocada sem dolo, e sim de um importante entendimento para se entender o fenômeno do endurecimento das penas no que tange a crime contra a administração pública no país.

Perante o *art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo*. Mencionado a priori em sua forma mais abrangente, traçando paralelos com a antiga Lei 8.666/1993, que ainda está em vigor, devido ao caos ocorrido nas licitações no país, como será mais esclarecido no Capítulo III. Conforme Masson (2021, p. 82):

O art. 97 da Lei 8.666/1993 apresentava um crime semelhante ao atual art. 337-M do Código Penal. Existem, porém, claras diferenças:

A) Na Lei 8.666/1993, existia um único tipo penal para a fase da fase da licitação e para a etapa do contrato administrativo. Agora, há tipos penais diversos (*caput* e §2.º, e 1.ª parte, de um lado, e § 1.º e § 2.º, parte final);

B) A pena privativa de liberdade foi elevada em seus limites mínimo e máximo, tanto para quem admite à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo (*caput*) como para quem celebra contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo (§ 1.º), e também parra as figuras equiparadas contidas no § 2.º do art. 337-M do Código Penal.

Nova Lei de Licitações	Lei 8.666/1993
<p>Art. 337-M Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo:</p> <p>Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa;</p> <p>§ 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:</p> <p>Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa.</p> <p>§ 2º Incide na mesma pena do caput deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.</p>	<p>Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:</p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.</p>

Segundo a visão de Cleber Masson, como demonstrado, houve um aumento considerável no rigor em que as empresas podem ser punidas ao licitar com o Estado, e serem declaradas inidôneas. Fato que pode ocorrer sem o intuito de ferir a administração pública, mas por mera incapacidade de realização do contrato administrativo, qual se havia uma expectativa sobre. Portanto, observa-se que esta discricionariedade recebida pelo Estado, tornou o processo arduamente punitivo, excessivo, levando a uma série de prejuízos para as empresas, assim como para o próprio Estado (vide Capítulo III).

Considera-se hoje, na nova legislação, que a empresa licitante que não cumpre os requisitos do Estado fez mais do que errou, cometeu um crime e seu responsável deveria estar em reclusão entre 3 a 6 anos, além de ser multada. Traduzindo-se em uma política muito mais agressiva, que chega a espantar as empresas, o que na regra antiga poderia fazer mais sentido, visto que a empresa para ser declarada inidônea, precisava cometer mais etapas de falhas dolosas, o que não é mais o caso, devido ao conceito de Matriz de Riscos e Alocação de Riscos, que será mais bem observado no Capítulo IV, que determina que a não aceitação do contrato para execução dos serviços acarreta em punições, das quais pela vontade do órgão ou outro ente estatal que realizou a licitação, pode incorrer à sua livre vontade.

O empreendimento com o Estado tornou-se excessivamente perigoso, principalmente para empresas com especificidades técnicas que sejam muito abrangentes como as de cibersegurança, e em especial para empresas de menor porte deste ramo, que não contam com os mesmos recursos para realizar esses contratos.

Cleber Masson, continua sua observação deste mencionado dispositivo legal, art. 337-M, da nova lei de licitações, quando afirma:

Depois de apurada a responsabilidade do licitante ou contratado, a ele serão aplicáveis as sanções previstas no art. 156 da Lei 14.133/2021 - Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, destacando-se, em seu inc. IV, a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. Como a lei não faz restrições, a penalidade alcança todas as esferas da Administração Pública (federal, estaduais, distrital e municipais) (Masson, 2021, p. 83).

Convertendo esta punição no âmbito nacional, mesmo que vença outros pregões eletrônicos, esta empresa está proibida de ser contratada pela administração pública, gerando uma responsabilização geral em caso de ser aceita. Tornando este processo extremamente arriscado.

Ter especificidades técnicas muito peculiares, tornou-se um risco excessivo perante a Lei 14.133/21, não se sabe que tipo de contrato virá e se ele poderá ou não ser cumprido em sua integridade. Resta a empresa caso o contrato não seja viável, incorrer nas sanções por desistência, que incluem a mencionada declaração de inidoneidade para licitar ou contratar,

assim como o mencionado rol de outras sanções descritas no mencionado art. 156.

Restando apenas para a empresa licitante, tentar a reabilitação perante a autoridade, enviando recursos, entrando em contato e tomando as atitudes cabíveis. Conforme art. 163. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente:

I - reparação integral do dano causado à Administração Pública;

II - pagamento da multa;

III - transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade;

IV - cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo;

V - análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo.

Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do caput do art. 155 desta Lei, exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

Em outras palavras, a empresa licitante está nas mãos da administração pública, independente de ter dado causa à inexecução parcial ou total do contrato. O que poderia ter sido suficientemente evitado, com a alteração do art. 6º, inciso XXVII, permitindo às inovações tecnológicas, habilitando essas empresas licitantes em cibersegurança a cumprir suas metas contratuais, de forma atual, moderna, e atualizada com as melhores soluções em tecnologia, que se renovam mês a mês.

O caminho para recuperação da empresa licitante em cibersegurança, acometida de sanção administrativa, para recuperação é árduo. Dependerá agora da compreensão da administração pública, que poderá ou não compreender que a empresa deve ser punida, estando totalmente à mercê de sua descricionarietà. Ou seja, todo o entusiasmo e expectativa pelo lucro, tornou-se uma jornada burocrática de difícil solução, e uma grande vulnerabilidade para punições. A expectativa se tornou em fracasso, e a benção se transformou em *maldição*. Este é o problema que as empresas de cibersegurança enfrentarem durante abril e maio de 2023.

Observamos algumas das formas quais a empresa licitante pode ser punida injustamente, e ser considerada empresa inidônea, independente de dolo e caindo em uma margem da lei. A dificuldade de reabilitação perante a autoridade que aplicou a penalidade é um dos aspectos que torna o processo mais rígido e complicado para a empresa licitante na lei 14.133/21.

Isso porque, para que a empresa possa voltar a licitar ou contratar com a administração pública, após ter sido sancionada com impedimento ou declaração de inidoneidade, ela deve cumprir uma série de requisitos cumulativos, que envolvem: *A reparação integral do dano causado à administração pública*, o que pode exigir o ressarcimento de valores, a indenização por perdas e danos, a recomposição do objeto contratual ou a adoção de medidas corretivas.

Além do pagamento da multa aplicada, que pode variar de 0,1% a 10% do valor do contrato, conforme o grau da infração e a gravidade das consequências. O cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo, que podem incluir a demonstração de capacidade técnica, financeira e jurídica, a regularidade fiscal e trabalhista, a adequação às normas ambientais e de acessibilidade, entre outras exigências que possam ser consideradas pertinentes ao objeto da contratação. Tendo em vista o conceito de Maior Desconto qual as licitações na Nova Lei de Licitações são realizadas, arcar com esses custos extras inviabiliza e muito a empresa de pequeno a médio porte participar e arcar com os riscos de licitar com o Estado.

Além do mencionado art. 337-M, comentado por Cleber Masson, existem outros artigos com punições mais elevadas se comparadas com a Lei 8.666/93, que embora não sejam o foco da empresa idônea e valorosa, que apenas quer realizar os seus serviços junto à administração pública, são dignos de nota.

Nova Lei de Licitações	Lei 8.666/1993
<p>Art. 337-N. Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito:</p> <p>Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p> <p>Omissão grave de dado ou de informação por projetista</p>	<p>Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.</p>

O Artigo 337-N: Este artigo tipifica como crime a conduta de fraudar ou frustrar o caráter competitivo de licitação ou de contrato dela decorrente, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. A pena prevista é de reclusão de 4 a 8 anos, e multa. Este crime é semelhante ao previsto no artigo 90 da lei 8.666/93, mas com uma pena mais severa, que reflete a gravidade da conduta que prejudica a livre concorrência e a eficiência da contratação pública. A empresa licitante que incorrer neste crime estará sujeita, além da sanção penal, às sanções

administrativas previstas no artigo 156 da lei 14.133/21, que incluem a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública.

Obstar é causar empecilho ou criar obstáculo; impedir equivale a inviabilizar, impossibilitar. Obstar e impedir, em verdade, são sinônimos, e bastaria o uso, pelo legislador, de somente um dos verbos. Dificultar, por sua vez, é embaraçar, complicar ou tornar algo mais difícil do que o normal (Masson, 2021, p. 95).

Desta forma, compreendendo a administração pública, que houve uma dificuldade além do normal, a empresa licitante corre o risco de ser acusada com um aumento de pena maior do que previsto na legislação antiga, o que por si só demonstra a gravidade aumentada da pena.

Nova Lei de Licitações	Lei 8.666/1993
<p>Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse:</p> <p style="padding-left: 40px;">Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.</p> <p style="padding-left: 40px;">§ 1º Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens,</p>	<p>A omissão grave de dado ou de informação por projetista representa uma das inovações proporcionadas pela Lei 14.133/2021 - Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos no âmbito penal. A Lei 8.666/1993 não continha crime semelhante (Masson, 2021, p.100).</p> <p>Identificando este artigo como uma reação do Estado para combater casos de ilicitudes que reverberaram nas licitações de Engenharia, durante a vigência que será encerrada ao final de 2023, da Lei 8.666/93.</p>

<p>topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.</p> <p>§ 2º Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo.</p>	
---	--

Artigo 337-O: Este artigo tipifica como crime, além do previsto no § 2º, a conduta de afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude, grave ameaça ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo. A pena prevista é de reclusão de 2 a 4 anos, e multa. Este crime leva em consideração as características do anteprojeto, e a frustração da administração pública com base nessa inobservância, embora vale ressaltar que segundo Cleber Masson delinea de forma detalhada, como se observa na citação a seguir:

É cabível a tentativa nas condutas de modificar e entregar à Administração Pública o levantamento cadastral ou a condição de contorno em relevante dissonância com a realidade. A natureza plurissubsistente do delito, em tais casos, autoriza o fracionamento do iter criminis. Exemplo: o projetista protocola o levantamento cadastral manipulado na recepção da repartição pública, para ser entregue ao setor em que tramita o procedimento de manifestação de interesse. O documento, contudo, vem a ser extraviado, circunstância impeditiva da frustração do caráter competitivo da licitação.

Na conduta de omitir, por sua vez, não se admite o conatus. Trata-se nessa hipótese de crime omissivo próprio ou puro, e unissubsistente, razão pela qual não há falar na divisão do iter criminis. Há duas opções: (a) o projetista dolosamente se omite, e o crime está consumado; ou (b) ele não se omite, e o fato é atípico (Masson, 2021, p. 106).

Portanto, compreende este autor, que diante do exemplo mencionado, apesar da tentativa de cometer o crime, a ação é interrompida

pelo extravio do documento. Por outro lado, o trecho também destaca que em condutas de omissão dolosa, não se admite o *conatus*, ou seja, a tentativa de crime. Isso é explicado pela natureza unissubsistente do crime omissivo próprio, em que a não realização de uma ação já configura o delito.

Se um projetista tem a obrigação de fornecer informações verdadeiras e dolosamente se omite, esse ato configura o crime no momento em que a omissão é realizada, não havendo espaço para a tentativa, pois a ação criminosa já está consumada. Então, podemos identificar que a percepção do dolo se torna vital no entendimento da consumação do crime, embora dada a gravidade a qual se relaciona e a pena aumentada, esta observância torne um pouco mais leve a situação da empresa licitante que têm valores, e não realiza ações torpes com o intuito de ferir a administração pública, embora esse dolo possa ser aferido de acordo com a situação, gerando cenários únicos.

Nova Lei de Licitações

Art. 337-P. A pena de multa cominada aos crimes previstos neste Capítulo seguirá a metodologia de cálculo prevista neste Código e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.”

Artigo 337-P: Se refere a aumento do valor mínimo da multa cominada, levando-se em consideração que houve na perspectiva da Administração Pública um interesse maior de aplicar o *jus puniendi*. Que pode ser considerado justo por parte da população quando se trata de empresa que dolosamente realiza atos contra a administração pública. Mas certamente, não para a empresa que caiu na “Maldição da Empresa Licitante em Cibersegurança na Nova Lei de Licitações 14.133/21”. Que é o comentado caso da empresa que não agiu com dolo, e sim no maior

interesse em cumprir às suas funções de proteger o Estado, mas caiu no limbo das falhas do artigo 6º, inciso XXVII, alínea c) a proibição de inovações tecnológicas.

4. Alteração da Medida Provisória nº 1.167/2023, por dificuldade de adequação do Estado à Nova Lei de Licitações 14.133/21

Primariamente, vale ressaltar que conforme esclarecido anteriormente, conforme explica o Estado pelo site do Congresso Nacional, esta alteração na MP 1.167/2023 foi solicitada pela Confederação Nacional dos Municípios e da Frente Nacional de Prefeitos, o que por si só demonstra a dificuldade apresentada em se adequar a esta nova forma de licitar, com todas as suas regras. Embora as dificuldades que principalmente, órgãos e municípios menores tenham enfrentado durante abril e maio, motivando a mencionada MP, sejam muitas. Nosso foco será as dificuldades das empresas licitantes em cibersegurança, que sem o devido conhecimento de onde estavam entrando, visto que pouquíssimos profissionais estavam prontos para lidar com tantas mudanças repentinas, certamente houve um impacto ainda maior para essas empresas, que devida à sua complexidade no serviço, não tiveram eficazmente reconhecidas as suas particularidades.

A MP 1.167/2023, altera a Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei 8.666/1993, conforme art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, desde que: I - a publicação do edital ou do ato autorizativo da contratação direta ocorra até 29 de dezembro de 2023; e II - a opção escolhida seja expressamente indicada no edital ou no ato autorizativo da contratação direta.

Portanto, várias mudanças vêm ocorrendo no Estado para manter a Lei 8.666/1993 em vigor o máximo de tempo possível. Nessa direção houve o parecer da AGU 00006/2022/CNLCA/CGU/AGU, que permite alterações pontuais relativas à forma e conteúdo do Termo Aditivo, até o prazo de

revogação das licitações da antiga Lei de licitações. Assim como, a Decisão do TCU Plenário 507/2023, compreendendo que: “9.2.3. A expressão legal “opção por licitar ou contratar” contempla a manifestação pela autoridade competente que opte expressamente pela aplicação do regime licitatório anterior (Lei nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 14.133/2021), ainda fase interna, em processo administrativo instaurado”.

O presidente Luiz Inácio Lula da Silva tomou a iniciativa de emitir a MP 1.167/2023 para atender às preocupações de várias organizações representativas dos gestores municipais. Essas entidades argumentaram que a adaptação à nova lei de licitações (Lei 14.133/21) estava sendo complicada, especialmente para os municípios menores.

A MP 1.167/2023 fez modificações nos artigos 191 e 193 da Lei 14.133/21, os quais revogavam as leis anteriores sobre compras públicas (Lei 8.666/93, Lei 10.520/02 e Lei 12.462/11) a partir de 1º de abril de 2023, data de entrada em vigor da nova lei. Com essa MP, a administração pública ganhou a opção de licitar ou contratar diretamente sob a nova lei ou sob as leis anteriores, desde que o edital ou ato autorizativo da contratação direta fosse publicado até 29 de dezembro de 2023. Essa escolha precisava ser explicitada no edital ou no ato de contratação direta. A MP também estabeleceu o fim da vigência das leis antigas em 30 de dezembro de 2023.

A intenção da MP 1.167/2023 foi proporcionar medidas excepcionais e urgentes para assegurar a continuidade das contratações públicas e a segurança jurídica dos gestores e contratados. Isso se deu por conta da complexidade das mudanças introduzidas pela nova lei, que demandavam ajustes nos sistemas e procedimentos de licitação. Além disso, a MP visava evitar possíveis conflitos e incertezas decorrentes da combinação das leis antigas com a nova legislação.

A MP foi publicada no Diário Oficial da União em 31 de março de 2023, mas precisava ser aprovada pelo Congresso Nacional para tornar-se lei. No entanto, expirou em 28 de julho de 2023, por não ter sido votada no prazo de 60 dias, prorrogáveis por igual período, conforme previsto na Constituição Federal. Assim, a Lei 14.133/21 retomou sua redação original,

revogando as leis anteriores a partir de 1º de abril de 2023. O assunto aguarda a publicação de um decreto legislativo para regular as questões jurídicas provenientes da MP.

5. Matriz de Riscos e Alocação de Riscos

Primeiramente, vale ressaltar que a Matriz de Riscos, assim como a Alocação de Riscos, detém o propósito de diminuir a responsabilidade do Estado, e aumentar a cobrança sobre as empresas licitantes, o que é realizado de formas diversas, mas será realizado o foco no mencionado art. 6º, inciso XXVII, alínea “c”, da Lei 14.133/2021. Para compreender um pouco melhor essa questão, faremos a observação do caput:

XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações: a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia.

A Matriz de riscos é uma novidade da Lei 14.133/2021 para o ramo de licitações. Compreende-se que é parte natural de todo e qualquer negócio que sejam estabelecidas regras para o seu funcionamento, e a Matriz de Risco, conforme a leitura do caput do inciso XXVII, observa-se justamente isso. A preocupação com o equilíbrio econômico-financeiro, buscando diminuir os custos da administração pública. Porém, não é possível prever todos os acontecimentos, principalmente quando se trata de ameaças externas.

Este é o princípio que não foi observado na Lei 14.133/2021, a preocupação em controlar o setor de licitações é louvável no sentido de diminuir a corrupção, mas quando os contratos entre as empresas licitantes

buscam se tornar demasiadamente previsíveis, ao invés do Estado funcionar adequadamente, pode ocorrer dificuldades, como se observou referentemente a MP 1.167/2023. A título de exemplificação, se o Estado estivesse na posição de um pai, que precisasse diminuir as despesas da casa e tornar a casa mais previsível, com menos incidentes, não seria louvável a sua atitude de realizar esforços para que isto se tornasse possível? Caso esta Lei tenha sido realizada com esse espírito, poderia ser entendido que sim. Porém, e se na tentativa de realizar este feito, se tornasse demasiadamente punitivo e controlador, sua atitude não deveria ser rechaçada? Esta é a questão.

Veremos que, a alínea “a” faz menção à necessidade de se prever os eventos que podem afetar o equilíbrio-financeiro desta relação com a empresa licitante, o que por si é dever do Estado. A situação começa a ficar delicada em relação à cibersegurança da alínea “b” em diante: “estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas”.

Entendendo que, no caso de obrigações de resultado, haveria plena capacidade de haver sido definido, anos antes de um incidente de cibersegurança ocorrer, que este poderia ter sido plenamente previsto! Fato que não coaduna com a realidade tecnológica do mundo, em que as inovações tecnológicas acontecem repentinamente, a tecnologia não aumenta a cada ano, e sim se multiplica. Um contrato com a administração pública realizada há 3 (três) anos, não é a mesma realidade de ataques do momento atual. E enquanto na sociedade geral, apenas a ponta das tecnologias chega em formato de produtos e serviços como novidade, a área técnica e principalmente de cibersegurança detém um acesso a essa novidade, muitas vezes em forma de ataques em tempo real, sendo território sensível à inovação tecnológica.

Perceber-se-á esta presente intenção do Estado, de prever demasiadamente o que possa ocorrer, e de colocar a responsabilidade na empresa licitante pelo que lhe falte o controle, conforme Art. 22. § 4º:

Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

Uma vez que, além do caráter controlador do Estado, observa-se o *jus puniendi* com todo vigor, perante a empresa licitante, quando de alguma forma não conseguiu controlar as circunstâncias e chegou ao fato superveniente. Então, a matriz de riscos, como o próprio nome matriz sugere, é a própria base do contrato com a administração pública em matéria de licitações, perante a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos 14.133/2021, que conforme observado, se compreende o espírito pelo qual estes contratos são formados, com todas as suas consequências perante todo o país.

A Alocação de Riscos se trata da expansão desse conceito, que pode acontecer de forma quase que ilimitada, de acordo com o julgamento do Estado e de órgãos públicos, referente ao contrato em questão. O que se configura como um grande problema, uma vez que a empresa que venceu a licitação, caso não aceite a assinatura do contrato, deverá arcar com as sanções administrativas descritas anteriormente, chegando à própria declaração de inidoneidade. Então existe um real risco em negar este arbítrio concedido pela Lei 14.133/2021, na criação de contratos administrativos, e certamente não ocorre sem consequências.

Conforme Art. 22:

O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.

O Estado pode arbitrar sobre essa questão livremente, com exceção do § 3º:

Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

Havendo uma tendência considerável a respeito da alocação de riscos nos contratos da Lei 14.133/2021, pois entende-se que a regra é alocar esses riscos, e somente não acontecerá quando não interessar a administração pública, desde que não seja a hipótese mencionada do § 3º.

No Capítulo III - Da Alocação de Riscos, o único art. 103, nos traz o conceito a ser identificado:

O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

Esta é a maior diferenciação, uma vez que a Matriz de Riscos se preocupa com o equilíbrio econômico-financeiro. A Alocação de Riscos tem a ver com a identificação por parte do Estado, sobre quais riscos deseja ou não assumir. Aqui podem ser incluídas cláusulas das mais diversas, e pela discricionariedade imbuída ao Estado para esses contratos administrativos, não se limita ao equilíbrio mencionado, e pode versar sobre temas diversos como a expectativa de desempenho, de tempo para execução do serviço, a forma pela qual o serviço deverá ocorrer, multas contratuais e situações diversas. Com base no princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a empresa licitante estará atada a suprir essas demandas, ou ser punida por desobediência. Segundo o art. 103:

§ 1º A alocação de riscos de que trata o caput deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

§ 2º Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.

§ 3º A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

§ 4º A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

§ 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei;

II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

§ 6º Na alocação de que trata o caput deste artigo, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira.

Diante do exposto, entende-se naturalmente que é um resguardo da administração pública em relação a potenciais custos supervenientes. O que na perspectiva da empresa licitante em cibersegurança, é um assunto delicadíssimo, porque significa custear a falta de previsão do órgão que realizará o contrato, se prevenindo de tudo aquilo que não pôde observar, e com todas as suas cobranças.

A empresa licitante pode opinar, mas quem findará o contrato será o Estado, com todas as suas consequências. Então, este é mais um aspecto da maldição da empresa licitante em cibersegurança, que precisa ser observado, e que por sua disposição técnica, torna-se incompreendido, portanto não é previsível, e é responsabilizado por sua própria peculiaridade.

A matriz de risco, por sua vez, detém uma importante função de gerenciar os riscos e as ameaças que podem existir entre as partes interessadas no contrato de licitação, resguardando os interesses do Estado, analisando as probabilidades e os impactos que podem acontecer durante o percurso do contrato, minimizando o máximo possível os danos que possam a vim a acontecer no contrato de licitação. Embora a alocação de riscos possa ter uma função parecida, por ser uma extensão da matriz de riscos, a ela se refere aquelas funções as quais o Estado deve cumprir, e a alocação

de riscos, salvo os casos previstos em lei, são poderes facultativos a administração pública.

Essa ferramenta deve ser utilizada em conjunto com outras ferramentas técnicas, para ajudar a direcionar o melhor caminho, minimizando o máximo de impactos que podem acontecer.

Trabalhando em conjunto com a alocação de risco, que é uma ferramenta também de gerenciamento. Porém, no modo financeiro, que balanceia as responsabilidades entre as partes interessadas em uma transação de contrato. Quando a alocação de risco é utilizada no contrato, podem ser usadas cláusulas no contrato, deixando especificados os responsáveis, ou deixando determinados parâmetros que desejarem para se respaldar perante o contrato.

A Alocação de Risco, somada à proibição de inovação tecnológica, pode fazer surgir punições por descumprimento do princípio de vinculação ao instrumento convocatório. A empresa licitante em cibersegurança está limitada às formas de agir, pré-requisitadas em contrato, mas os atacantes não estão. Isso significa dizer que novas modalidades de ataques, deverão ser defendidas pelo Estado com velhas práticas que já podem ter caído em desuso por sua ineficácia.

Assim como estas empresas licitantes normalmente utilizarão um sistema internacional de uma empresa estrangeira, visto que a administração pública costuma naturalmente realizar pregões eletrônicos para que operem sistemas que já têm uma qualificação e expertise reconhecidas. Então as empresas licitantes deste ramo fazem o contrato com o órgão público, mas esta trata-se de uma intermediadora, e este sistema maior tem suas próprias regras de conduta, que podem não coadunar com o contrato. E no caso de recusa desse sistema maior de segurança em seguir o procedimento de uma das cláusulas, a empresa intermediadora não pode inovar em soluções tecnológicas para cumprir a exigência do órgão, uma vez que pode incorrer em multas administrativas.

Ou seja, tanto pode acontecer de a empresa licitante estar em conflito em relação ao método em que se exige no contrato e para as normas do seu

fornecedor estrangeiro, como o mais comum, que seria o método que está solicitado em contrato, não se adequar com a realidade dos ataques que o órgão estará sofrendo.

A Lei 14.133/21 utiliza a distribuição de riscos para compartilhar os possíveis impactos nos contratos entre a administração pública e o contratado, garantindo que o equilíbrio financeiro inicial e a eficácia do contrato sejam preservados. Isso é feito por meio de uma matriz de alocação de riscos, uma cláusula contratual que estabelece as responsabilidades e consequências financeiras dos eventos que podem afetar o contrato.

Com essa nova modalidade vai ser mais difícil as empresas pequenas e de médio porte, conseguirem disputar com as grandes, por não ter condições financeiras para poder aceitar as condições de contrato estabelecido nos novos termos de licitações.

“A concorrência é a modalidade de licitação mais comum e é utilizada para contratações de grande vulto. O concurso é utilizado para contratações de serviços técnicos especializados. O leilão é utilizado para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração Pública. O pregão é utilizado para aquisição de bens e serviços comuns. O diálogo competitivo é utilizado para contratações de grande complexidade técnica ou tecnológica, <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/quais-as-modalidades-de-licitacao-na-nova-lei-14133-2021/1711786576>”.

Essa matriz deve abranger eventos capazes de alterar o equilíbrio financeiro do contrato, prevendo a possível necessidade de aditivos contratuais. Além disso, no caso de obrigações com resultados específicos, é permitida certa flexibilidade para inovações nos métodos ou tecnologias utilizadas, desde que não haja mudanças drásticas em relação ao acordado inicialmente. A lei leva em consideração a natureza do risco, quem se beneficia do contrato e a capacidade de cada setor (público ou privado) em gerenciar esses riscos. Os riscos seguráveis devem ser transferidos preferencialmente para o contratado. Essa abordagem visa manter um equilíbrio entre as partes envolvidas.

O tema é novo para as contratações mais comuns do Poder Público e, por isso, estará sujeito a um período de aprendizado necessário, tanto no

que diz respeito à elaboração da matriz de risco, quanto, principalmente, à sua execução e interpretação. Com o intuito de ajudar o Poder Público, a Lei nº 14.133/2021 estabelece que podem ser adotados métodos e padrões normalmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e entidades da Administração Pública podem definir os parâmetros e os detalhes dos procedimentos necessários para identificação dos riscos, sua alocação e quantificação financeira.

Em projetos de infraestrutura, os governos podem transferir certos riscos para o setor privado por meio de Parcerias Público-Privadas, observando a relação de possíveis eventos que podem ocorrer após a assinatura do contrato, e que podem ter impacto no equilíbrio econômico-financeiro, bem como a previsão de uma eventual necessidade de um termo aditivo ao contrato no momento de sua ocorrência.

No caso de obrigações de resultado, a definição das partes do objeto em que os contratados terão liberdade para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, modificando as soluções previamente delineadas no anteprojeto ou projeto básico, desde que anteriormente previstas no contrato, seguindo o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, conforme anteriormente elucidado.

A empresa pode estar restrita às soluções pré-definidas no anteprojeto ou projeto básico, sem poder utilizar as melhores práticas ou as tecnologias mais avançadas do mercado para garantir a segurança das informações da Administração Pública. Além disso, pode encontrar dificuldades em se adaptar a possíveis mudanças no cenário de ameaças cibernéticas, que exigem uma constante atualização e inovação dos métodos e ferramentas de proteção.

Uma estratégia fundamental para prevenir a fraude em licitações é reforçar as medidas de controle nos procedimentos de contratação pública por parte das instituições públicas. A legislação brasileira prevê diferentes níveis de supervisão dentro das instituições públicas, incluindo controle interno, legislação, tribunais de contas, ministérios e sociedade. Portanto, é

importante que esses níveis de controle funcionem de forma eficaz para um processo de licitação tranquilo.

Nesse sentido, os controles internos têm papel fundamental e servem como uma espécie de suporte preliminar para medidas de controle, por exemplo, determinando penalidades específicas para quem comete desvios de conduta.

Contudo, vale a pena notar que o sistema atual parece ser ineficaz, principalmente porque não é pró-ativo durante os testes. Portanto, é importante enfatizar a importância das medidas de fiscalização por parte das autoridades competentes e da introdução de processos de fiscalização mais frequentes.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos 14.133/2021, passará a vigorar em todos os tipos de contratos, desde que conste no Edital até dezembro de 2023, conforme MP 1.167/2023. Com isso, ocorrerá em contrato a matriz e alocação de riscos, passando a responsabilizar a empresa licitante, que poderá arcar com prejuízos, caso não cumpra os seus prazos.

Identificar o risco é o primeiro e um dos passos mais importantes na gestão de riscos, o que vale tanto para o Estado quanto para a empresa licitante. Consiste em reconhecer eventos potenciais ou condições incertas que, se ocorrerem, podem afetar o alcance dos objetivos do projeto. Essa identificação pode ser feita por meio de análise documental, entrevistas, workshops, análise SWOT e cenários, além de checklists de risco. A matriz deve promover a distribuição eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade de cada parte, junto com mecanismos para evitar a ocorrência de sinistros e mitigar seus efeitos, com especial atenção aos riscos cobertos por seguradoras, que serão preferencialmente transferidos à empresa licitante, fulcro art. 103, § 2º.

Uma alocação eficiente dos riscos reduz a incerteza jurídica e torna o contrato mais atrativo, permitindo que as empresas licitantes realizem a precificação antecipadamente, diluindo os riscos que terão que assumir e tomem medidas tão eficientes quanto possível, para reduzir sua

probabilidade de ocorrência. Porém, entender-se-á no presente contexto que a eficiência da alocação, tem a ver com o estudo adequado do serviço que realizará a empresa licitante, compreendendo as nuances, para que o contrato seja aplicável e adequado.

Nessa hipótese, ambas as partes serão beneficiadas, visto que não necessariamente a coação conduz ao resultado, mas o contrato realizado com suficiente estudo, certamente conduzirá a licitação a um melhor caminho. Embora que, as dificuldades apontadas no art. 6º, inciso XXVII, alíneas “b” e “c”, podem ser suprimidas na alocação de risco, que é mais maleável, pela boa vontade do órgão, mas a Matriz de Risco, no que tange à proibição de inovações técnicas, continua prejudicial, necessitando de revogação destas.

A Matriz de Risco distribui, e por vezes compartilha os riscos entre a Administração e o contratado, diminuindo os seus riscos, mas não aumentando as suas responsabilidades perante a empresa licitante em via de regra. Assim se privilegiando, perante conflitos e demandas judiciais decorrentes de eventos imprevistos ou extraordinários.

Por sua vez, a Matriz de Risco permite que o valor estimado da contratação leve em consideração uma taxa de risco compatível com o objeto da licitação e os riscos atribuídos ao contratado, estabelecendo os eventos que, se ocorrerem, não resultarão na revisão do contrato. A utilização da Alocação de Riscos por sua vez, não é obrigatória na maioria dos casos, cabendo à Administração avaliar a conveniência e a oportunidade de adotá-la de acordo com as características e a complexidade de cada contratação.

6. Proibição da Inovação Tecnológica na Matriz de Risco do inciso XXVII

Segundo a CNN (2023), houve aumento de 94% em relação ao primeiro semestre do ano passado, segundo a jornalista Ingrid Oliveira: O Brasil registrou no primeiro semestre de 2022, 31,5 bilhões de tentativas

de ataques cibernéticos a empresas. Superando em 94% o primeiro semestre do ano passado, quando foram registrados 16,2 bilhões de casos.

De acordo com a mencionada matéria, Alexandre Bonatti, diretor da Fortinet, afirma que o que explica tantos ataques no país é o a carência de investimentos em cibersegurança no país, que se destaca como o segundo país da América Latina mais atacado, atrás apenas do México. Embora o Brasil esteja recentemente tomando atitudes para solucionar essa questão, os investimentos em cibersegurança ainda estão em cerca de 10% do orçamento em tecnologia, o que em países mais desenvolvidos está em cerca de 25 a 30%. Por fim, vale ressaltar que existem decretos que tentam regular melhor a cibersegurança no Brasil, entre eles, cita-se o Decreto nº 9.637/2018, que muito tardiamente regulamentou o art. 24, caput, inciso IX, da antiga lei de licitações 8.666/93:

Art. 24. É dispensável a licitação: IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional; (Regulamento) (Vide Decreto nº 10.641, de 2021). Este Decreto 10.641, de 2021, faz alterações no mencionado Decreto 9.637/2018, no intuito de entre outras disposições, estabelecer requisitos mínimos de segurança, como descrito no alterado art. 12, inciso IX - estabelecer os requisitos mínimos de segurança para o uso dos produtos que incorporem recursos de segurança da informação, de modo a assegurar a disponibilidade, a integridade, a confidencialidade e a autenticidade da informação e garantir a interoperabilidade entre os sistemas de segurança da informação, ressalvadas as competências específicas de outros órgãos; e X - articular-se com centros nacionais de prevenção, tratamento e resposta a incidentes cibernéticos pertencentes a outros países.

É viável compreender que os ataques estão aumentando em grande proporção, assim como o diretor da Fortinet fala no mencionado artigo, sobre o aumento nos casos de roubo de dados, com golpes mais sofisticados como, o ransomware, que é muito utilizado com Inteligência Artificial, definido como um tipo de malware para sequestro de dados, caracterizado pelo pedido de resgate por parte dos criminosos. Os dados da vítima são criptografados e usados como refém. Para recuperar o acesso, a empresa tem que pagar a quantidade que os criminosos pedem, explica Bonatti.

Adotar estratégias proativas para identificar vulnerabilidades e antecipar possíveis cenários de ataques é fundamental. Isso demanda uma análise constante das tendências de ataque e a adaptação contínua das estratégias de segurança. Portanto, pode-se concluir que a Matriz de Risco, no que tange a inovação tecnológica, não privilegia as contratações da administração pública no que se refere à cibersegurança.

Houve inobservância quanto à materialidade do contrato, ao ser realizado o art. 6º, inciso XXVII, alínea “c”, proibindo inovações tecnológicas, e permitindo apenas que nas empresas de engenharia fossem observadas as características do regime de execução, nos casos das obras e serviços, o que deveria observar conjuntamente os casos das empresas licitantes de Cibersegurança, uma vez que, a constante evolução das ameaças cibernéticas implica na necessidade de uma abordagem flexível em licitações do gênero. As vulnerabilidades e ataques emergem regularmente, demandando adaptações e soluções mais recentes para enfrentar essas ameaças em constante mudança. Uma postura mais flexível permitiria ajustes às demandas atuais, com soluções eficientes, que não estão sendo oportunizadas hoje.

Além disso, a variação contínua das tecnologias de segurança reforça a importância da flexibilidade. A rigidez nas licitações pode restringir a exploração de soluções inovadoras e mais eficazes. Essa adaptabilidade ofereceria espaço para propostas adequadas às especificidades de cada órgão público, considerando seus requisitos únicos de segurança.

Mudanças regulatórias e de conformidade também são muito importantes, embora os mencionados decretos tenham realmente uma importância evidente para a história do desenvolvimento da Cibersegurança no país, como na mencionada matéria da CNN, falta robustez para o Brasil se tornar um país seguro no âmbito virtual, seus investimentos ainda são muito baixos, e a educação virtual ainda é pouco desenvolvida.

Uma abordagem flexível permitiria respostas mais ágeis a essas mudanças, a licitação ocupa um papel especial nisso, visto que são os braços do Estado na sociedade, e nesse caso especificamente, a licitação

em cibersegurança é o próprio protetor virtual do Estado, sendo necessário que haja cada vez mais esforços para alcançar esta mencionada robustez, que carece de investimento e principalmente, no nosso presente foco, licitações bem-sucedidas em cibersegurança.

Introduzir flexibilidade nas licitações de cibersegurança é um tema crucial no momento em que vivemos, principalmente após um aumento considerável de casos de ataques cibernéticos. A rigidez excessiva nas políticas de aquisição pode, de fato, limitar ainda mais a capacidade dos órgãos públicos de se protegerem contra os frequentes ataques. Ao estabelecer critérios claros e flexíveis, é possível promover a inovação e a segurança cibernética de maneira mais eficaz.

Primeiramente, é vital reconhecer que o cenário da cibersegurança é altamente dinâmico. As ameaças evoluem constantemente, exigindo respostas ágeis e soluções adaptáveis. A imposição de regras inflexíveis em processos de licitação pode resultar na aquisição de soluções desatualizadas ou inadequadas a novos desafios, comprometendo, assim, a segurança dos dados.

Ao introduzir flexibilidade nas licitações, os órgãos públicos podem considerar e adotar soluções inovadoras que respondam eficazmente às ameaças emergentes, o caminho da cooperação é essencial. Essa abordagem permite a avaliação de propostas mais alinhadas com os padrões de segurança atuais e a capacidade de adaptação a futuras exigências regulatórias.

Ademais, a flexibilidade não significa negligenciar a segurança, muito pelo contrário, é uma questão de compreender que existem “inimigos invisíveis” nesta relação, que precisam ser identificados e trazidos à justiça. E que, enquanto a administração pública se preocupa em restringir os movimentos das empresas licitantes em cibersegurança, estes “inimigos invisíveis” caminham livremente, aplicando ataques que geram prejuízos muito maiores para as contas públicas, do que o Estado receberia com uma mera multa contratual, que mina a confiança da empresa licitante no Estado,

diminui sua performance, e os únicos vencedores neste caso, são aqueles que atuam à margem da lei, os crackers.

7. Considerações finais

Apesar das muitas mudanças, principalmente no rol de punições penais, matriz de risco e alocação de risco, houve mudanças positivas, tendo em vista que a maldição da empresa licitante em cibersegurança não se destina a interromper o Estado de realizar as mudanças necessárias, mas em diminuir as ocorrências de crimes virtuais no Brasil, o que apenas pode ocorrer com contratações justas de empresas licitantes do ramo.

Não seria um problema o endurecimento das penas para empresas que não agem de boa-fé, se isso não reverberasse contra as empresas que realizam um serviço justo. Portanto, é possível concluir por todo o exposto, que há de fato uma falha do Estado no que tange ao art. 6º, inciso XXVII, alíneas “b” e “c”, que proíbe as inovações tecnológicas de empresas licitantes no mencionado ramo, assim como tenta prever demasiadamente o cumprimento das obrigações de meio e fim, sem a observância de fato superveniente na área de cibersegurança, tomando a empresa licitante como responsável e previamente condenado, sem a devida consideração que em um ramo de inovações tecnológicas frequentes, e pela quantidade enorme de ataques que o Brasil sofre em ambiente virtual, não coaduna com esta inflexibilidade por parte da administração pública.

Uma vez que, mesmo com todos os esforços de cumprir com a segurança do Estado, à sua própria contradição, no que tange a mencionada proibição de inovação, leva a empresa ao erro. Isto é o que deve ser evitado. Houve um endurecimento geral como se observou da Lei 8.666/1993, em comparação com a Nova Lei de Licitações, e existe um anseio social em busca desse endurecimento. Desde que ocorra contra quem de fato está faltando com a idoneidade, e não por um retrocesso do Estado, em considerar que no momento atual, a segurança virtual pode

simplesmente parar de inovar e simplesmente utilizar meios antigos e menos eficientes para fazer a proteção da administração pública.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos 14.133/2021 tornou de fato o processo licitatório mais danoso em comparação a antiga Lei 8.666/1993. E, ao decorrer da pesquisa, passamos a entender que a empresa licitante em cibersegurança está “amaldiçoada”. O conceito de idoneidade foi negligenciado, visto que a empresa está no risco de ser declarada inidônea por uma alínea que não as considerou completamente.

Abrindo espaço para a criação de cláusulas das mais diversas possíveis, no que tange à Alocação de Riscos, e uma limitação expressa de cumprir essas cláusulas. Mas alguns poderão argumentar que se a empresa não concordar com as cláusulas, basta não participar do certame. Porém, quando se trata de segurança virtual, a realidade de hoje não é a realidade de amanhã. As ameaças se inovam, se diferenciam e se tornam mais complexas.

O mesmo deveria haver com a segurança contra estas, e não proibir que isto ocorra. Então na prática, a empresa licitante pode achar que em 2023 aquele método que está disponível no contrato, funcionará nos próximos anos, e no ano seguinte uma nova forma de ataque, que os critérios de defesa acordados não se aplicam mais pode ocorrer, e a empresa caso queira defender, descumprirá o contrato. Se não defender, também o descumprirá.

Portanto, pelo arguido, e pela dinâmica realizada pela Matriz de Risco e principalmente Alocação de risco, e com fulcro nos arts. 155, inciso I, e 156 da Nova Lei de Licitações 14.133/2021, concluímos que a empresa licitante em cibersegurança está “amaldiçoada”, e por isso as alíneas “b” e “c”, do art. 6º, inciso XXVIII, devem ser revogadas, como única forma de igualar em oportunidades e dificuldades este ramo da licitação, com os outros ramos que empreendem junto do Estado no país. Trazendo justiça, e minimizando o cenário geral de violência que o Brasil se encontra, visto que a violência virtual vem tomando força inesperada, devido à falta de investimento da administração pública em soluções de cibersegurança, e a

precarização das licitações neste ramo, devido às mencionadas alíneas do inciso XXVII.



8. Referências

CNN. **Levantamento mostra que ataques cibernéticos no Brasil, cresceram.** 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/levantamento-mostra-que-ataques-ciberneticos-no-brasil-cresceram-94/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

DIAS, S. F. (2021). **Critérios para seleção de licitantes de obras públicas evitando contratações a preços inexequíveis** (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC.

MASSON, Cleber. **Crimes em licitações e contratos administrativos.** Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional (GEN), 2021.

OCDE. **Resolução sobre o Alargamento e o Reforço do Envolvimento.** 2007. Disponível em: <https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

OCDE. **Resolução do Conselho da OCDE sobre o alargamento e o reforço do envolvimento.** 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

SIGNOR, Regis *et al.* **A nova lei de licitações como promotora da maldição do vencedor.** 2022. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rap/article/view/85333>. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º de abril de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 12/09/2023.