

ACORDOS DE CONFIDENCIALIDADE (NDA) EM STARTUPS

NON-DISCLOSURE AGREEMENTS (NDA) IN STARTUPS

Lucas Pacheco Vieira¹

Pablo Augusto Lima Mourão²

Alexandre Carter Manica³

RESUMO: O presente artigo contempla análise jurídica sobre os acordos de confidencialidade firmados no âmbito das *startups*, mediante o exame dos seus aspectos normativos e pragmáticos. O estudo abrange, de um lado, o quadro das regras positivas vigentes com relevância para a matéria e a jurisprudência dos tribunais pátrios a respeito das principais questões envolvendo contratos de confidencialidade. De outro lado, versam-se, simultaneamente, sobre as repercussões práticas, as consequências, para o mercado e os agentes envolvidos nestas relações, tais como empreendedores, investidores, funcionários e parceiros comerciais.

PALAVRAS-CHAVE: *Startups*; Acordos; Confidencialidade.

ABSTRACT: The present article contemplates a legal analysis on the non-disclosure agreements signed in the scope of the startups, by examining its normative and pragmatic aspects. The study covers, on the one hand, the framework of current positive rules relevant to the matter and the jurisprudence of the country courts on the main issues involving non-disclosure agreements. On the other hand, it's dealt about the practical repercussions, the consequences, for the market and the agents involved in these relations, such as entrepreneurs, investors, employees and trading partners.

KEY-WORDS: *Startups*; Agreements; Non-Disclosure.

1. INTRODUÇÃO

As novas dinâmicas econômicas geradas pela tecnologia da informação e pela eletrônica em todos os setores da sociedade apresentam implicações de grande importância para o desenvolvimento de produtos e serviços pelas empresas.

¹ Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios pela UNISINOS. Especialista em Direito Tributário pela PUCRS/IET. Professor de Direito Administrativo e Direito Tributário da Antônio Meneghetti Faculdade (AMF). Advogado.

² Especialista em Direito Societário pelo Instituto Nacional de Estudos Jurídicos e Empresariais (INEJE). Pós-Graduando no MBA em Agronegócios da USP/ESALQ.

³ Advogado.

Nesse contexto de profundas mudanças, estão inseridas as *startups*, cuja principal característica é a busca por inovação, tendo como objetivo o desenvolvimento de um modelo de negócio escalável e que seja repetível. Em geral, estão inseridas em um ambiente de risco elevado. Dadas as suas peculiaridades, especialmente pela sua natureza inovadora, as *startups* exigem uma análise detida dos instrumentos jurídicos necessários à concretização desses novos negócios, com a construção de alternativas que se amoldem à realidade brasileira. Por serem negócios voltados à inovação, a proteção das ideias/projetos e das informações estratégicas são essenciais.

Desde que devidamente utilizados, os acordos de confidencialidade (NDA) são instrumentos eficientes para regular aspectos importantes dessas novas relações, propiciando um compartilhamento de conhecimentos e riscos seguro e sigiloso. Cuida-se de contratos, ou cláusulas, utilizados entre as várias partes que compõem a economia das *startups*, abrangendo sócios, acionistas, investidores, parceiros comerciais e funcionários.

No presente artigo, promover-se-á uma análise jurídica dos contratos de confidencialidade que combina as perspectivas normativa e pragmática, ou seja, examina os preceitos relevantes do Direito Positivo, à luz da doutrina e da jurisprudência, bem como, de outro lado, estabelece as conexões práticas e consequências das regras vigentes sobre as escolhas e o ambiente de mercado

2. AS *STARTUPS*

O fenômeno das *startups* vem revolucionando as organizações e a forma de fazer negócios na economia contemporânea, em especial na área de tecnologia. Possuem como características principais a formatação enxuta e simplificada, a inovação disruptiva, a escalabilidade, o crescimento acelerado e a atuação em condições de incerteza ou alto risco.

Ao contrário do que aponta o senso comum, as *startups* não são pequenas empresas de tecnologia com grande potencial de crescimento em curto prazo. Uma *startup* “é uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza”⁴, conforme a definição de Eric Ries. Desta forma, a *startup* pode ser tanto uma pequena empresa, criada em uma garagem por estudantes de

⁴ RIES, Eric. **A startup enxuta:** como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas. São Paulo: Lua de Papel, 2012. p.7.

tecnologia da informação, quanto uma iniciativa de alguns funcionários ou de um setor dentro de uma companhia média ou grande.

Diferentemente dos empreendimentos tradicionais, que iniciam a partir de um modelo de negócios já estabelecido (validado), tais como restaurantes e padarias, as *startups* buscam um modelo. A evolução não ocorre por meio da observância disciplinada de um plano específico. Os empreendimentos desta natureza que conseguem sucesso, na visão de Steve Blank, Professor Associado de Universidade de Stanford e fundador de várias *startups*, são “aqueles que passam rapidamente de um erro a outro, num processo incessante de adaptação, iteração e aprimoramento da ideia inicial à medida que vão recebendo subsídios de clientes”.⁵

Isso não significa que as *startups* prescindam da administração. Pelo contrário. Tal como nos outros negócios, a gestão constitui um dos fatores que implicará no fracasso se não for levado a sério. A diferença é que tais iniciativas requerem “um novo tipo de gestão, especificamente constituída para seu contexto de extrema incerteza”.⁶

A formulação do negócio passa pela elaboração e disponibilização ao público de um produto mínimo viável⁷ – uma versão simplificada e com baixo orçamento de um produto –, seguida de uma identificação célere do *feedback* dos possíveis clientes, mediante a colheita de comentários e sugestões⁸, e, então, do desenvolvimento do produto/serviço a partir de constantes e ágeis incrementos baseados na interação com o público, de modo a viabilizar crescimento acelerado e escalabilidade ao negócio.

Steve Blank⁹ oferece um exemplo preciso sobre o funcionamento deste processo com uma *startup* fundada por dois estudantes da Universidade Stanford:

A ideia da dupla era criar um cortador de grama robotizado para espaços comerciais. Depois de conversar com mais de cem potenciais clientes ao longo de dez semanas, os dois descobriram que a clientela inicialmente visada – campos de golfe – não tinha interesse na solução. Foi então que, em conversas com agricultores, a dupla descobriu uma enorme demanda por uma solução automatizada para matar ervas daninhas sem herbicidas.

Satisfazer essa necessidade virou o novo foco do produto. Em dez semanas, a Blue River tinha criado e testado um protótipo. Nove meses depois, a startup

⁵ BLANK, Steve. “Por que o movimento lean startup muda tudo.” In: **Harvard Business Review**, Julho/2013. Disponível em: <<http://hbrbr.com.br/por-que-o-movimento-lean-startup-muda-tudo/>> Acesso em: 12/10/2016.

⁶ RIES, Eric. *Op. Cit.* p. 7.

⁷ O MVP (*minimum viable product*) serve para validar a hipótese de negócio do (s) empreendedor(es). Para tanto, elabora-se o produto com o menor esforço e a maior velocidade possível. Em certos casos, pode exigir pesados investimentos, a depender das características da mercadoria.

⁸ Na questão do *feedback*, a *startup* observa acima de tudo o comportamento dos consumidores, sendo os comentários e sugestões apenas um exemplo disso. No caso de sites, a empresa verificará todo o histórico de navegação do cliente, identificando as páginas mais acessadas, regiões onde mais foi movimentado o *mouse*, enfim, conhecendo o padrão de comportamento perante o produto.

⁹ BLANK, Steve. *Op. Cit.*

já levantara mais de US\$ 3 milhões em capital de risco. Em nove meses mais, a equipe esperava ter um produto pronto para ser comercializado.

O ciclo de vida das *startups* foi objeto de pesquisa promovida pela empresa *Compass* – fundada por Max Marmer – com milhares delas ao redor do mundo, formando ampla base de dados para o alcance de inferências empíricas sobre a questão. Concluiu-se pela existência de quatro etapas fundamentais, nomeadas Ciclo Marmer, que corroboram as ideias mencionadas acima: (1) descoberta, (2) validação, (3) eficiência e (4) escala.¹⁰

Em razão da ligação íntima das *startups* com a inovação, em especial no campo tecnológico, a contribuição à sociedade e à região onde foram criadas costuma ser maior que a das empresas convencionais, uma vez que proporciona o surgimento de um ecossistema de negócios específico. Reúnem-se empreendedores, investidores e trabalhadores em um ambiente que atrai recursos econômicos, abre oportunidades de emprego, altera hábitos sociais e produz riquezas para a comunidade.

Esta cultura pode ser observada no Vale do Silício, coração da inovação nos Estados Unidos e berço de corporações como Apple, Google e Microsoft, que inicialmente eram *startups*. Um ecossistema semelhante foi erigido em Israel, no chamado Silicon Wadi.

No Brasil, verificam-se diversos sinais de que as *startups* e seu ambiente de negócios estão se desenvolvendo rapidamente nos últimos dez anos: (1) Criação de aceleradoras brasileiras, tais como Startup Farm (2011), Aceleratech (2012), Acelera-MGTI e WOW (2013), Abril Plug & Play (2014) e Oxigênio (2015); (2) Criação de novos fundos de investimento, *e. g.* Confrapar (2006), A7Capital (2007), Trindade Investimentos (2010), entre outros; (3) Ingresso de fundos de investimento estrangeiros, tais como Accel (2011), Redpoint e ventures (2012), Qualcomm Ventures (2012), Kaszek (2012); (4) Surgimento de grupos de investidores anjo, merecendo destaque o Anjos do Brasil (2011) e o Curitiba Angels (2014); (5) Instituição do Programa “Start-Up Brasil” pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação em 2012; (6) Criação de Parques Tecnológicos, Agências de Inovação e Incubadoras Tecnológicas em Universidades, tais

¹⁰ SANTOS, Monna Cleide F. R. **O ecossistema de startups de software da cidade de São Paulo.** 2016. 90 fls. Dissertação (Mestrado em Ciência da Computação) – Instituto de Matemática e Estatística, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2016. pp. 13-14. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/45/45134/tde-23022016-204626/en.php>>. Acesso em: 12/10/2016.

como o Agência USP de Inovação, a Agência INOVA Unicamp, os Institutos Tecnológicos da UNISINOS, AGITTEC/UFSM, AGT/PUCRS, etc.¹¹

Para que haja um crescimento sustentado desse ecossistema no Brasil, mostra-se imperioso que a ordem jurídica pátria se adapte às exigências e ao contexto econômico trazido pelas *startups*, visando a garantir segurança e previsibilidade aos empreendedores, investidores e trabalhadores.

Os profissionais do Direito que atuam no setor privado são protagonistas deste processo, notadamente os advogados, pois devem reduzir as assimetrias informacionais decorrentes de um sistema normativo complexo e minorar os custos de transação impostos por uma burocracia pública anacrônica. No campo das relações privadas - entre empreendedores e funcionários, investidores e empreendedores, empreendedores com parceiros comerciais, etc - o aconselhamento e a participação da formulação e desenvolvimento dos negócios, sob a perspectiva jurídica, constituem papéis fundamentais dos operadores do Direito.

Nesta seara, sobressaem contratos que visam à proteção das ideias/projetos e de informações estratégicas das *startups*, batizados como acordos de confidencialidade, os quais passarão a ser analisados a seguir.

3. OS ACORDOS DE CONFIDENCIALIDADE (NDA)

No mercado das *startups*, a busca por parceiros, sócios e/ou investidores é algo necessário e permanente, sendo absolutamente normal a troca de informações confidenciais. Em regra, devido ao princípio da boa-fé objetiva, não haveria a necessidade de previsão contratual para assegurar o sigilo das informações confidenciais obtidas no âmbito de uma negociação. Todavia, no âmbito das *startups*, onde os ativos são em grande parte intangíveis (ideias e projetos), condutas oportunistas são práticas frequentes.

Destinados a evitar/minimizar problemas dessa natureza - os quais podem gerar sérios prejuízos econômicos (muitas vezes de difícil mensuração) -, os acordos de confidencialidade (“Non-Disclosure Agreement” - NDA) são instrumentos eficientes para assegurar um compartilhamento de conhecimentos e riscos seguro e sigiloso. Cuida-

¹¹ As informações foram extraídas da Dissertação de Mestrado de Monna Cleide Fonseca Rodrigues dos Santos, intitulada “O ecossistema de startups de software da cidade de São Paulo”. SANTOS, Monna Cleide F. R. **O ecossistema de startups de software da cidade de São Paulo.** 2016. 90 fls. Dissertação (Mestrado em Ciência da Computação) – Instituto de Matemática e Estatística, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2016. pp. 1-2. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/45/45134/tde-23022016-204626/en.php>>. Acesso em: 12/10/2016.

se de contratos, ou cláusulas, utilizados entre as várias partes que compõem a economia das *startups*, abrangendo sócios, acionistas, investidores, parceiros comerciais e funcionários.

O acordo de confidencialidade costuma ser o primeiro passo para a realização de negócios nas *startups*. Garante às partes que a aproximação para uma parceria comercial, fusão, aquisição ou outra operação comercial ou societária não implicará em prejuízo econômico em decorrência da revelação de informações sigilosas pela contraparte a terceiros.

Para que cumpra sua finalidade, de maneira eficiente, o contrato de confidencialidade deve especificar de forma clara e precisa as informações que se pretende revelar, bem como o contexto no qual serão reveladas. Essa clareza confere ao revelador uma melhor garantia de proteção.

Poderão ser consideradas informações confidenciais, por exemplo, toda e qualquer informação, de natureza técnica, operacional, comercial, jurídica, envolvendo produtos patenteados/patenteáveis ou não, “know-how”, invenções, processos, fórmulas e designs, planos de negócios, métodos de contabilidade, técnicas e experiências acumuladas, ou aquelas cujo conteúdo da informação torne óbvia a sua natureza confidencial.

É importante observar que o dever de sigilo não fica restrito apenas às partes diretamente envolvidas, mas a todos os funcionários, prepostos e/ou assessores legais e financeiros do receptor. Essa imposição, a qual deve estar expressa no contrato, confere maior segurança à parte reveladora.¹²

As exceções ao dever de confidencialidade devem constar de forma expressa no contrato. Em regra, não é considerada confidencial a informação que (i) já esteja em poder da parte receptora, como resultado de sua própria pesquisa, contanto que possa comprovar esse fato; ou aquela informação que já se encontra em domínio público; (ii) que tenha

¹² Nesse ponto, Sérgio Botrel assim leciona: “O objetivo desse acordo é a obrigação de não revelar as informações confidenciais a terceiros sem a autorização expressa da parte interessada. O ideal é que todas as pessoas que tenham acesso às informações sigilosas, inclusive os assessores das partes e seus auditores, assinem o documento, assumindo a obrigação pessoalmente.

Com o objetivo de conferir maior segurança à parte que revela informações sigilosas no curso da operação, é comum que se imponha ao receptor das informações o dever de fazer com que seus funcionários, prepostos ou assessores adiram ao acordo de confidencialidade. Sob o ponto de vista jurídico, tal assunção de responsabilidade se insere na categoria legal denominada promessa de fato de terceiro, regulada pelo Código Civil nos arts. 439-440.

O regime jurídico da promessa de fato terceiro impõe ao promitente (na hipótese sob análise o receptor das informações confidenciais) um verdadeiro dever de resultado. Pouco importa se o receptor das informações (a companhia, representada por quem de direito) tomou todas as providências necessárias para que as pessoas a ele vinculadas assinassem o acordo de confidencialidade. Verificado que os terceiros vinculados ao receptor não assumiram expressamente o dever de não revelar as informações, este responderá pelas perdas e danos decorrentes desse fato, independentemente de culpa.”

sido comprovada e legitimamente recebida pela parte receptora de terceiros e (iii) seja revelada em razão de requisição judicial ou outra determinação válida do Poder Púbico.

Quanto ao último item, a revelação da informação deve ser restrita à extensão de algum órgão do Poder Púbico. Nesse caso, é importante inserir a obrigação exigindo que a parte receptora notifique a existência de eventual ordem judicial ou administrativa, dando à parte reveladora tempo hábil para pleitear e adotar as medidas de proteção que julgar cabíveis. Trata-se de um “procedimento de alerta”, conforme pontifica Sérgio Botrel¹³:

Nesta última situação (divulgação das informações obtidas na negociação por determinação de algum órgão do Poder Púbico) aconselha-se inserir um “procedimento de alerta”. Esse procedimento se resume à imposição ao receptor das informações sigilosas do dever de noticiar ao emitente a determinação da autoridade estatal, de modo a permitir-lhe sejam tomadas eventuais medidas para prevenir seja atendida a ordem do Poder Púbico.

Outra parte muito importante do contrato de confidencialidade é a inclusão de cláusula penal¹⁴. A fixação de um valor elevado, nos parâmetros do negócio, para o caso de descumprimento da obrigação de “não fazer” é uma opção excelente para o revelador. Assim, torna-se desnecessária a comprovação do prejuízo e de sua extensão perante o Judiciário inicialmente, o que viabiliza uma compensação em prazo razoável. Vale ressalvar que a indenização por perdas e danos não é descartada, mas sim deixada em segundo plano, dada a complexidade da sua mensuração e o longo período até o pagamento. Ciente disso, a parte receptora não costuma ver com bons olhos a cláusula penal, o que a transforma em um dos pontos de maior divergência durante a negociação do acordo.

A cláusula de eleição de foro também goza de notória relevância, especialmente quando uma das partes tem sua sede localizada em outro país. Nessa situação, deve ser estipulada de forma precisa o foro e a lei aplicável no caso de eventual litígio, podendo haver inclusive renúncia à esfera judicial e adoção da arbitragem como instrumento de resolução do conflito.

Além das obrigações estipuladas contratualmente (proteção de natureza indenizatória), a legislação caracteriza como crimes de concorrência desleal a divulgação, exploração e uso, sem autorização de conhecimentos, informações ou dados confidenciais comerciais obtidos (a) mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o

¹³ Idem. p. 275.

¹⁴ Regulamentada pelos artigos 408 ao 416 do Código Civil.

término do contrato, ou (b) através de meios ilícitos ou fraude. A Lei nº 9.279/1996 ('Lei de Propriedade Intelectual'; 'LPI') estabelece esses tipos penais nos incisos XI e XII do art. 195. *In verbis*:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude;

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

Os preceitos representam garantia de aplicabilidade à norma internacional contida no art. 39, 2., do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados (TRIPS), firmado na órbita da Organização Mundial do Comércio (OMC), cuja introdução na ordem jurídica brasileira se deu por meio do Decreto nº 1.355/1994. O dispositivo, intitulado *proteção de informação confidencial*, possui a seguinte redação:

Seção 7: Proteção de Informação Confidencial

Artigo 39

(...)

2. Pessoas físicas e jurídicas terão a possibilidade de evitar que informação legalmente sob seu controle seja divulgada, adquirida ou usada por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária a práticas comerciais honestas, desde que tal informação: a) seja secreta, no sentido de que não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes; b) tenha valor comercial por ser secreta; e c) tenha sido objeto de precauções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta.

Além das regras nacionais e internacionais sobre propriedade industrial, cabe referir à legislação do anonimato. Os administradores de sociedades anônimas estão sujeitos ao Dever de Lealdade, consubstanciado na obrigação de servir com lealdade à sociedade e manter reserva sobre os seus negócios. Desta máxima, o legislador extraiu a proibição de uso de oportunidades comerciais que surjam a partir do conhecimento adquirido no exercício do cargo. Estabeleceu, igualmente, que o administrador de companhia aberta deve guardar sigilo sobre informações ainda não divulgadas ao mercado e impedir que subordinados ou terceiros realizem divulgação indevida.

Neste sentido, observe-se o que prescreve o art. 155, inciso I e §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.404/76:

Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:

I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo;

(...)

§ 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.

§ 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança.

Complementando os preceitos, a Lei das S/A garante direito à indenização por perdas e danos à pessoa prejudicada em operação com valores mobiliários em virtude de falhas na manutenção do sigilo sobre informação relevante ainda desconhecida pelo mercado, além de caracterizar como ilícito (*insider trading*) a utilização deste tipo de informação para auferir vantagem no mercado de valores mobiliários. Veja-se a redação dos dispositivos pertinentes:

Art. 155. (...).

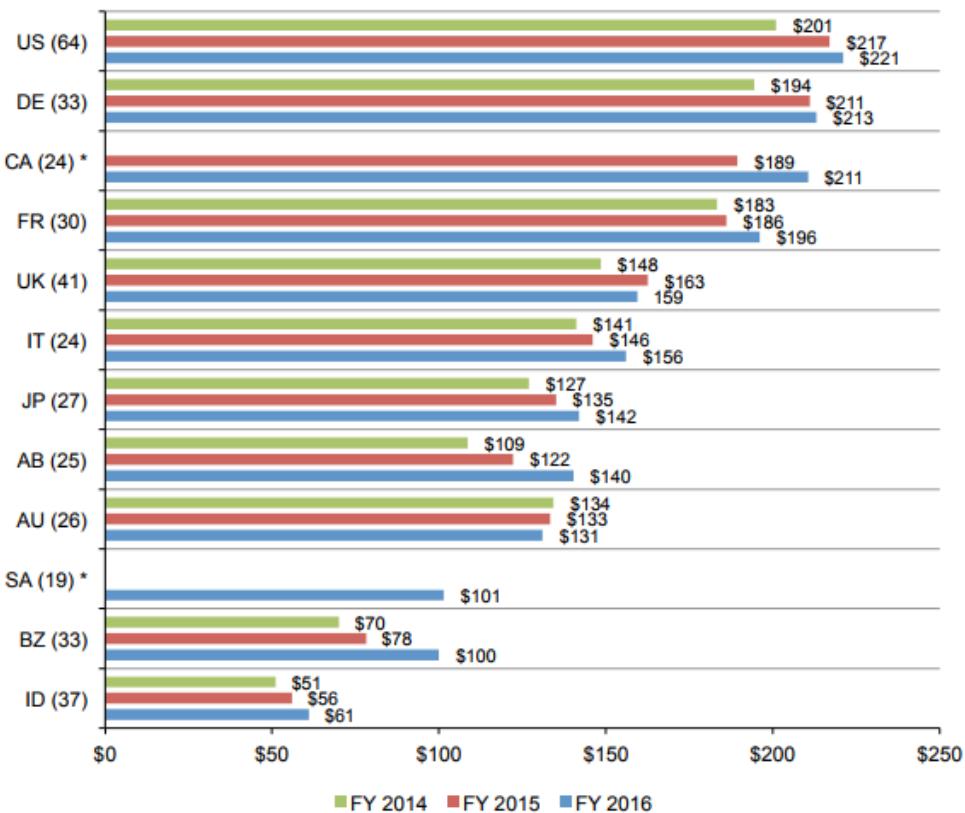
§ 3º A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1º e 2º, tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação.

§ 4º É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários.

Verifica-se, assim, que a ordem jurídica brasileira oferece aos agentes econômicos regras claras para a proteção de informações confidenciais, notadamente para as companhias abertas. Não obstante, estudo envolvendo 383 empresas em 12 países apontou Brasil e África do Sul como os países com a maior probabilidade de violação de dados comerciais. A pesquisa, denominada *2016 Cost of Data Breach Study: Global Analysis*, revelou ainda que o custo do vazamento nestes países é menor do que nos outros pesquisados.¹⁵

¹⁵ PONEMON INSTITUTE LLC, **2016 Cost of Data Breach Study: Global Analysis**. Junho, 2016. Disponível em: <<http://www-01.ibm.com/common/ssi/cgi-bin/ssialias?htmlfid=SEL03094WWEN>> Acesso em: 12/10/2016.

Figura 1 O custo médio per capita de uma violação de dados ao longo de três anos medido em dólar



Assim, nota-se que a existência de regras legais em bom número e de qualidade razoável contra a divulgação de informações comerciais sigilosas, tal como ocorre no Brasil, não substitui uma postura estratégica na negociação e um desenho adequado do contrato ou cláusula de confidencialidade que regerão a troca e uso de conhecimentos confidenciais durante a operação comercial ou societária. Isso se mostra mais intenso no panorama das *startups*.

Não raro, os empreendedores optam pela constituição de sociedade empresária somente quando a mercadoria já está acabada e a comercialização está rendendo bons resultados. Embora a informalidade seja interessante enquanto o produto não vingou no mercado, visto que permite evitar custos e entraves burocráticos para o encerramento do negócio, a ausência de um acordo preliminar escrito que preveja a confidencialidade das informações trocadas – seja um contrato de confidencialidade ou uma cláusula inserida numa carta de intenções ou memorando de entendimento - gera exposição à conduta predatória de uma das partes. Um profissional mal-intencionado, consolidado em seu meio, pode se aproveitar de um empreendedor mais jovem, da área de TI, para obter o desenvolvimento inicial de um aplicativo para smartphone e depois vender informações

essenciais da operação para terceiros. Nas relações entre empreendedores (sócio-sócio), destarte, a pactuação da confidencialidade é fundamental.

João Olivério assinala que, na prática, o compromisso de confidencialidade pode ser mais delicado quando se tratar da relação entre empreendedor e um programador, investidor-anjo ou fundos de investimento. Nesse ponto, válido transcrever as lúcidas ponderações de Olivério¹⁶:

No caso específico de programadores e eventuais parceiros estratégicos, esses podem se opor à assinatura de um acordo desta natureza por acreditarem que o documento possa tolher sua liberdade criativa. Sob essa perspectiva, o empreendedor deseja se proteger do risco de ter sua ideia exposta a terceiros ou, pior, copiada e comercializada pelo potencial parceiro ou por terceiros de certa forma a ele ligado. Para o empreendedor, é muito comum que o NDA seja acompanhado nesse caso de um termo de cessão de tecnologia desenvolvida ou aprimorada pelo programador. O empreendedor, dependendo da tecnologia desenvolvida, pode-se valer das proteções da legislação e passar a deter essa tecnologia mediante ativação no seu próprio balanço e/ou por meio dos registros de propriedade previstos na legislação brasileira que regula, por exemplo, a propriedade intelectual e o *software*, tais como a patente de *software* ou o registro do próprio *software* como “*programa de computador*” na modalidade prevista na *Lei do Software*. Esses tipos de medidas, após a verificação do tipo de negócio criado ou aprimorado pelo programador, podem proteger a *startup* de qualquer questionamento futuro de concorrente e, inclusive, de futuros investidores que tem como padrão atestarem que a propriedade determinada tecnologia é detida por certa empresa-alvo previamente à realização de um aporte ou investimento na empresa.

(...)

Do ponto de vista do investidor, seja ele um investidor-anjo ou um fundo de investimento, a resistência em relação à assinatura de um NDA decorre da própria natureza da atividade dos investidores e/ou gestores de fundos. (...). Importante também ressaltar que a cultura do empreendedorismo, influenciada inclusive pelos próprios investidores, atualmente premia não somente a ideia em si ou a tecnologia desenvolvida, mas em especial a execução dessa ideia e sua conversão em um negócio, rentável e escalável. Assim, a resistência em relação à assinatura de NDAs por parte dos gestores e investidores-anjo decorre naturalmente do fato de não serem estes interessados em roubar uma ideia, simplesmente por não serem eles as pessoas que criam, desenvolvem ou escalam um produto, ou ainda constroem uma empresa do zero, gerem um time, uma vez que sua atividade é conferir à sua startup aquilo que ela precisa para se desenvolver: recursos financeiros, experiência na gestão das finanças, relacionamentos comerciais, aumento na capacidade de atração de outros *players* (investidores, empresas e parceiros) ou pessoas para sua organização, refinamento de suas ideias, sugestões em relação ao modelo de negócios adotado, dentre muitas outras contribuições relacionadas às atividades próprias de investidores de capital de risco.

No âmbito jurisprudencial, verifica-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo (‘TJSP’) já apreciou diversos casos envolvendo contratos e cláusulas de confidencialidade, sendo relevante mencionar alguns julgados para reforçar, com exemplos práticos, as constatações e recomendações veiculadas acima.

¹⁶ Idem. p. 54/56.

Na Apelação nº 0045641-54.2013.8.26.0002¹⁷, de Relatoria do Desembargador Claudio Godoy, a 2^a Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP decidiu que a constituição de negócio na área de tecnologia por ex-funcionário de empresa deste ramo não conduz, de maneira automática, à conclusão de que ocorreu violação a cláusulas ou acordos de confidencialidade, ou mesmo de não-concorrência. No caso, as atividades da empresa do ex-funcionário tinham relação direta com a formação do mesmo, consistindo em mero exercício da especialidade profissional do novo empreendedor, razão pela qual foi considerada improcedente a alegação de uso de *know-how* adquirida na experiência de trabalho anterior e indeferido o pedido de proibição que a nova firma entabulasse negócios no ramo de sistemas informacionais com a empresa Leroy Merlin.

Todavia, a Corte sinalizou que a situação seria diferente caso estivesse comprovado nos autos que o ex-funcionário promoveu “devassa (...) de informações confidenciais relativas às tecnologias utilizadas ou a métodos de trabalho eventualmente exercido com exclusividade”.

Em julgado semelhante, da Apelação nº 1020068-51.2014.8.26.0005¹⁸, a 1^a Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP decidiu que o mero fato de ex-funcionários fundarem sociedade no mesmo ramo de atividade da ex-empregadora não gera direito a indenização por danos morais e materiais. Embora possível o dano moral a pessoas jurídicas, deve ser produzido corpo probatório suficiente para atestar violação à honra e à reputação objetiva da sociedade.

No caso, a nova empresa foi constituída após a extinção do contrato de trabalho dos ex-empregados. Ademais, não restou demonstrado que o exercício das funções deles dava acesso a informações sigilosas da empresa autora. Em vista disso, o Tribunal que inociou quebra de pacto de confidencialidade, tanto por falta de provas quanto pelo fato de que “confidencialidade de informação não se presume”.

Em situação de menor complexidade, mas com importância pela garantia de previsibilidade dos efeitos dos atos realizados em relações jurídicas sujeitas à confidencialidade, a 9^a Câmara de Direito Privado do TJSP decidiu, no Agravo de Instrumento nº 2208010-59.2016.8.26.0000, que não procede alegação de quebra de

¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0045641-54.2013.8.26.0002.** 2^a Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Claudio Godoy. Julgada em 14 de agosto de 2017.

¹⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1020068-51.2014.8.26.0005.** 1^a Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Carlos Dias Motta. Julgada em 03/05/2017 e publicada em 04/05/2017.

cláusula de confidencialidade quando a disponibilização em juízo dos documentos foi autorizada pelas contratantes.¹⁹

Os exemplos citados pela doutrina e os casos colhidos na jurisprudência do TJSP demonstram que, apesar da existência de certos obstáculos à celebração de um NDA, o caminho mais adequado para as partes é, seguramente, a formalização do pacto com cláusulas transparentes, que espelhem exatamente o que foi entabulado nas negociações e estejam em consonância com a legislação e a jurisprudência, de modo a proteger efetivamente tanto as informações confidenciais quanto a boa-fé, as expectativas legítimas, os negócios e o patrimônio dos agentes econômicos envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise jurídica sobre os contratos de confidencialidade no âmbito das *startups* constitui tema dos mais férteis e propensos a discussões tanto no campo normativo, com foco em aspectos jurígenos, quanto na esfera pragmática, centrada em questões consequencialistas e estratégicas, mediante a reflexão sobre a repercussão deste instrumento no ambiente de mercado.

Para tanto, expuseram-se neste trabalho, para fins de contextualização da matéria, o conceito e as características centrais das *startups*, bem como o ecossistema que vem sendo desenvolvido ao redor delas, unindo empreendedores, investidores e trabalhadores num esforço produtivo com diversos benefícios econômicos e sociais para as comunidades locais, regionais e nacionais.

Reveladas as premissas, passou-se à abordagem dos acordos de confidencialidade, mediante cotejo da doutrina jurídica e da jurisprudência pátria pertinente com as possíveis consequências práticas e estratégicas para os *players* envolvidos neste cenário.

Diante disso, pode-se concluir pela importância dos referidos contratos para a preservação dos produtos e estratégias comerciais das *startups*; a necessidade de observância do contexto prático de aplicação deles no ambiente das *startups*, com destaque para as relações sócio-sócio, investidor-sócio e sócio-trabalhador; o cuidado na delimitação temporal, material e espacial dos efeitos destes acordos, tanto na hipótese em que constituam contratos autônomos quanto nas situações em que forem cláusulas em

¹⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2208010-59.2016.8.26.0000.** 9^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Desembargador Piva Rodrigues. Julgada em 26/05/2017 e publicado em 26/05/2017.

outros contratos; a prudência na fixação dos incentivos contemplados nestes acordos, sendo essencial a consideração sobre as pactuações centrais dos negócios em que foi acordada a confidencialidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLANK, Steve. “Por que o movimento lean startup muda tudo.” In: **Harvard Business Review**, Julho/2013. Disponível em: <<http://hbrbr.com.br/por-que-o-movimento-lean-startup-muda-tudo/>> Acesso em: 12/10/2016.
- BOTREL, Sérgio. **Fusões & Aquisições**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LOBO, Carlos Alexandre; POTENZA, Guilherme Peres., Paulo. “Investimentos Venture Capital e Private Equity: Considerações Práticas e Jurídicas”. In: BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique (Org.). **Finanças Corporativas: Aspectos Jurídicos e Estratégicos**. Editora Atlas, 2016.
- NYBO, Erik Fontenele. “Memorando de Entendimentos para Pré-Constituição de uma Startup”. In: JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (Org.). **Direito das Startups**. Curitiba: Editora Juruá, 2016.
- OLIVÉRIO, João Otávio Pinheiro. “Acordo de Confidencialidade, Não Competição e Não Solicitação: A Proteção de Informações Estratégicas e a Restrição à Liberdade Criativa e a Livre-Iniciativa”. In: JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (Org.). **Direito das Startups**. Curitiba: Editora Juruá, 2016.
- SANTOS, Monna Cleide F. R. **O ecossistema de startups de software da cidade de São Paulo**. 2016. 90 fls. Dissertação (Mestrado em Ciência da Computação) – Instituto de Matemática e Estatística, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2016. pp. 13-14. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/45/45134/tde-23022016-204626/en.php>. Acesso em: 12/10/2016.
- RIES, Eric. **A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas**. São Paulo: Lua de Papel, 2012.