

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 29

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2021

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Ana Frazão (UNB), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmen Tiburcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Monsèrié-Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto e Mariana Pinto (coordenadores). Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, Mauro Teixeira de Faria, Nicholas Furlan Di Biase e Rodrigo Cavalcante Moreira.

PARECERISTAS DESTE NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-Rio), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Jacques Labrunie (PUC-SP), Maíra Fajardo Linhares Pereira (UFJF), Marcelo Lauer Leite (UFERSA), Pedro Wehrs do Vale Fernandes (UERJ), Rafael Vieira de Andrade de Sá (FGV-SP), Raphaela Magnino Rosa Portilho (UERJ), Rodrigo da Guia Silva (UERJ) e Vinicius Figueiredo Chaves (UFRJ).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 29 (julho/dezembro 2021)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

CLÁUSULAS DE CONFIDENCIALIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS NAS NEGOCIAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA¹

CONFIDENTIALITY AND DATA PROTECTION CLAUSES ON SHAREHOLDING ACQUISITION NEGOTIATIONS

*Daniele Verza Marcon**

Resumo: Este artigo trata de acordos de confidencialidade firmados no âmbito de negociações para aquisição de participação societária e dos impactos decorrentes de leis de proteção de dados pessoais, com ênfase na LGPD. Utilizando do método indutivo de pesquisa e da revisão bibliográfica, abordou-se, na primeira parte, o conteúdo dos acordos de confidencialidade e as consequências de sua violação. A segunda parte analisa o impacto da LGPD na elaboração dos acordos de confidencialidade que possam envolver o compartilhamento de dados pessoais e a perspectiva da confidencialidade como um atributo da segurança da informação, apontando-se como consequências a responsabilidade pelo inadimplemento do contrato e a responsabilidade civil e administrativa prevista na LGPD.

Palavras-chave: Acordos de confidencialidade. Fusões e aquisições. Dados pessoais. Tratamento de dados. Contratos.

Abstract: This article focuses on confidentiality agreements entered in the context of negotiations for shareholding acquisition and on the impacts due to personal data protection acts, with emphasis on the LGPD. Using the inductive method of research and literature review, the first part analyses the content of confidentiality agree-

¹ Artigo recebido em 09.02.2021 e aceito em 08.03.2022.

* Mestranda em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduada em Direito pela mesma universidade. Advogada. E-mail: daniele.vmarcon@gmail.com.

ments and the consequences of their violation. The second part analyses the impact of the LGPD in the elaboration of confidentiality agreements that might involve personal data sharing, and the perspective of confidentiality as a requirement of security of information, pointing out as consequences the liability for breach of contract and civil and administrative liability as provided by the LGPD.

Keywords: Confidentiality agreements. Mergers and acquisitions. Personal data. Data processing. Contracts.

Sumário: Introdução. 1. Acordos de confidencialidade em operações de aquisição societária. 1.1. Contornos do dever de confidencialidade. 1.2. Consequências da violação do dever de confidencialidade. 2. Proteção de dados, segurança da informação e os novos desafios da confidencialidade. 2.1. Impactos da LGPD no conteúdo dos acordos de confidencialidade. 2.2. A confidencialidade como atributo de segurança da informação. Considerações finais.

Introdução.²

O mito do Rei Midas, cujo toque transformava tudo em ouro, talvez seja um dos mais conhecidos da mitologia grega. Mas a essa personagem também se atribui uma estória um tanto quanto diversa: eleito como juiz de uma disputa entre os deuses Pã e Apolo, Midas decidiu a favor de seu amigo, o deus Pã; como vingança, Apolo fez crescer em Midas orelhas de asno. Embora escondesse as orelhas

² Este artigo é resultado de pesquisa realizada em 2021/1 no Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da UFRGS, na disciplina “Teoria Geral dos Contratos: Contratos de Aquisição Societária”, coordenada pelos Professores Gerson Luiz Carlos Branco e Luis Renato Ferreira da Silva, a quem agradeço pelas contribuições. Agradeço, especialmente, ao Professor Fabiano Menke, meu orientador, pela revisão cuidadosa do texto e incentivo à publicação.

com uma belíssima tiara, o segredo não passou despercebido do barbeiro do rei, que, fatigado, cavou um buraco na terra, contou em voz baixa o que sabia e cobriu o buraco em seguida. Nesse local nasceram depois algumas canas que, secas e agitadas pelo vento, revelaram as palavras do barbeiro: “Midas tem orelhas de burro!”³

É com esse mito que Fontaine e De Ly também introduzem seus comentários às cláusulas de confidencialidade – e concluem, com ceticismo, a sua efetividade⁴. Ao estabelecer uma obrigação de confidencialidade, as partes – ou apenas uma delas – de uma negociação buscam resguardar o sigilo de informações estratégicas (como tecnologias utilizadas, patentes, *know-how*), mas cujo acesso se faz necessário para a avaliação do negócio. A confidencialidade pode ter por objeto, inclusive, a própria existência da negociação, se for interesse das partes.⁵

Embora o dever de confidencialidade prescindia de um contrato escrito,⁶ porque decorre da boa-fé objetiva, especificamente na sua função de proteção,⁷ é comum que, em operações de aquisição societária, as partes prefiram reforçá-lo por escrito.⁸ Isso pode ser feito por meio de contrato específico, também referido como *non-disclosure agreement* (“NDA”),⁹ ou pela inserção de cláusula de confidencialidade na carta de intenções (*letter of intent* ou “LoI”) ou no memo-

3 COMMELIN, P. *Nova mitologia grega e romana*. LOPEZ, Thomaz (trad). [S.l.]: Tecnoprint, 1970. p. 351-352.

4 FONTAINE, Marcel, DE LY, Filip. *Drafting International Contracts: an analysis of contract clauses*. New York: Transnational Publishers, 2006. p. 295.

5 *Ibidem*, p. 243.

6 BOTREL, Sergio. *Fusões e aquisições*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 276.

7 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 598-599.

8 DRAETTA, Ugo. Precontractual documents in merger or acquisition negotiations: an overview of the international practice. *North Carolina Journal of International Law*, v. 16, n. 1, 1991. p. 47.

9 FONTAINE, Marcel; DE LY, Filip. *Op. Cit.*, p. 233.

rando de entendimentos (*memorandum of understandings* ou “MoU”). O importante é que não se inicie a *due diligence* sem uma obrigação de confidencialidade bem estabelecida, que será vinculativa, ainda que a LoI ou o MoU não o sejam.¹⁰

O contexto “tradicional” de elaboração de acordos de confidencialidade é impactado, todavia, com a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018, “LGPD”), do Regulamento Geral de Proteção de Dados (“RGPD”) e de outras leis sobre proteção de dados em diferentes países, geralmente baseadas no princípio da transparência sobre o tratamento de dados. Isso porque é possível que as informações compartilhadas nas negociações incluam dados pessoais, que podem estar relacionados apenas a empregados, prepostos ou assessores das partes, como também a clientes e consumidores. A presença de dados pessoais pode se apresentar apenas como um fator de risco de *compliance* com as leis aplicáveis ou constituir o próprio ativo da empresa¹¹ que se quer adquirir; em qualquer caso, incidentes de segurança podem impactar diretamente na *valuation* no negócio.

Tais questões não são abarcadas pelas cláusulas tradicionais de confidencialidade, e é nesse contexto que ganham relevância os contratos ou cláusulas especiais sobre proteção de dados. Essa distinção entre cláusulas de confidencialidade é relevante, especialmente

10 ALMEIDA PRADO, Andrea Ditolvo Vela de. M&A e *due diligence* após a LGPD. In: OPICE BLUM, Renato (Org.). *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 260.

11 Quando dados pessoais forem o próprio objeto de interesse da aquisição societária, para além das questões relacionadas à proteção de dados abordadas nesta pesquisa, é preciso atentar para os aspectos concorrenciais que podem advir da concentração de bases de dados. Em pesquisa realizada em parceria com a Data Privacy Brasil, Lucas Griebeler da Motta trouxe exemplos da monetização de dados pessoais a partir de *Big Data Analytics*, inclusive em plataformas gratuitas para usuários, e analisou operações que envolveram a combinação de expressivas bases de dados, como a aquisição do Instagram pelo Facebook, em 2012 (MOTTA, Lucas Griebeler da. *Análise Multijurisdicional de Aquisições Centradas em Dados: diagnóstico atual e propostas de política pública para o Brasil*. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2021).

para a prática na elaboração de contratos, sendo necessário endereçar ambas as questões (a confidencialidade da negociação e/ou das informações) e as questões sobre a proteção de dados pessoais envolvidos na operação de forma clara e abarcando, agora, os requisitos da LGPD e de outra legislação eventualmente aplicável (legislação de determinada área, por exemplo, saúde, e especialmente nos casos de operações internacionais).

Utilizando-se do método indutivo de pesquisa e a partir da revisão bibliográfica, este artigo se propõe a abordar os impactos da LGPD em acordos de confidencialidade. O texto será dividido em duas partes: a primeira tem por objeto o conteúdo de acordos de confidencialidade, em especial nas operações de aquisição societária, bem como as consequências de sua violação; a segunda, apresenta o contraponto a partir dos princípios da LGPD e da confidencialidade como um atributo de segurança da informação, apontando temas sensíveis para a elaboração de acordos de confidencialidade. Ao final, serão apresentadas as considerações finais.

1. Acordos de confidencialidade em operações de aquisição societária.

A fim de compreender a relevância de pactuar acordos de confidencialidade nas negociações para aquisição societária, esta parte será dividida em dois subtópicos. Inicialmente, serão analisados os contornos do dever de confidencialidade (1.1) e, em seguida, serão abordadas as consequências de sua violação (1.2).

1.1. Contornos do dever de confidencialidade.

Na lição de Eros Roberto Grau, o “*dever jurídico* consubstancia precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado”. Trata-se de conceito que “transcende o âm-

bito do direito das obrigações”, pois “há deveres jurídicos que não compreendem obrigação de nenhuma espécie”.¹² O termo “obrigação”, por sua vez, pode significar, em sentido amplo, “o elemento passivo de qualquer relação jurídica” e, em sentido estrito, “o termo próprio de uma classe de relações jurídicas – a obrigacional”.¹³ Dever e obrigação têm em comum o fato de representarem uma situação de *sujeição*, em que se exige do devedor um comportamento para atender interesse *albeio*, sob pena de ser sancionado.

A confidencialidade pode ser referida como “obrigação”, quando presente em um negócio jurídico, mas também constitui um *dever jurídico* derivado da boa-fé objetiva. Há que se preservar o sigilo de informações desde a negociação, quando ainda não existir contrato, até o momento que sucede a extinção do contrato, se assim demandar a natureza da informação.

Acordos de confidencialidade podem ser celebrados em qualquer tipo de negociação, mas são comuns em operações de aquisição societária. Trata-se de documento preliminar, geralmente assinado antes do início da *due diligence*, que tem como objetivo estabelecer regras de acesso às informações relevantes para a negociação. O acordo de confidencialidade serve a dois propósitos principais: restringir o uso de informações confidenciais da vendedora durante a *due diligence* (por potenciais compradores) e após a *due diligence* (pelos interessados que não a adquiriram),¹⁴ notadamente para proteção concorrencial.

Podem ocorrer de a mesma empresa ser objeto de interesse de diferentes investidores e negociar em paralelo com esses potenciais compradores e, na concomitância de negociações, é preciso também

12 GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a Distinção entre Obrigação, Dever e Ônus. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 77, 1982. p. 178.

13 *Ibidem*, p. 179.

14 BAINBRIDGE, Stephen M. ANABTAWI, Iman. *Mergers and Acquisitions: a transactional perspective*. Los Angeles: Foundation Press, 2017. p. 278.

atentar para o fluxo de informações divulgadas a terceiros. Bainbridge e Anabtawi comentam que se pode filtrar o compartilhamento de informações por fase de negociação, guardando as mais relevantes apenas para a fase final, o que necessariamente restringiria o número de terceiros com acesso.¹⁵ Já Rocha e Nunes sugerem que a vendedora solicite a apresentação de ofertas não vinculantes (as *non-binding offers*), para filtrar potenciais compradores e prosseguir apenas com os interessados em oferecer-lhe os melhores preços.¹⁶

Também é possível prever a obrigação de devolução ou destruição da informação confidencial acessada após o fim das negociações, especialmente quando não exitosas, ou autorizar a manutenção de cópia única em razão de eventual litúgio futuro.¹⁷ Definir que o uso da informação se restringe à avaliação da transação e vedar que o potencial comprador possa contratar funcionários da empresa alvo por determinado período¹⁸ também é relevante em termos de eficácia da obrigação de confidencialidade. Além disso, acordos de confidencialidade também podem ter por objetivo a prevenção de *insider trading e hostile takeovers*.¹⁹ Não raro, acordos de confidencialidade

15 *Ibidem*, p. 279.

16 ROCHA, Dinir S. R. da; NUNES, Marcelo Galiciano. *Term sheet* e contrato de compra e venda de ações ou quotas. In: ROCHA, Dinir S. R. da; QUATTRINI, Larissa (Coord.). *Direito societário: Fusões, aquisições, reorganizações societárias e due diligence*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 86-87.

17 FONTAINE, Marcel, DE LY, Filip, *Op. Cit.*, p. 273-278.

18 BAINBRIDGE, Stephen M. ANABTAWI, Iman, *Op. Cit.*, p. 280-281. Além disso: "For some companies, people are their most important asset. Examples include engineering, software, and project management companies, whose value is really a function of the professionalism and competence of their leaders and key employees. Therefore, it is understandable that the potential buyer of such companies may try to identify these key people by taking advantage of the contacts developed during the negotiations, and then make an employment offer to these people at particularly advantageous conditions. Should this action be successful, the potential buyer will reach substantially the same objective he would have achieved by purchasing the company, but at a much lower cost." (DRAETTA, Ugo, *Op. Cit.*, p. 56).

19 "Takeovers are "hostile" to the extent that the bidder is acting without the target management's agreement." (DRAETTA, Ugo, *Op. Cit.*, p. 52).

contêm cláusulas com obrigações de não uso das informações, de não concorrência²⁰ e de exclusividade (cláusulas de *standstill*), estas últimas visando impedir que as partes – ou apenas uma delas – negociem concomitantemente com mais de um comprador.²¹

Não cabe impor confidencialidade à informação que já é de domínio público ou que já era de conhecimento da outra parte (ainda que não difundida publicamente, podendo ter sido fornecida por terceiros, por exemplo). Além disso, há situações em que a confidencialidade deve ser afastada,²² como ocorre com solicitação de autoridade pública ou ordem judicial decorrente de litígios judiciais ou arbitrais.²³

Optando-se por estabelecer contratualmente a obrigação de confidencialidade, importa delimitar de forma clara as informações por ela abarcadas, por quanto tempo devem permanecer em sigilo e qual é a intensidade da confidencialidade esperada. Aliás, o acordo de confidencialidade nem sempre será unilateral. Quando há mútuo compartilhamento de dados, é possível que o acordo estabeleça obrigações recíprocas para ambas as partes.²⁴

20 “Nesse sentido, a Doutrina distingue entre cláusulas de confidencialidade, cujo objeto é a proteção de um segredo, denominadas cláusulas de não comunicação ou de não revelação e cláusulas de não concorrência, as quais não ignoram a necessidade do segredo, mas cujos fins são mais amplos, elas impõem um comportamento discreto, sigiloso e, sobretudo, proíbem transmitir aquele conhecimento a um terceiro, um concorrente, como é o caso em certos contratos de trabalho, por exemplo.” (FRADERA, Véra Jacob de, *Op. Cit.*, *E-book*).

21 DRAETTA, Ugo, *Op. Cit.*, p. 54; MORAES, Livia Lenz. *Os efeitos jurídicos das cartas de intenções e memorandos de entendimento*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 100-105.

22 FONTAINE, Marcel., DE LY, Filip, *Op. Cit.*, p. 248-258.

23 Há fato do príncipe (ato de autoridade pública equiparado à força maior) quando a parte que se obrigou a manter a confidencialidade foi ordenada a exibir um documento ou revelar informação confidencial, excluindo-se a sua responsabilidade. Há responsabilidade, todavia, quando a parte viola a confidencialidade para promover a própria defesa em determinado litígio, sem que tenha recebido ordem judicial, porque configurado o inadimplemento contratual. Fonte: FONTAINE, Marcel., DE LY, Filip, *Op. Cit.*, p. 294.

24 FONTAINE, Marcel, DE LY, Filip, *Op. Cit.*, p. 238.

O primeiro assunto a ser tratado por uma cláusula de confidencialidade é o seu objeto, isto é, a definição do que deve ser mantido em segredo. E isso porque, quando tudo é confidencial, mais fácil que nada o seja. Fontaine e De Ly²⁵ apontam, nesse sentido, que, dentre todas as informações compartilhadas na fase de negociação, pode ser que apenas parte esteja sujeita à confidencialidade (especialmente porque há informações que não podem ser tratadas como sigilosas). Além disso, os autores referem que a confidencialidade pode versar sobre a própria negociação, limitar-se à fonte da informação já feita pública ou mesmo afetar apenas informações recebidas por escrito, excluídas as informações trocadas oralmente. Tendencialmente, a vendedora estipulará uma obrigação ampla e a compradora tentará restringi-la, justamente para reduzir os riscos de violação contratual.²⁶ Os limites do que é confidencial e do que não é devem, portanto, ser estabelecidos para que se possa analisar, em sendo o caso, a ocorrência ou não de inadimplemento.

A duração da obrigação de confidencialidade dependerá da natureza das informações compartilhadas e dos interesses das partes, podendo abarcar um período de 12 meses até 20 anos;²⁷ em média, dura 5 anos.²⁸ Também é possível estabelecer que a obrigação será por tempo indeterminado. Duas peculiaridades merecem destaque, todavia: a primeira é que cessa a obrigação quando as informações tidas por confidenciais se tornarem de domínio público;²⁹ a segunda é que a necessidade de se manter uma informação confidencial pode perdurar por tempo superior àquele estipulado no contrato. As con-

25 FONTAINE, Marcel; DE LY, Filip, *Op. Cit.*, p. 237-247.

26 BAINBRIDGE, Stephen M. ANABTAWI, Iman, *Op. Cit.*, p. 280.

27 FONTAINE, Marcel; DE LY, Filip, *Op. Cit.*, p. 278.

28 BOTREL, Sergio, *Op. Cit.*, p. 279.

29 FRADERA, Véra Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *Estudos de direito privado e processual civil*. São Paulo: Ed. RT, 2014. *E-book*.

seqüências relacionadas à essa segunda peculiaridade serão retomadas a seguir.

Quanto à intensidade, as partes poderão exemplificar condutas ou boas práticas para cumprir a obrigação, a exemplo de cuidados: *(i.)* com o armazenamento das informações confidenciais recebidas e a imposição de restrições de acesso; *(ii.)* com a troca verbal de informações em locais públicos ou corredores e com comunicações escritas que possam vazsar algum dado relevante ou códigos criptografados; e *(iii.)* com a circulação de cópias de documentos. A par disso, Fontaine e De Ly apontam que a obrigação de confidencialidade é de meio, embora haja divergência doutrinária sobre a sua qualificação como de resultado.³⁰

1.2. Consequências da violação do dever de confidencialidade.

O modo como se estabelece o dever de confidencialidade será relevante não apenas para fins de delimitação do seu conteúdo, duração e extensão, mas, essencialmente, para a correta análise da imputação do dever de indenizar. A boa-fé objetiva terá especial relevância, especialmente na sua função hermenêutica. Pode-se falar, a depender da situação, de responsabilidade pré-contratual, contratual ou pós-contratual, devendo-se atentar para a análise das negociações, notadamente sob a ótica dos deveres de proteção – para além, é claro, dos deveres de prestação eventualmente pactuados em um instrumento contratual específico.

Como explica Judith Martins-Costa, os deveres de proteção têm por objeto a integridade da esfera jurídica da parte envolvida em

30 “One may be surprised at the relative laxity of these expressions. Should not a confidentiality undertaking be expressed in terms of an obligation to achieve a specific result (obligation de résultat)? As one commentator emphasizes, this weakening of the rigor expected can be explained by a realistic attitude. The provider of data may himself, within its own enterprise, have had experience of the difficulties of keeping a secret. It is not wise to insist on more than the promissor can reasonably achieve.” (FONTAINE, Marcel., DE LY, Filip, *Op. Cit.*, p. 272).

determinada relação (à diferença dos deveres de prestação, que têm por objeto a tutela do interesse do credor em receber a prestação acordada). A função dos deveres de proteção é evitar os prejuízos “que decorreriam da própria relação de obrigação considerada como um fato social tendencialmente produtor de danos em razão da especial aproximação (“contato social qualificado”) que promove entre as partes”.³¹

Assim, ainda que não assinado um instrumento contratual por escrito, pode-se reconhecer *eficácia* a determinados atos na criação de deveres pré-contratuais de proteção³² ou mesmo caracterizar a existência de uma obrigação negocial, se observados pontos de consenso definitivo entre as partes a respeito da questão³³ (que, no caso, versará sobre o objetivo do compartilhamento das informações confidenciais). Atrelados ao princípio da boa-fé objetiva, os deveres de proteção configuram-se na “zona de heteronomia (art. 422) e não na da autonomia negocial”,³⁴ de modo que, se não observados, podem configurar violação ao artigo 422 do Código Civil.

Outra hipótese relevante diz respeito à situação em que existe um contrato entre as partes, que pode versar sobre o objetivo principal da negociação ou sobre a obrigação de confidencialidade (retorna-se, nesse ponto, a peculiaridade mencionada anteriormente sobre a estipulação de um prazo de duração para a obrigação de confidencialidade). Ainda que tal contrato já tenha sido adimplido, ou, no segundo exemplo, que o prazo da obrigação de confidencialidade tenha expirado, a divulgação culposa de informações em prejuízo da contraparte, causando-lhe dano, dá ensejo à responsabilidade civil

31 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*, vol. V. Tomo II. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 89.

32 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 426.

33 *Ibidem*, p. 430.

34 MARTINS-COSTA, Judith, *Op. Cit.*, p. 92.

pós-contratual pela chamada *culpa post factum finitum*. Como lembra Judith Martins-Costa, “[c]om base na boa-fé, remanescem deveres jurídicos de proteção, embora extintos os de prestação”.³⁵

Veja-se, pois, que a boa-fé objetiva desempenhará papel relevante na interpretação do cumprimento do dever de confidencialidade antes, durante e depois de findas as negociações. A seguir, passa-se a analisar a violação à confidencialidade enquanto existente o vínculo negocial, sob a ótica do inadimplemento contratual.

A primeira questão a ser considerada diz respeito aos sujeitos obrigados à confidencialidade. Ainda que o acordo de confidencialidade seja assinado apenas pelas duas partes que integram a negociação, é interessante que todas as pessoas que terão – ou poderão ter – acesso às informações estejam vinculadas à obrigação de manter sigilo e, idealmente, assinem o acordo.³⁶ Isso vale inclusive para empregados que já tenham assinado contrato de trabalho com cláusula de confidencialidade, já que se tornará a confidencialidade uma obrigação *pessoal* perante a parte que compartilhará informações.³⁷

Botrel³⁸ comenta, nesse ponto, que é comum impor à parte receptora das informações a obrigação de fazer com que as pessoas a ela vinculadas adiram ao acordo de confidencialidade, assumindo a responsabilidade na forma de promessa de fato de terceiro, prevista no artigo 439 do Código Civil. Há, assim, duas prestações: a do promitente, de obter o consentimento dos terceiros que não são partes diretas do acordo, e a do terceiro, de se vincular pessoalmente ao acordo de confidencialidade. A obrigação assumida pelo promitente,

35 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 473.

36 BOTREL, Sergio, *Op. Cit.*, p. 277.

37 FONTAINE, Marcel, DE LY, Filip, *Op. Cit.*, p. 263.

38 BOTREL, Sergio, *Op. Cit.*, p. 277.

nesse caso, é de resultado, então a ausência de vinculação direta dos terceiros já ensejaria a sua responsabilidade por inadimplemento.³⁹

Uma vez assinado o acordo por esses terceiros, afasta-se, *a priori*, a responsabilidade do receptor, por força do artigo 440 do Código Civil. Há, todavia, duas exceções: (i.) a parte que recebe as informações poderá prestar garantia fidejussória em benefício de seus empregados, prepostos e assessores, ou obrigar-se solidariamente, conforme prevê o artigo 265 do Código Civil; e (ii.) mantém-se a responsabilidade objetiva do empregador por atos praticados por seus empregados ou prepostos, conforme preveem os artigos 932, III, 933 e 1.178 do Código Civil.⁴⁰

Com relação à segunda exceção, há, na verdade, uma incompatibilidade da leitura da promessa do “fato de terceiro”, porque, ao fim e ao cabo, não se está “prometendo fato de terceiro”. O empregador responderá pelos atos culposamente praticados por seus empregados, prepostos e assessores em razão do risco proveito. Se o descumprimento da confidencialidade se deu porque a função (em proveito ou no interesse do empregador) ofereceu aos empregados, prepostos e assessores a oportunidade para o ilícito, então há responsabilidade.⁴¹

A responsabilidade do empregador prevista no artigo 932, III, do Código Civil é objetiva, de modo que a prova de que sua diligência na adoção de medidas de segurança é irrelevante, pois basta que haja ilícito contratual, dano e nexa causal para lhe imputar o dever de

39 ZANETTI, Cristiano de Sousa. Comentários aos arts. 421 a 480. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil*: direito privado contemporâneo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*, p. 447.

40 BOTREL, Sergio, *Op. Cit.*, p. 277.

41 MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao Novo Código Civil*: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Vol. XIII, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 261.

indenizar. A responsabilidade somente poderia ser afastada se demonstrada a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Todavia, como lembra Cavalieri Filho, “objetiva é a responsabilidade dos pais, tutor, curador e empregador, e não das pessoas pelas quais são responsáveis”, pois “se ao menos em tese o fato não puder ser imputado ao agente a título de culpa, os responsáveis não terão que indenizar”.⁴² Assim, é preciso demonstrar a culpa do empregado (tratando-se de hipótese em que, se fosse aplicável a responsabilidade *direta*, seu regime seria subjetivo).

Quanto à intensidade da obrigação, lembra-se que há culpa presumida na responsabilidade negocial. Porém, se a obrigação de confidencialidade for reputada como de meio (e não de resultado), incumbirá à parte lesada comprovar que a outra agiu com culpa.⁴³ Assim, ainda que empregadores respondam objetivamente, será necessário comprovar a culpa dos empregados eventualmente envolvidos na violação da confidencialidade.

Por fim, diante da dificuldade de se quantificar danos decorrentes da violação da confidencialidade, recomenda-se estipular uma cláusula penal com a pré-liquidação de danos. Porém, se, de um lado, a cláusula penal pode trazer segurança à parte que concede acesso às informações, de outro, pode causar desconforto à receptora. Botrel aponta, nesse sentido, que a “inserção de uma cláusula penal módica, com a previsão de indenização suplementar, pode servir de instrumento para solução dos comuns impasses sobre a matéria”.⁴⁴ Não é demais lembrar que a penalidade contratual somente incide se houver inadimplemento culposos (artigo 408 do Código Civil).

42 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2020. p. 245.

43 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 61-62.

44 BOTREL, Sergio, *Op. Cit.*, p. 279.

2. Proteção de dados, segurança da informação e os novos desafios da confidencialidade.

Abordados os contornos do dever de confidencialidade e as consequências de sua violação, passa-se a analisar o impacto da LGPD nos acordos tradicionais de confidencialidade e a necessidade de serem estipuladas cláusulas específicas sobre proteção de dados (2.1) e, em seguida, a confidencialidade como um aspecto de segurança da informação (2.2).

2.1. Impactos da LGPD no conteúdo dos acordos de confidencialidade.

Acordos de confidencialidade têm por objetivo preservar informações confidenciais como forma de proteção concorrencial. Todavia, dentre essas informações, podem existir dados pessoais que estão sujeitos à LGPD, a qual tem como um de seus fundamentos centrais a autodeterminação informativa, isto é, a possibilidade de que indivíduos sejam capazes de exercer o controle sobre os próprios dados, decidindo quando, como e onde esses dados devem circular.⁴⁵ A relação com titulares deve observar os princípios da LGPD, dentre os quais se destacam a finalidade, adequação, necessidade e transparência, dos quais decorre a necessidade de se tratar apenas os dados essenciais para a finalidade lícita informada aos titulares de forma clara e acessível.

Tais exigências podem gerar um conflito aparente⁴⁶ com a

45 MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 36.

46 Acordos de confidencialidade não se confundem com contratos para o tratamento de dados pessoais. Enquanto estes estabelecem obrigações para o cumprimento das normas da LGPD, mitigando riscos e alocando responsabilidades, aqueles tem finalidade primordial de proteção concorrencial. Nesse sentido: ALVES, Carla Segala; GUIDI, Guilherme Berti de Campos; LILLA, Paulo Eduardo de Campos. Contratos e cláusulas em proteção de dados. *In*: OPICE BLUM,

confidencialidade de determinada negociação empresarial e afetar o compartilhamento de dados que esteja em desacordo com a finalidade para a qual eles foram coletados. Mais do que isso: tanto a dimensão negativa (a abstenção de divulgação de informação sigilosa) quanto a dimensão positiva (manutenção do sigilo) da obrigação de confidencialidade são ampliadas, transcendendo o contrato, já que surge, por força da legislação de proteção de dados, um dever de se guardar o sigilo de dados pessoais relacionados a terceiros em paralelo ao dever de se cumprir com as exigências legais para assegurar a legalidade do tratamento desses dados.

O escopo da LGPD é a proteção de dados de pessoas naturais, não jurídicas. Assim, não são as informações *sobre a empresa* que interessam à lei, e sim os dados eventualmente coletados que permitam *identificar* uma pessoa física (conforme definição de “dado pessoal”). Esses dados podem ser das próprias pessoas envolvidas na negociação, dos empregados e prepostos das partes envolvidas, de clientes, fornecedores, ou, ainda, podem consistir no próprio *objeto de interesse* para a aquisição da empresa alvo. Obviamente, o tipo e o volume de dados pessoais envolvidos impactarão nas salvaguardas a serem tomadas para cumprir a LGPD.

O tratamento de dados pessoais, que abarca praticamente todo tipo de atividade realizada, requer a indicação de uma base legal autorizativa dentre aquelas previstas nos artigos 7º (dados pessoais) ou 11 (dados pessoais sensíveis). Se a operação envolver uma transferência internacional de dados, conceito que abrange todo tipo de atividade realizada com dados pessoais no exterior, o que inclui desde o acesso remoto de dados armazenados no exterior até a efetiva remessa das bases de dados,⁴⁷ será preciso indicar uma base legal

Renato (Org.). *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 119.

47 LEONARDI, Marcel. Transferência internacional de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo et al. (org.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 289.

para realizar a transferência (dentre as hipóteses dos artigos 7º e 11) e outra para a transferência em si (conforme artigo 33 da LGPD). Essa questão é relevante porque uma negociação de fusão e aquisição não precisa de partes de diferentes nacionalidades para que sejam necessárias bases legais para transferência internacional: a simples alocação do *data room* em um servidor localizado no exterior já caracteriza a transferência internacional.

Ocorre que a LGPD adotou o modelo geográfico para a transferência internacional de dados,⁴⁸ à semelhança do RGPD.⁴⁹ Esse modelo não apenas é mais restritivo, como também depende da atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”) para proferir decisões de adequação, sugerir cláusulas contratuais padrão e autorizar determinada transferência, o que ainda não ocorreu. Assim, por ora, parece haver apenas duas bases aplicáveis às negociações envolvendo a transferência internacional ao setor privado: o consentimento de titulares (hipótese pouco recomendada devido às exigências legais)⁵⁰ ou as cláusulas contratuais específicas, que poderão ser revistas futuramente pela ANPD,⁵¹ sem prejuízo de que as partes solicitem

48 MARQUES, Fernanda Mascarenhas; AQUINO, Theófilo M. de. O regime de transferência internacional de dados da LGPD: delineando as opções regulatórias em jogo. *In*: DONEDA, Danilo *et al.* (org.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 307-309.

49 Porém, diferentemente do RGPD, não há hierarquia entre as bases legais previstas no artigo 33 da LGPD.

50 LEONARDI, Marcel, *Op. Cit.*, p. 296.

51 SILVA, Matheus Passos. Os desafios para a proteção de dados no contexto de transferências internacionais de dados pessoais no setor privado. *In*: FRANCOSKI, Denise de Souza Luiz; TASSO, Fernando Antonio. *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: LGPD*. São Paulo: Ed. RT, 2021. *E-book*, p. RB-31.4. Como a ANPD ainda está em fase de estruturação, o autor aponta que “a ação mais recomendável parece ser a de seguir padrões internacionalmente reconhecidos, como a ABNT NBR ISO/IEC 27701:2019. Essa norma traz ações genéricas que devem ser realizadas por controladores e operadores em geral ao tratarem de transferências internacionais, tais como: identificação e documentação das bases legais relevantes para a transferência internacional de dados pessoais; identificação e documentação de quaisquer outras exigências referentes a transferências internacionais; registro da transferência internacional para ou de terceiros, assegurando a cooperação com essas partes para apoiar futuras solicitações relativas

a prévia aprovação da ANPD quando da elaboração do acordo de confidencialidade que tiver por objeto o compartilhamento de dados.

A LGPD também “dinamiza” as relações contratuais. Importa, nesse sentido, não a posição de comprador ou vendedor, mas, sim, a de titular de dados pessoais (a pessoa natural) e de agentes de tratamento, os controladores e operadores, que varia caso a caso.

Podem ser agentes de tratamento tanto pessoas físicas como jurídicas, de direito público ou privado, sendo referidas como *controladoras* aquelas que tomam as decisões sobre o tratamento de dados pessoais e como *operadoras* aquelas que realizam o tratamento de acordo com as ordens recebidas das controladoras. Porém, a mesma pessoa (física ou jurídica) pode ser, simultaneamente, controladora em determinada situação e operadora em outra, ou pode haver contratos em que ambas as partes são controladoras ou operadoras, observando as ordens de um terceiro que atue como controlador.

A avaliação sobre o papel desempenhado no tratamento de dados pessoais (se como controlador ou operador) é *fática*, sendo irrelevante fazer constar propositalmente definição distinta em contrato.⁵² Ademais, em se tratando de pessoa jurídica (de direito público ou privado), a hierarquia interna é irrelevante: a rigor, é a pessoa jurídica quem atua como controladora e/ou operadora. Ou seja, todas as pessoas vinculadas à pessoa jurídica em determinada atividade de tratamento serão consideradas da mesma forma, razão pela qual é equivocado dizer que gestores de determinado órgão público ou empresa são controladores e que seus estagiários seriam operadores,

às obrigações em relação aos titulares; no caso de operadores, informar ao controlador eventuais mudanças na situação concreta, de forma antecipada, de acordo com um prazo acordado, de tal modo que o controlador tenha a possibilidade de contestar essas mudanças ou rescindir o contrato”. Trata-se, porém, de boa prática que também poderá ser objeto de manifestação da ANPD no futuro.

52 LEONARDI, Marcel. Controladores e operadores: papéis, distinções, mitos e equívocos. In: FRANCOSKI, Denise de Souza Luiz; TASSO, Fernando Antonio (Coord.). *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: LGPD*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

quando todos se engajam na mesma atividade de tratamento de dados pessoais.

Por isso, alguns cuidados devem ser observados nas negociações para aquisição societária. A *Information Commissioner's Office* (“ICO”), autoridade britânica de proteção de dados, traz ao menos oito recomendações sobre o tema, pertinentes também para a LGPD: (i.) assegurar que o compartilhamento de dados será parte da *due diligence*; (ii.) estabelecer quais dados serão compartilhados; (iii.) identificar a finalidade para a qual os dados foram inicialmente coletados; (iv.) estabelecer a base legal para o compartilhamento; (v.) verificar a observância dos princípios, especialmente a finalidade, adequação e transparência; (vi.) documentar o compartilhamento de dados; (vii.) obter auxílio técnico antes de compartilhar dados para um sistema diverso, considerando o risco de segurança da informação; (viii.) considerar como e quando titulares de dados pessoais serão informados sobre o compartilhamento, assegurando-se mecanismos para que possam se opor, quando for o caso.⁵³

Como as negociações em fusões e aquisições geralmente envolvem apenas pessoas com posições estratégicas e são conduzidas de forma confidencial, idealmente, não se recomenda pautar o compartilhamento – nem eventual transferência internacional – na base legal do consentimento, já que cada titular deveria concordar individualmente com a operação. Alternativamente, pode-se utilizar do legítimo interesse, entendendo-se a negociação como uma forma de “apoio e promoção de atividades do controlador”, de acordo com o artigo 10, I, da LGPD. O uso dessa base, todavia, não é livre de riscos. Há, no Brasil, um debate interessante, por exemplo, sobre a obrigatoriedade de se documentar o uso do legítimo interesse por meio do relatório de impacto à proteção de dados pessoais, previsto no artigo

53 INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. *Due diligence when sharing data following mergers and acquisitions*. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-of-practice/data-sharing-a-code-of-practice/due-diligence/?q=confidentiality>. Acesso em: 05 nov. 2021.

38 da LGPD, sujeito à revisão e discordância da ANPD.⁵⁴ Deve-se registrar no relatório o chamado *legitimate interest assessment* ou “LIA”, que compreende três etapas:⁵⁵ (i.) teste da finalidade, (ii.) teste da necessidade, e (iii.) teste da proporcionalidade.⁵⁶ Há que se ter cuidado, porém, com o tipo de dados compartilhados, já que o legítimo interesse não autoriza o tratamento de dados sensíveis.

A ICO também recomenda a celebração de um contrato de compartilhamento de dados⁵⁷ (*data sharing agreement*) esclarecendo quem são as partes envolvidas e se elas figuram como controlador ou operador⁵⁸ – ou seja, o regimento tradicional oferecido por acordos

54 Marcel Leonardi defende a obrigatoriedade de realização do relatório de impacto como uma forma de mitigação de riscos (LEONARDI, Marcel. Legítimo Interesse. *Revista do Advogado*, v. 39, n. 144, 2019, p. 8). A Associação de Pesquisa Data Privacy Brasil, por outro lado, recomendou a não obrigatoriedade do relatório de impacto à proteção de dados pessoais para registro do uso da base legal do legítimo interesse, mas tão somente a realização de um teste de proporcionalidade em quatro etapas. No Achado nº 12 do documento elaborado pela Associação, justificou que, “[c]om isso, evita-se uma ‘vulgarização’ dos relatórios de impacto, até porque é a atividade de tratamento de dados em si, e não a base legal, que define o nível do risco em uma situação concreta.” (BIONI, Bruno; KITAYAMA, Marina; RIELLI, Mariana. O Legítimo Interesse na LGPD: quadro geral e exemplos de aplicação. São Paulo: *Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa*, 2021. p. 41).

55 A Data Privacy Brasil indica uma quarta etapa (“salvaguardas”), na qual se asseguraria ao titular de dados e entidades representativas o direito ao contraditório, para manifestação sobre os interesses do controlador ou de terceiros. (BIONI, Bruno; KITAYAMA, Marina; RIELLI, Mariana, *Op. Cit.*, p. 39).

56 LEONARDI, Marcel, *Op. Cit.*, p. 8.

57 “A target company (or its seller) should also consider entering into a data transfer agreement with the buyer to ensure the buyer (1) safeguards the information to the extent required by applicable law, (2) does not further disclose the personal data, (3) uses the information solely for a legitimate purpose and not in any way that violates applicable law or the applicable privacy policy, and (4) abides by any restrictions contained in the target company’s contracts with third parties (to the extent related to the personal data shared prior to closing).” (ILAN, Daniel; RONCO, Emmanuel; ROSEN, Jane. Data Privacy and Cybersecurity in M&A: a new era. *Landslide*, [s.l.], v. 10, n. 6, jul./ago. 2018. p. 73).

58 INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE. *Data sharing agreements*. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-of-practice/data-sharing-a-code-of-practice/data-sharing-agreements/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

de confidencialidade é evidentemente insuficiente e não se confunde com as obrigações específicas demandadas pelas legislações de proteção de dados. Nas negociações societárias, em regra, ambas as partes são controladoras, já que tratarão dados para avaliar a viabilidade do negócio de acordo com os próprios interesses. Essa qualificação é importante porque, na hipótese de ação indenizatória, há obrigação solidária dos controladores, mas operadores só respondem solidariamente se descumprirem obrigações impostas pela LGPD ou instruções lícitas do controlador (artigo 42, § 1º, I e II, LGPD).

Para prevenir parte das situações narradas acima, empresas também podem ajustar políticas de privacidade para informar titulares, desde a coleta dos dados pessoais, sobre o possível compartilhamento em caso de envolvimento em *due diligence* para negociações, obtendo o consentimento desde o início (documentando os respectivos formulários). Também se recomenda fazer uma diligência prévia para reduzir a quantidade de dados pessoais compartilhados; restringir o acesso apenas às pessoas que precisam analisar os dados pessoais ou, ainda, anonimizar os dados, afastando-se a aplicação da LGPD. Ademais, pode-se inserir cláusula de exclusão de responsabilidade, por meio da qual a parte que disponibiliza o acesso aos dados se compromete a estar em *compliance* com a LGPD.⁵⁹

Portanto, embora tenha introduzido questões com impacto direto em negociações entre particulares, a LGPD também deixou espaço para a regulação privada, que pode ser exercida especialmente por meio de contratos⁶⁰. Acordos de confidencialidade devem ser adaptados à LGPD para não afrontar os princípios nela estabelecidos, tendo em vista que a sua formatação tradicional não assegura o cumprimento das normas sobre proteção de dados. Em paralelo, é fundamental que sejam inseridas cláusulas específicas sobre proteção de dados ou que seja assinado um instrumento contratual visando a estabelecer um re-

59 ALMEIDA PRADO, Andrea Ditolvo Vela de, *Op. Cit.*, p. 264.

60 GUIDI, Guilherme Berti de Campos; LILLA, Paulo Eduardo de Campos, *Op. Cit.*, p. 118.

gramento claro abordando aspectos como a descrição das espécies de dados pessoais envolvidas, o compartilhamento, o tratamento de dados e as responsabilidades das partes da negociação.

2.2. A confidencialidade como atributo de segurança da informação.

Além dos temas analisados até aqui, a manutenção da confidencialidade será também relevante para evitar outros riscos econômicos oriundos de leis de proteção de dados. Isso porque, ao consolidar as regras sobre proteção de dados pessoais, a LGPD passou a prever sanções cíveis e administrativas concretas em caso de violação. Por consequência, a adequação de empresas às regras de proteção de dados e segurança da informação torna-se fator relevante na avaliação do preço na negociação. A exemplo, pode-se mencionar o caso da Uber, que, no final de 2017, viu o valor de venda de parte das suas ações ao Softbank ser reduzido em US\$ 22 bilhões após ter divulgado a exposição de informações privadas de 57 milhões de clientes.⁶¹⁻⁶² Já a Marriot foi multada em £18,4 milhões pela ICO em razão de um vazamento de dados ocorrido em 2014 nos sistemas da Starwood, adquirida pela Marriot em 2016, por não ter realizado a *due diligence* adequada e não ter constatado uma vulnerabilidade nos sis-

61 ALMEIDA PRADO, Andrea Ditolvo Vela de, *Op. Cit.*, p. 259.

62 Embora não diga respeito à compra e venda de participação societária, o caso da Datran Media LLC também ilustra o valor econômico do descumprimento de normas de proteção a dados pessoais. A empresa celebrou contratos comerciais de licença para uso de listas com dados pessoais de consumidores com base em declarações e garantias prestadas pelos vendedores de que as normas de proteção de dados tinham sido observadas. Essas declarações eram falsas e, em março de 2006, a Datran fechou um acordo com a Promotoria do Estado de Nova York concordando com (i.) o pagamento de 1,1 milhão de dólares a título de penalidades, confiscos e custas; (ii.) a destruição de todas as informações obtidas ilegalmente dos vendedores de listas; e (iii.) a indicação de um *Chief Privacy Officer* (correspondente ao “Encarregado” da LGPD e ao *Data Protection Officer* do RGPD). (GILBERT, Françoise. Hot Issues in M&A and corporate transactions. *Practical Lawyer*, Philadelphia, v. 53, n. 1, 2007. p. 22).

temas da Starwood que deu origem ao vazamento de dados de diversos clientes.⁶³

Acordos de confidencialidade e cláusulas de proteção de dados serão relevantes para viabilizar a *due diligence* necessária para avaliar os riscos econômicos decorrentes da ausência de adequação da empresa alvo às normas de proteção de dados, antes, durante e após concluídas as negociações. A combinação dessas cláusulas também deve ser uma ferramenta de segurança da informação, cujo conceito foi desenvolvido pela ciência da computação com o objetivo de “proteger os atributos de sistemas e dos dados, quais sejam, a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade”.⁶⁴ A esses atributos se acrescenta a resiliência, que significa, em síntese, a capacidade de um sistema se recompor em suas funções essenciais após um erro ou incidente.⁶⁵

A confidencialidade protege a informação contra um acesso ou uso não autorizado e chegou a ser reconhecida como um direito fundamental pelo Tribunal Constitucional Alemão em decisão proferida em 27 de fevereiro de 2008. Wolfgang Hoffman-Riem aponta que o direito à confidencialidade e integridade protege os sistemas informáticos complexos da infiltração, espionagem ou manipulação para a coleta de dados.⁶⁶

A obrigação de segurança da informação está prevista no artigo 46 da LGPD, que impõe a adoção de medidas técnicas e adminis-

63 A decisão da ICO está disponível neste link: <https://ico.org.uk/media/action-weve-taken/mpns/2618524/marriott-international-inc-mpn-20201030.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021.

64 MENKE, Fabiano; GOULART, Guilherme D. Segurança da informação e vazamento de dados. In: DONEDA, Danilo *et al.* (Org.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 344.

65 MENKE, Fabiano; GOULART, Guilherme D, *Op. Cit.*, p. 345.

66 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. A proteção de direitos fundamentais da confidencialidade e da integridade de sistemas próprios de tecnologia da informação. Trad. Pedro Henrique Ribeiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 23, abr./jun., 2020.

trativas “aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito”. Essa definição ampliou a noção de “incidente” para além das hipóteses de violação a um dos atributos da segurança da informação, abarcando também as situações de tratamento inadequado ou ilícito.⁶⁷ Devido ao recorte de pesquisa proposto, a análise a seguir será restrita aos incidentes de confidencialidade.

Entende-se que as medidas técnicas aptas a evitar um incidente de segurança compreendem o uso de recursos de informática, como a atualização de configurações de segurança dos sistemas, *antimalware*, antivírus, controles de acesso, criptografia etc.⁶⁸ Já as medidas administrativas dizem respeito à organização: políticas de privacidade, treinamento de equipe, processos baseados em *privacy by design* e *privacy by default*, e, a exemplo do Considerando 78 do RGPD, minimização, pseudonimização e transparência sobre o tratamento, garantindo-se aos titulares a possibilidade de controlar o uso de seus dados pessoais. Tais medidas devem ser consideradas antes, durante e depois da *due diligence*.

A respeito das condutas indicadas para preservar a confidencialidade, destaca-se que, recentemente, a ANPD publicou um guia orientativo sobre segurança da informação, acompanhado de um checklist,⁶⁹ que, embora destinado aos agentes de tratamento de pequeno porte, estabelece diretrizes básicas para qualquer situação. Além de recomendar a assinatura de termos de confidencialidade com funcionários,⁷⁰ a ANPD indicou práticas para manter o sigilo das

67 BIONI, Bruno *et al.* *Tomada de subsídios nº 2/2020 da Autoridade Nacional de Proteção de Dados*: contribuição do Data Privacy Brasil sobre incidentes de segurança, 2021. p. 5.

68 MENKE, Fabiano; GOULART, Guilherme D. *Op. Cit.*, p. 346.

69 Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/checklist-vf.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

70 AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. *Segurança da informação para agentes de tratamento de pequeno porte*. Brasília, out./2021, p. 9-10.

informações acessadas, tais como: utilizar aplicativos com criptografia ponta a ponta; manter documentos físicos que contenham dados pessoais em gavetas (e não expostos); não compartilhar logins e senhas de acesso; bloquear computadores quando não estiverem em uso para evitar o acesso de terceiros; estabelecer, em contratos, regras sobre a finalidade do compartilhamento de informações; estabelecer sistemas de controle de acesso com níveis de permissão, de acordo com a necessidade de compartilhamento de cada informação etc.

A listagem dessas medidas parece indicar que a segurança da informação será entendida como uma obrigação de meio, não de resultado, tal como a obrigação de confidencialidade. Consequentemente, infere-se que, a despeito da posição majoritária apontar que a regra geral de responsabilidade civil na LGPD é de regime objetivo, à hipótese específica prevista no parágrafo único do artigo 44 da LGPD se aplicará o regime *subjetivo*, coexistindo, assim, os dois regimes.⁷¹ Além disso, especificamente com relação a tal regra, não há previsão de responsabilidade solidária, o que não impede que as partes regulem no acordo de confidencialidade eventuais consequências contratuais decorrentes de eventual incidente de confidencialidade pelo vazamento de informações ou acesso não autorizado de terceiros.

O incidente de confidencialidade viola tanto o acordo de confidencialidade (ensejando responsabilidade negocial, abordada na primeira parte do artigo) como a LGPD, ensejando responsabilidade *extra negocial*, por danos suportados por titulares, e possível imposição de penalidades administrativas pela ANPD. Portanto, o impacto da LGPD não se restringe ao *conteúdo* das obrigações de confidencialidade contratualmente estabelecidas, afetando também as consequências aplicáveis caso dados pessoais sejam indevidamente tratados.

71 SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: DONEDA, Danilo *et al* (Org.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 328.

Conclusão.

Neste artigo, buscou-se analisar o dever de confidencialidade no âmbito das negociações para aquisição de participação societária e os impactos decorrentes da LGPD. Na primeira parte, compreenderam-se os objetivos dos acordos de confidencialidade, atrelados à proteção concorrencial da empresa que se vê obrigada a compartilhar informações estratégicas para avaliação do negócio, e as consequências de sua violação.

A segunda parte abordou as exigências trazidas pela LGPD, apontando-se cautelas para a proteção de dados pessoais no âmbito de negociações privadas. Além das preocupações tradicionais, é preciso definir de forma clara a condição das partes como controlador ou operador, a base legal para o tratamento e eventual transferência internacional etc., seja pela inserção de cláusulas de proteção de dados nos acordos de confidencialidade, seja pela celebração de contratos específicos sobre o segundo tema.

As preocupações expostas ressaltaram que, além de um dever de proteção decorrente da boa-fé objetiva, a confidencialidade também é atributo de segurança da informação. Assim, o acesso não autorizado a dados pessoais pode ensejar tanto a responsabilidade pré-contratual, contratual e pós-contratual (*culpa post factum finitum*), como a responsabilidade *extra negocial*, por violação à LGPD, e imposição de sanções administrativas pela ANPD.

Portanto, se, de um lado, a LGPD demandará ajustes para que acordos de confidencialidade passem a prever cláusulas voltadas à proteção de dados pessoais, de outro, também atribui relevância a esses contratos para reforçar a segurança da informação. Afinal, as consequências de um incidente de confidencialidade podem ser nefastas não apenas para as partes da negociação, mas também para terceiros – lembre-se que o segredo das orelhas de burro de Midas resguardava, ao fim e ao cabo, um dado pessoal *sensível*.