



DUEDILIGENCE

OS PROCESSOS DE AUDITORIA LEGAL

1. O conceito de *duediligence*

Nunca, como nos dias de hoje, foi tão verdadeiroo adágio “informação é poder”. O sucesso de vários projetos empresariais está intrinsecamente ligado à existência e qualidade das informações prestadas já que serão elas essenciais no pleno conhecimento da realidade e na determinação da vontade contratual.

Uma empresa é uma realidade dinâmica e plurifacetada que não se esgota apenas no acervo de bens e direitos dados pelas visões societária e contabilística daí a crescente importância prática da realização das *duediligences*(auditorias legais), ou na gíria, *DD*.

Uma *duediligence*é por isso uma operação complexa, e geralmente pré-contratual, através da qual se realiza uma análise completa sobre múltiplas dimensões jurídicasda empresa, legislativas regulamentares, económicae estruturais com a finalidade de identificar e avaliar ativos e passivos e de mitigar contingências.

A auditoria legal é portanto um instrumento de gestão do risco do eventual adquirente ou financiador que tenta atenuar a assimetria informativa que o separa do alienante ou financiado e conferirá uma maior proteção daquela que avulta da inserção das tradicionais cláusulas contratuais de *representationsandwarranties*– declarações e garantias sobre aspetos essenciais do negócio.

Podemos destacar as seguintes funções da realização de auditoria legal:

- a) Formativa, na medida em que se visa dar às partes todos os elementos necessários à formação livre da sua vontade negocial, alicerçada em informações concretas e completas;
- b) Garantística, pois ao adquirente/financiador deve ser assegurada a inexistência de vícios ou contingências que possam afetar elementos essenciais do negócio;
- c) Valorativa, dado que auxiliará na determinação do preço negocial não só quanto ao seu montante como também quanto a um diferimento do seu pagamento no tempo;
- d) Probatória, quanto aos documentos que contêm informação relevante entre as partes e a empresa e, em especial, relativamente àqueles que o comprador teve acesso.

Na prossecução destas finalidades, o âmbito material de um processo de *duediligence* cobrirá uma multiplicidade de áreas e variará em função do seu objeto e da iniciativa e finalidade da sua realização.

A complexidade deste tipo de processos exige dos profissionais que os conduzem uma capacidade técnica especializada – já que também eles poderão ser alvo de responsabilidade civil – e custos por vezes elevados consoante a profundidade e rigor da auditoria almejada, já que é normal a intervenção de equipas multidisciplinares para tanto.

2. A questão da confidencialidade

A questão da confidencialidade é a primeira que se coloca num processo de *duediligence*, isto é, sendo o seu fim caracterizado por uma visão global e detalhada de todo o negócio, importa atender em que termos e limites poderão estas informações ser utilizadas pelo potencial vendedor a um terceiro investidor.

Nunca nos podemos olvidar que muitas vezes existem razões legais ou contratuais que limitam a divulgação destes dados pelo que, tratando-se apenas de razões contratuais, a solução mais simples é a de solicitar o consentimento da contraparte para que o contrato possa ser então revelado a um terceiro face àquela relação mas que potencialmente nela poderá tomar parte.

Caso os contratos em causa estejam protegidos por cláusulas de confidencialidade não poderão estes ser revelados a terceiros ainda que esses terceiros, em virtude de adquirem a empresa passem a ter acesso a eles, sob pena de se incorrer num incumprimento contratual gerador de responsabilidades a esse nível.

Não existindo aquela autorização ou sendo impossível solicitá-la por força do próprio carácter confidencial da operação que subjaz à realização da *duediligence* qual deve ser o procedimento?

A preparação de simples memorandos dos contratos em causa, descrevendo sinteticamente os principais direitos e obrigações das partes, poderá ser uma possível solução para este bloqueio, não obstante a verificação que sempre deverá ser feita face às regras de confidencialidade que as partes se vincularam.

Contudo, muitas das vezes quem surge naqueles contratos enquanto sujeito e que por isso se obriga àquelas regras de confidencialidade é a sociedade sendo certo que não é ela, geralmente quem surge como parte no processo de compra e venda da empresa.

Geralmente, a compra e venda de empresas toma a forma dos chamados *share deals*, ou seja, processos de compra e venda de participações sociais que indiretamente implicam a compra e venda da empresa que subjaz àquele veículo societário, pelo que o potencial vendedor não é a própria sociedade mas simum (ou vários) titular(es) de participações sociais na empresa a ser transacionada.

A este propósito há que considerar que o potencial vendedor apenas poderá revelar, em sede de auditoria legal, os atos, contratos e dados a que, enquanto sócio ou acionista tenha acesso e sejam reveláveis, e os documentos que a própria sociedade consinta que possam estar no domínio de terceiros (cfr. artigo 291.º do Código das Sociedades Comerciais).

Exemplo de algumas limitações legais importantes neste contexto são as relativas à divulgação de dados pessoais que poderão surgir num contexto de uma auditoria legal quando se analisem informações relativas aos trabalhadores da empresa.

Nos termos do artigo 3.º da Lei de Proteção de Dados Pessoais, são dados pessoais “qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”, pelo que, versando a *duediligence* sobre este tema, deverão sempre ser eliminados ou ocultados os nomes e outros dados pessoais ou outros quaisquer elementos que permitam identificar os indivíduos.

Para além das restrições legais e contratuais a que já aludimos, o potencial alienante ou financiado deve ainda ser rigoroso na definição das condições em que revelará outras informações que, não estando abrangidas por aquelas restrições, podem ainda assim afetar a posição competitiva da empresa no mercado se conhecidas. Falamos dos *segredos de negócio*, a sua alma como alguns os definem, que conferem à empresa uma vantagem competitiva face aos seus concorrentes. Assim, e no que a tais informações diz respeito, é comum fazer-se depender a *duediligence* da celebração de um acordo de confidencialidade entre as partes.

Contemporâneo a este, surge por vezes a celebração de um acordo de intenções que vincule minimamente o potencial comprador à apresentação de uma proposta séria e à negociação segundo as regras da boa-fé, que possa ser utilizado como fundamento para uma futura ação de responsabilidade pré-contratual caso a rutura das negociações se deva basear na má-fé do potencial comprador que apenas as utilizou como meio de aceder a informações que de outro modo não estariam ao seu alcance. A principal vantagem da celebração deste acordo lateral prende-se com a dificuldade de provar a quebra da confidencialidade que acione as penalidades previstas no acordo que a prevê.

3. Caracterização da *duediligence*

- a) *Quanto aos sujeitos – “Um investidor que faça uma auditoria legal é portanto um investidor avisado, um investidor com diligência”* NUNO MOURA ROLDÃO E ANA GUEDES TEIXEIRA

Regra geral as auditorias legais são promovidas e realizadas pelo potencial adquirente ou financiador o que não implica que as mesmas não possam ser realizadas pelo potencial alienante.

Também para este as vantagens são múltiplas já que um processo como a *duediligence* permite-lhe aperceber-se do real valor da sua empresa, antecipar-se de potenciais problemas que podem ser levantados pelo potencial comprador, revelar antes da venda as fragilidades que sobre a empresa impendam para evitar responsabilidades futuras, preparar um *dossier* de venda mais atrativo, ter um controlo prévio sobre o que será revelado, negociar de forma livre e esclarecida as

declarações e garantias do contrato de compra e venda ou financiamento da empresa e corrigir deficiências no negócio de modo a limitar futuras responsabilidades.

b) Quanto aos aspetos formais

Consoante a consulta das informações seja feita de forma física, *i.e.* na própria empresa ou estabelecimento auditados, ou através de cópias – a chamada auditoria *em data room* – assim se distinguirá a *duediligence*.

São facilmente apreensíveis as vantagens da realização de uma auditoria *in loco*: a confirmação da exatidão e completude de certos documentos e situações não se consegue fazer de forma tão eficaz apenas através de cópias e, até, sem qualquer contato humano ou possibilidade de obter explicações adicionais *in loco*.

Porém, não se podem negar as desvantagens que tal opção acarreta relativamente à perturbação da atividade da empresa que este processo implica e a maior dificuldade de controlo nos fluxos de informação.

c) Quanto ao objeto

O rigor e profundidade da *duediligence* bem como a variedade de áreas abrangidas são fatores determinantes para o sucesso dos objetivos definidos aquando do início de todo este complexo processo ao mesmo tempo que definem o modo como ele vai ser realizado.

Como no ponto 1 supra referenciámos, o âmbito material de uma *duediligence* abrange normalmente as áreas de:

- i. Societário—conhecer a estrutura societária da empresa, nomeadamente, a titularidade das participações sociais, direitos e deveres (gerais ou especiais) que as condicionam tais como a existência de direitos de preferência na alienação daquelas ou ónus ou encargos que sobre elas impendam, e conhecer a estrutura organizativa em que a mesma se funda (quais os órgãos sociais e como se relacionam) e o âmbito das relações de grupo. Neste último caso, de análise de grupos de sociedades ou de sociedade inserida em grupo, a auditoria deverá analisar as relações que se estabelecem entre a sociedade objeto de análise e as restantes do grupo na medida em que tais relações possam influenciar a sua estrutura e organização.
- ii. Imobiliário—o objeto é conhecer o acervo patrimonial de que a empresa é efetivamente titular bem como eventuais ónus ou encargos que o afetem.



- iii. Contratos – explorar e identificar os contratos em que a empresa está envolvida permite conhecer de forma mais aprofundada a atividade comercial desenvolvida, o perfil dos clientes e fornecedores e a dimensão que a empresa tem no mercado.
- iv. Seguros–uma análise dos seguros sobre os bens imóveis e móveis, atividade desenvolvida, entre outros, permite verificar se a empresa está a cumprir com os imperativos legais quanto aos riscos que devem ser acautelados pelas entidades seguradoras.
- v. Financeiro – no âmbito financeiro importa conhecer em detalhe todos os contratos de financiamento, *factoring* e locação financeira celebrados pela sociedade, bem como a existência de garantias com particular relevo as bancárias, hipotecas e penhores constituídos a favor ou a pedido da sociedade no contexto daqueles contratos. O objetivo é traçar um quadro completo das responsabilidades financeiras assumidas pela sociedade e perante quais entidades ao mesmo tempo que permite concluir-se sobre a sustentabilidade e solvabilidade do património face às responsabilidades arcadas.
- vi. Licenciamento – estão aqui em causa regras administrativas e o cumprimento das mesmas quanto a instalações, operações e atividades que podem envolver a necessidade de licenças e autorizações administrativas obrigatórias.
- vii. Propriedade Intelectual–não podemos ignorar o valor patrimonial que os direitos de propriedade intelectual podem representar para uma empresa. Muitas das vezes eles constituem algumas das suas importantes mais-valias que devem por isso ser objeto de uma análise detalhada não só quanto ao seu valor como relativamente ao cumprimento de formalidades legalmente exigidas.
- viii. Contencioso–um levantamento dos processos judiciais e extrajudiciais em curso ou potenciais afigura-se como um dado importantíssimo a analisar quer a sociedade assuma a posição de Autora ou de Ré, demandante ou demandada. Visa-se determinar as responsabilidades que a sociedade poderá ser chamada a cumprir ou a acatar em sede daqueles processos e que terão enorme impacto na sua avaliação.
- ix. Laboral–o objetivo é identificar a estrutura e organização laborald a sociedade, bem como dos concretos procedimentos e documentos comprovativos da contratação individual, o que contribuirá de forma direta para o juízo quanto à sua dimensão e verificar o cumprimento de todos os requisitos legais que sobre si impendem em matéria de Direito do Trabalho.

Para uma listagem completa da documentação necessária para uma completa *duediligence* poderá consultar http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MEP_MA_21412.pdf.

Conclusões



Do dever genérico de negociar de acordo com os ditames da boa-fé resulta um espectro de diversos deveres específicos, sendo um deles o dever pré-contratual de informação. A sua importância está intrinsecamente ligada com o conhecimento de todas as informações necessárias à decisão de contratar e, tal como vimos, na maioria dos casos estará o potencial alienante ou financiado em melhores condições de as prestar já que tendencialmente será ele o melhor informado.

Neste quadro, o potencial adquirente ou financiador decide normalmente realizar uma *duediligence*, incorrendo por vezes em significativas despesas, com o objetivo de melhorar a sua posição contratual, equilibrando, tanto quanto possível, a assimetria informativa.

Contudo, ao indicar o tipo de informações que pretende obter está a indicar as informações que para si serão conformadoras da sua vontade negocial o que, *a contrario*, leva a concluir que não dependerá a sua decisão de tudo o que esteja excluído porque não foi expressamente solicitado. Concordando com FÁBIO CASTRO RUSSO, a auditoria legal não será neutra já que delimita positivamente o conteúdo do dever pré-contratual de informação quando é definido o seu objeto, enegativamente, já que quanto a tudo o que ficou, e a que o potencial comprador não revelou interesse, deverá este dever pré-contratual de informação considerar-se atenuado ou até mesmo excluído, sobretudo quando se tenha recorrido a profissionais especializados como, por exemplo, advogados, auditores ou revisores oficiais de contas para a condução deste processo.

Ao mesmo tempo, ao permitir a realização da auditoria e com ela colaborar, o alienante ou financiado está a cumprir com o dever pré-contratual de informação que também sobre si impende, afastando qualquer *culpa in contrahenda* sua parte. Ademais, poderá até entender-se que não estará ele obrigado a prestar informações por outra via se quanto a tal informação poderia também a outra parte chegar pela mais ou menos atente consulta da informação disponibilizada.

Recentemente a doutrina nacional tem dedicado especial atenção ao problema da responsabilidade por ónus ou vícios da empresa distinguindo-se aqueles que defendem a aplicação do regime da compra e venda de bens onerados com os que elegem o regime da compra e venda de bens defeituosos como mais apropriado face à ineptidão das soluções oferecidas pelos institutos da anulação (*rectius* resolução) do contrato no que à compra e venda de empresas diz respeito.

Com efeito, nos ditos *share deals* apenas as participações sociais são transmitidas o que implica a manutenção da titularidade da empresa por parte da superestrutura societária que a subjaz (embora economicamente pertença ao novo comprador). Ora a realização de uma *duediligence* permite uma análise cuidada da sociedade-alvo, identificando-se as qualidades que possui e, dessa forma, acentuando-se as responsabilidades do vendedor já que uma vez obtido o acordo contratual sobre aquilo que o objeto do negócio jurídico deve ser, será mais fácil demonstrar eventuais divergências entre esse *dever ser* e o que ele efetivamente é.

Apesar do exposto, a tendência dos últimos anos denota uma diminuição da utilização de processos de *duediligence* no âmbito dos processos de aquisição de empresas (talvez pelos seus custos, necessidade de uma equipa técnica especializada ou carácter opcional) o que não se



CARLOS PINTO DE ABREU
E ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

compreende face aos benefícios que o processo de auditoria legal traz para os empresários no cumprimento das suas funções preventivas e insubstituíveis quando comparadas com outros mecanismos

Maria do Mar Carmo