

DUE DILIGENCE

SUMÁRIO

1. *Due diligence*: noção e funções
2. Tipos de *due diligence*
3. Principais etapas
4. *Due diligence* laboral: perspectiva luso brasileira
 - 4.1. Regime português
 - 4.2. Regime brasileiro
5. Considerações finais

1. *Due diligence*: noção e funções

Uma *due diligence* é um processo que visa identificar as questões jurídicas de um *target* – empresa-alvo ou conjunto de empresas-alvo – e analisar quais os riscos e as contingências do seu negócio, podendo ser feita pelo vendedor (*vendor due diligence*) ou potencial comprador (*purchaser due diligence*).

A realização de *due diligences* é muito comum em operações de M&A (fusões e aquisições), no intuito de determinar as *precedent conditions* de um negócio e avaliar se vale a pena avançar com um processo de aquisição ou fusão e quais os riscos e contingências associados.

Tanto em Portugal como no Brasil, há várias formas de qualificar um processo de *due diligence*, a qual será feita de acordo com o tema das investigações ou negócio a realizar.

Cada tipo de *due diligence* apresenta uma finalidade específica, pelo que as diligências devem ser realizadas por uma equipa especializada com expertise técnica em diferentes áreas do conhecimento.

A *due diligence* é ainda um dos pilares de um programa de *compliance*, pois, permite realizar um diagnóstico à empresa-alvo, identificando possíveis riscos de *compliance*, que terão de ser mitigados, bem como pode evitar que a empresa-alvo crie vínculos com terceiros que possam praticar atos prejudiciais para o seu negócio. Desta forma, constitui um importante mecanismo para evitar que sejam implementadas “ferramentas de crise” e que obstem à realização de uma determinada transação face à situação da empresa-alvo.

2. Tipos de *due diligence*

As *due diligences* podem ser de diferentes tipos consoante a(s) matéria(s) objeto de análise. Assim:

Due diligence societária

Uma *due diligence* de âmbito societário visa aferir os principais aspetos da organização e gestão societária da empresa-alvo e identificar possíveis contingências associadas, as quais devem ser revistas antes da realização da transação ou, não sendo possível, consideradas para efeitos da transação, dependendo do tipo de matéria e possíveis riscos associados, sob pena de inviabilizar a transação.

Due diligence financeira

Numa *due diligence* financeira, analisam-se informações que envolvem o histórico e o desempenho financeiro da empresa, incluindo os balanços recentes, ativo e passivo, bens, dívidas, lucros, projeções futuras, entre outros fatores de cunho financeiro.

Esta modalidade de *due diligence* tem por objetivo compreender todo o fluxo de capital que gira dentro da empresa, tendo como propósito final analisar a saúde financeira do negócio e sua projeção para o futuro.

Due diligence comercial

Uma *due diligence* de âmbito comercial visa analisar as relações contratuais da empresa-alvo com clientes, prestadores de serviços, parceiros e de que forma uma alteração na estrutura acionista

CONTACTOS

GUILHERME DRAY

GDRAY@MACEDOVITORINO.COM

CLÁUDIA MARTINS

CMARTINS@MACEDOVITORINO.COM

DENISE FINCATO

DENISE@DENISEFINCATO.COM.BR

da empresa-alvo ou uma separação de ativos poderá ter impacto nos contratos em vigor. Neste âmbito, podem, por exemplo, ser relevantes as cláusulas relativas a obrigações de exclusividade, de duração, de *change of control*, e quais as possíveis medidas a adotar com vista à continuação ou cessação da relação contratual e possíveis consequências, por exemplo, pagamento de uma indemnização por cessação antecipada.

Due diligence laboral

Uma *due diligence* laboral tem como objetivo interpretar a composição do quadro funcional da empresa, principalmente para compreender como esse quadro contribui para a saúde financeira da empresa, e quais potenciais riscos se apresentam, sendo analisada a questão contratual e legislativa dos trabalhadores, além de verificar qual é a distribuição dos mesmos nas funções, qual é contencioso trabalhista da empresa e possíveis riscos na área para o futuro.

Due diligence contabilística e fiscal

Uma *due diligence* contabilística e fiscal envolve a coleta e avaliação de informações tributárias e fiscais, bem como de dados contabilísticos da empresa. Esse tipo, é sem dúvida, uma das partes mais técnicas e que demandam muita atenção da equipe responsável pela análise.

Do ponto de vista operacional, através da *due diligence*, obtêm-se informações relevantes que podem auxiliar no processo de tomada de decisões, garantindo assim, maior proteção financeira, necessária para apurar se as finanças da empresa estão sendo controladas em conformidade com a legislação vigente.

Due diligence ambiental

É de extrema relevância a análise prévia de qualquer eventual impacto ao meio ambiente. Por isso, a legislação ambiental é bastante rigorosa e é muito importante investir nesse tipo de *due diligence*. Comumente, esse tipo de diligência é realizado quando uma empresa visa expandir ou gerar *leads* B2B, a fim de realizar atividades de alto impacto no ambiente, sendo crucial atentar à legislação específica.

Due diligence em tecnologias de informação (TI)

A *due diligence* na área de tecnologia da informação tem-se intensificado, principalmente, em razão do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) na Europa, incluindo Portugal, e da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil.

Nessa área, a diligência prévia requer uma avaliação de questões referentes a integração dos processos, fluxos de trabalho, segurança de informações, avaliação detalhada dos ativos, dos sistemas, das políticas e dos procedimentos de TI, com o intuito de identificar e avaliar os principais riscos do ramo e indicar os pontos que podem impactar no negócio.

3. Principais etapas de uma *due diligence*

3.1. Acesso ao *data room*

A *due diligence* envolve o acesso a informações confidenciais da empresa-alvo.

Atualmente, a informação é, em regra, organizada e disponibilizada numa plataforma eletrónica criada para o efeito, a que se dá o nome de *data room* virtual, e cujo acesso é concedido pelo *target*.

3.2. Obrigação de confidencialidade e de proteção de dados pessoais

A *due diligence* envolve o acesso a informações confidenciais, incluindo segredos de negócio, bem como o acesso a dados pessoais que são objeto de tratamento pelo *target*.

Considerando que a divulgação de informações confidenciais pode ser prejudicial à empresa-alvo, é prática comum as partes assinarem um *Non-Disclosure Agreement* (NDA) ou *Confidentiality Agreement*.

O objetivo deste acordo é o da não divulgação de informações pelo potencial adquirente a terceiros ou a sua utilização em benefício próprio, ainda que o negócio não seja efetivado. Complementarmente, são comuns disposições referentes à devolução e/ou destruição de documentação, incluindo de dados pessoais, disponibilizada com a *due diligence*.

O tratamento de dados pessoais no âmbito de uma *due diligence* tem de assentar num fundamento jurídico válido (em regra, o interesse legítimo), circunscrever-se a uma finalidade específica (a da realização da *due diligence*) e apenas ser conservada pelo tempo estritamente necessário à realização da *due diligence*, razão pela qual a informação deverá ser devolvida ou destruída após a sua conclusão e encerramento do *data room*.

Por vezes, para uma maior eficácia da salvaguarda da confidencialidade, consta do acordo a obrigatoriedade de a auditoria ser efetuada num *data room* físico (com documentação em suporte físico) num local específico, evitando-se, assim, que a documentação “circule” para além das instalações do vendedor.

Quando, no entanto, o *data room* seja virtual, torna-se também relevante considerar se o seu acesso poderá ser feito a partir de um país terceiro (fora da União Europeia e do Espaço Económico Europeu) e se assim for acautelar a questão das transferências de dados internacionais através de uma das soluções específicas previstas no Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD – GDPR), por exemplo, com recurso a cláusulas contratuais tipo da Comissão Europeia.

O incumprimento do *NDA* ou *Confidentiality Agreement*, incluindo do tratamento de dados pessoais em violação do RGPD, é gerador de responsabilidade para a parte faltosa, que poderá ficar obrigada a ressarcir a contraparte, bem como a pesadas coimas.

Em suma, a necessidade de obter uma visão global e detalhada de todo o negócio por parte do potencial adquirente encontra-se sujeita a alguns limites, nomeadamente quanto às informações que podem ser utilizadas pelo potencial adquirente e para que finalidades e a correlativa obrigação de devolução ou destruição da informação partilhada uma vez concluída a *due diligence*.

3.3. Pedidos de esclarecimento

Com vista a acautelar possíveis contingências durante o processo de análise da informação e documentação prestada, a interação com a empresa-alvo revela-se necessária de forma a esclarecer aspetos não perceptíveis ou, até mesmo, incongruentes detetados durante a *due diligence*.

Por exemplo, numa *due diligence* laboral, sucede, por vezes, o contrato de trabalho identificar um determinado instrumento de regulamentação coletiva aplicável à empresa-alvo e no “Relatório Único” mencionar um instrumento diferente. Aspetos como este têm de ser objeto de um pedido de esclarecimento adicional para que se identifique o concreto instrumento aplicável e, em consequência, os respetivos direitos e deveres conferidos aos trabalhadores.

Normalmente, a prestação de informações adicionais ocorre por escrito, em formato “Q&A” (pergunta e resposta), sendo, porém, também possível o esclarecimento por via telefónica de eventuais questões.

3.4. Relatório de *due diligence*

A análise da informação será refletida no relatório de *due diligence*, o qual, dependendo do grau de detalhe pretendido, poderá seguir a forma de um *red flag report*, no qual apenas se identifiquem os *red flags* (principais riscos materiais), consequências associadas e recomendações a adotar, que possam ter um impacto relevante para a transação.

O relatório de *due diligence* também poderá ser mais detalhado, por forma a refletir a atual situação integral da empresa-alvo nas diferentes matérias objeto de análise e possíveis medidas a adotar.

Atualmente, o formato de *red flag report* tem ganhado uma prática generalizada, assinalando-se os aspetos materiais que possam ter impacto na transação e que devem ficar refletidos nos contratos relativos à transação, sob a forma, por exemplo, de *representations and warranties*.

É comum que o relatório conheça várias versões até se chegar à versão final, uma vez que se trata de um documento dinâmico, que é elaborado à medida que a informação é disponibilizada no *data room* e esclarecida no “Q&A” pela empresa-alvo.

4. Due diligence laboral: perspectiva luso-brasileira

4.1. Regime português

4.1.1. Principais elementos a considerar

Uma *due diligence* laboral versa sobre a identificação da estrutura e organização laboral do *target* (empresa-alvo), bem como dos procedimentos e documentos que comprovam a contratação individual de trabalhadores, de forma a verificar o cumprimento dos riscos jurídicos associados, bem como aferir as consequências associadas a um eventual incumprimento pelo *target* e que podem traduzir-se em riscos/contingências para o comprador.

A análise a efetuar deve considerar, entre outros, os seguintes principais aspetos:

- (i) Número de trabalhadores do *target*;
- (ii) Vínculo contratual de cada trabalhador e respetiva validade;
- (iii) Remuneração base e outros complementos auferidos;
- (iv) Cumprimento das obrigações jurídicas pelo *target*, nomeadamente, no que diz respeito a segurança e saúde no trabalho, horário de trabalho e seguro de acidentes de trabalho;
- (v) Análise de eventuais acidentes de trabalho;
- (vi) Cessações de contratos de trabalho ocorridas recentemente (em regra, com referência aos últimos dois anos), bem como eventuais pactos de não concorrência e acordos de confidencialidade e respetivas contingências, nomeadamente, compensações acordadas;
- (vii) Litígios judiciais ou extrajudiciais (potenciais ou existentes) com trabalhadores e respetivas contingências.

Para realizar a análise será necessário obter um conjunto de documentação/informação junto do *target*, nomeadamente: (i) listagem dos trabalhadores com indicação da existência de contrato de trabalho verbal ou escrito, a termo certo, incerto ou por tempo indeterminado, categoria, remuneração e qualidade de representante sindical; (ii) cópia dos contratos de trabalho padrão vigentes; (iii) comprovativos de cumprimento das respetivas obrigações, entre as quais, de informação à Autoridade para as Condições de Trabalho, de higiene, segurança e saúde no trabalho, horário de trabalho (designadamente, isenção de horário de trabalho e trabalho por turnos) e seguro de acidentes de trabalho; e (iv) informação relativa a adiantamentos de salários ou empréstimos efetuados a trabalhadores da sociedade.

4.1.2. Análise dos contratos de trabalho

Os contratos de trabalho estão sujeitos ao cumprimento de requisitos específicos, devendo regular determinadas matérias, como a remuneração, horário de trabalho, férias, duração, entre outras.

De acordo com a lei portuguesa, os contratos de trabalho não têm de respeitar a forma escrita, salvo os contratos a termo, contratos a tempo parcial e contratos com trabalhadores estrangeiros.

Todos os contratos que não revistam a forma escrita são tidos como contratos sem termo. Por outro lado, sempre que os contratos a termo não determinem o motivo justificativo para o termo, convertem-se em contratos sem termo.

Por esta razão, numa *due diligence* é importante confirmar os tipos de contratos, analisar os termos dos contratos e verificar se cumprem todos os requisitos para que sejam válidos. O incumprimento dos requisitos, como seja a inexistência de fundamento para a contratação a termo, terá como consequência a conversão dos contratos em contratos sem termo, o que poderá impactar na reestruturação prevista pelo potencial comprador.

Por fim, outro aspeto de grande relevância é a análise dos contratos de prestação de serviços, onde se deve verificar se estes não consubstanciam, na realidade, verdadeiros contratos de trabalho. Se for esse o caso, o empregador é obrigado a reconhecer o prestador como um trabalhador e, conseqüentemente, a converter o contrato de prestação de serviços num contrato de trabalho, bem como a cumprir com todas as obrigações contributivas perante a Autoridade Tributária e Segurança Social.

4.1.3. IRTC's aplicáveis

As relações de trabalho são, por regra, regidas pelo Código do Trabalho.

Para além do Código do Trabalho, as relações de trabalho podem ser reguladas por um instrumento de regulamentação coletiva de trabalho (IRCT), em especial uma convenção coletiva de trabalho. Trata-se de um acordo celebrado por uma ou mais associações sindicais de determinado setor de atividade com a correspondente associação patronal ou com uma empresa. A sua principal característica é o facto de ser um fenómeno de autorregulamentação e de prevalecer, em determinadas matérias, sobre a lei.

Por essa razão, ao se iniciar uma *due diligence* é importante aferir se é aplicável alguma convenção coletiva de trabalho à empresa-alvo e verificar se os contratos de trabalho estão de acordo com as normas dessa convenção coletiva.

A convenção coletiva contém matérias como horário de trabalho, período de descanso, férias, retribuição, benefícios sociais, igualdade entre homens e mulheres, segurança e saúde no trabalho, entre outros assuntos de interesse comum. Por regra, todas estas disposições são mais favoráveis que as previstas na legislação laboral.

É, assim, importante aferir se a empresa-alvo cumpre com as disposições da convenção coletiva face aos respetivos trabalhadores.

A partir de uma análise da informação obtida, o potencial comprador conseguirá obter uma “fotografia” da empresa-alvo, passando a conhecer eventuais contingências que o poderão vir a afetar no futuro, caso a transação se venha a concretizar. Essas contingências devem ser acauteladas, nomeadamente numa cláusula de *representations and warranties*, do contrato de compra e venda relativo *target*.

4.2. Regime brasileiro

A realização de *due diligence* em relação a questões trabalhistas – como a classificação de funcionários, horas de trabalho, faixas salariais e outros benefícios prometidos aos trabalhadores – pode ser essencial para que o potencial adquirente de uma companhia garanta sua conformidade regulatória antes de entrar ou finalizar um acordo de M&A.

Como parte de seu processo de *due diligence*, e com o objetivo de garantir o *compliance* regulatório, os compradores podem investigar as relações trabalhistas passadas e atuais da empresa-alvo, seus funcionários e seus parceiros de negócios, a fim de identificar quaisquer práticas trabalhistas injustas. Da mesma forma, o processo deve envolver uma análise de quaisquer acordos de negociação coletiva existentes, de forma a verificar como é que devem ser cumpridos, ou se devem ser renegociados.

Mais especificamente quanto à *due diligence* laboral, analisam-se instrumentos coletivos, regulamentos, rotinas internas da empresa e os próprios contratos individuais de trabalho e/ou

de prestação de serviços, para além do levantamento de dados sobre os processos judiciais e administrativos envolvendo a organização.

Com a diligência pretende-se chegar a um diagnóstico, o mais preciso possível, sobre a conformidade de todas as relações trabalhistas mantidas pela empresa, apontando para soluções que possam se aproximar do objetivo de desenvolvimento dos trabalhadores e do próprio estabelecimento.

A *due diligence* laboral tem a função de identificar fragilidades nas operações de contratação, gestão e desligamento de trabalhadores (empregados ou não), visando, entre alguns exemplos, reduzir os riscos de multas administrativas, número de ações trabalhistas, identificar pagamentos indevidos e outras irregularidades, diminuindo os custos da empresa.

A diligência também envolve geralmente uma investigação de litígios passados e em andamento, bem como outras reivindicações – e ameaças de processo – comunicadas pelos funcionários. Isso pode não apenas conscientizar o comprador sobre as questões legais com as quais ele pode lidar, mas também ajudar a entender o histórico de *compliance* da empresa que está sendo adquirida.

Entende-se que o realinhamento das práticas trabalhistas impacta no clima organizacional, assim como melhora o posicionamento da empresa em relação ao público externo (concorrência, clientes e até mesmo potenciais adquirentes interessados na operação).

Dessa forma, a equipe a ser formada para a realização do *due diligence* deve ser multidisciplinar, reunindo diferentes saberes, e deve focar os seus esforços nas áreas que apontem maiores riscos para aquele determinado empreendimento, otimizando a sua atuação a garantindo maior eficiência no seu trabalho.

Como exemplo, podemos mencionar uma empresa que atua com elementos de alto grau tóxico, a qual apresenta elevados riscos de poluição e degradação ambiental, os quais devem receber maior atenção e relevância pela equipe que realiza o *due diligence*.

Por outro lado, uma empresa que atua apenas na atividade inventiva, sem relevantes repercussões no meio ambiente, deve ter seu foco em questões de propriedade industrial e intelectual, dispensando menor esforço nas questões ambientais.

Isso demonstra que a *due diligence* não possui uma receita fechada de aspectos a serem analisados e diligências a serem colocadas em prática, vez que depende da área de atuação da organização sob exame.

5. Considerações finais

Ao longo da *due diligence* são identificadas diversas contingências, associadas ao incumprimento ou desconformidade com a legislação laboral. Essas contingências devem, no relatório final da *due diligence*, ser classificadas em função do seu grau de gravidade e de tipo de contraordenação aplicável (leve, grave ou muito grave), numa síntese conclusiva.

No essencial, a maioria das contingências identificadas numa *due diligence* laboral estão associadas às seguintes matérias:

- (i) Contratos de prestação de serviço: têm associado o risco de serem considerados contratos de trabalho por se encontrarem verificados os índices da presunção de “laboralidade”;
- (ii) Contratos de trabalho a termo: têm associado o risco de serem considerados contratos de trabalho sem termo por não demonstrarem a existência de uma necessidade temporária ou por não serem cumpridos os limites das renovações;
- (iii) Organização do tempo de trabalho: o incumprimento do período normal de trabalho (8 horas por dia e 40 horas por semana, em Portugal) e dos períodos de descanso (período mínimo de 11 horas seguidas entre dois períodos diário de trabalho consecutivo, em Portugal);

(iv) Violação do princípio da igualde remuneratória: detetam-se vários trabalhadores com a mesma categoria profissional e com a mesma antiguidade e experiência na função, mas que auferem uma retribuição distinta.

Com uma *due diligence* é possível auxiliar empresas que buscam ampliar o conhecimento sobre o negócio e desejem aplicar o *compliance* nas suas mais diversas operações, trazendo segurança à gestão e ao processo de tomada de decisões.

A existência de um *Manual de Compliance* que estabeleça regras que orientem a disciplina dos trabalhadores e empregador; bem como a *prestação de formação profissional* a empregadores e trabalhadores, são ótimos recursos para que muitas das contingências comumente detetadas nas empresas possam desaparecer.

Contudo, cada vez mais, a *due diligence* não pode deter-se unicamente sobre as operações próprias da empresa, devendo ser consideradas as operações da sua cadeia de valor, nomeadamente, a nível dos direitos humanos e impacto climático e ambiental.

Ao nível da cadeia de valor podem ocorrer efeitos negativos, com repercussões para a própria empresa, os seus *stakeholders* e terceiros, que são relevantes considerar e devem estar refletidos no relatório de *due diligence*. Por exemplo, ao nível do aprovisionamento de matérias-primas ou do fabrico de produtos, podem ocorrer efeitos negativos em matéria de direitos humanos, como o trabalho forçado, o trabalho infantil, situações inadequadas de saúde e segurança no local de trabalho, ou a exploração de trabalhadores.

Considerando a nova proposta de Diretiva da Comissão Europeia sobre os deveres de diligência das empresas na sua cadeia de valor, acabará por ser inadiável atender às operações da cadeia de valor no âmbito de uma *due diligence* jurídica, incluindo de que forma o *target* incorpora os critérios “ESG” na sua atividade e operações, com especial relevância, no contexto das relações laborais, para o “S” (*Social*) e o “G” (*Governance*). E, no caso brasileiro, também não será exceção.

Esta informação é de carácter genérico, não devendo ser considerada como aconselhamento profissional.

© 2022 MACEDO VITORINO