

A importância da "due diligence" no universo empresarial

Notas Introdutórias

O termo "due diligence" deriva do conceito do Direito Romano "diligentia quam suis rebus", ou seja, a diligência de um cidadão em gerenciar suas coisas, sendo tal conceito introduzido no Direito norte-americano, mais precisamente após a promulgação do Securities Exchange Act de 1933 e a instituição de regras sobre a responsabilidade de compradores e vendedores na prestação de informações em procedimentos de aquisição de empresas.

A expressão "due diligence" traduzida literalmente significaria "devida cautela ou diligência". No entanto, tal significado talvez não corresponda à abrangência do procedimento no universo empresarial.

Os procedimentos de "due diligence" foram largamente aplicados no universo empresarial, tornando-se um mecanismo essencial nas situações de aquisições de empresas ou realização de investimentos em determinada empresa, possibilitando, assim, ao adquirente ou investidor realizar uma investigação prévia das reais condições da empresa.

Portanto, "due diligence" é o procedimento metódico de análise de informações e documentos de uma determinada empresa, com objetivo predeterminado - fusões e aquisições, planejamento de reestruturações societárias, operações financeiras complexas ou processos de privatização de empresas - que resultará em um relatório das reais condições da empresa analisada.

Espécies de Due Diligence e os objetivos que a precedem

No universo empresarial as variáveis de análise e procedimentos de "due diligence" devem acompanhar as necessidades de cada empresa naquele determinado momento. Nesse sentido, foram desenvolvidas diversas espécies de "due diligence" específicas para cada caso concreto, tais como: (i) "due diligence" jurídica, (ii) financeira e (iii) ambiental.

As "due diligence" jurídica possuem como escopo a análise das questões jurídicas relacionadas ao seu passivo, ou seja, disputas judiciais onde a empresa seja autora ou ré, nos âmbitos das áreas administrativa, cível, propriedade intelectual, previdenciário, tributária e trabalhista, identificando a probabilidade de êxito e perdas, bem como a matéria tratada e valores provisionados.

No âmbito da área administrativa, necessário à realização de análise de possíveis investigações realizadas por órgãos de defesa da concorrência, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

A importância de tal análise pode ser demonstrada em caso recente, onde o controle de uma das 18 empresas do setor de mineração e britas para construção civil, com atuação na região metropolitana de São Paulo, condenada pelo Cade - Conselho Administrativo de Defesa Econômica por formação de cartel para divisão do mercado havia sido adquirido por um novo sócio e, após a aquisição, não foram apresentadas provas ao Cade de que a empresa teria continuado a participar da colusão.

A importância de tal análise pode ser demonstrada por meio de um caso recente em que o controle de uma das 18 empresas do setor de mineração e britas para construção civil, foi assumido por um novo sócio. No entanto, este novo sócio não observou que tal empresa havia sido condenada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica por formação de cartel para divisão de mercado.

O Cade expôs que a penalidade havia sido imposta à pessoa jurídica e não a seus acionistas e que se o novo sócio entendia-se lesado, poderia buscar a reparação de perdas e danos no Poder Judiciário. Esta situação demonstra que assuntos concorrenciais podem afetar a avaliação dos ativos adquiridos em uma operação de aquisição de controle, já que eventuais penalidades aplicadas pela Autoridade Antitruste podem representar a eliminação do ganho naquela aquisição.

Ressaltamos ainda a análise da propriedade intelectual da empresa, por vezes analisada de forma superficial, devendo receber análise cuidadosa tendo em vista que não raro o principal interesse da empresa compradora possam ser adquirir marcas que lhe garantam uma fatia do "market share", ou invenções patenteadas que lhe possibilitariam fabricar um produto ou, melhor desenvolver determinada tecnologia.

No que tange as "due diligence" financeiras, tem como objetivo a análise e revisão de balanços; contratos com fornecedores, clientes, instituições financeiras; garantias; faturamento; projeções; despesas e ônus.

Por fim, as "due diligence" ambientais, ainda pouco difundidas no universo empresarial brasileiro, deve ser realizada por equipe multidisciplinar, integrada por

especialistas em análise de solo, advogados, consultores de diversas áreas, inclusive financeira.

Importante ressaltar sobre a possibilidade de aplicação das espécies de "due diligence" de forma isolada, contudo, somente a aplicação conjunta de todas as possibilidades de investigação - jurídica, financeira e ambiental - possibilitará a elaboração de relatório conclusivo sobre as reais condições da empresa.

Portanto, conclui-se que a "due diligence", em regra, tem como escopo resguardar as partes de possível litígio pós-compra ou fusão, onde o vendedor proporciona acesso a informações e documentos que favorecem a avaliação real da situação da empresa em transação, possibilitando assim identificar o seu real valor, bem como apresentando ao comprador os riscos do negócio.

Os procedimentos da Due Diligence

A realização de uma "due diligence", normalmente, começa no período de entendimentos iniciais entre as partes interessadas no negócio ou transação, onde o possível vendedor possibilita o acesso exclusivo ao comprador, ficando tais informações e documentos restritos ao conhecimento único e exclusivo das partes envolvidas, devendo a equipe que realizará as análises de tais documentos firmarem acordos de confidencialidade para que tais informações não sejam transmitidas para concorrentes ou outros interessados.

Em regra, são práticas necessárias para o desenvolvimento e início dos procedimentos de "due diligence" jurídica:

A fase inicial envolve é representada pela demonstração de intenção no negócio, sendo celebrado um acordo preliminar de aquisição. Nesta fase são determinadas as regras da "due diligence", representado por um documento que indicará as normas e temas estratégicos importantes a serem analisados, tanto para o potencial vendedor como para o comprador.

O acordo representa uma fase pré-contratual onde deverá ser previsto determinadas garantias ao negócio, apresentando cláusulas disciplinando sobre eventuais indenizações por situações ocultas, tais como "camuflagem" financeira, bem como estabelecendo responsabilidades acerca de despesas decorrentes.

A solicitação de informações e documentos da empresa objeto da negociação será encaminhada após o término da primeira fase, representando praticamente um "check list" de informações que deverão ser disponibilizadas pela empresa e seus gestores.

O fornecimento e conseqüente análise dos documentos fornecidos pela empresa englobam a etapa árdua da atividade de "due diligence", onde a equipe

poderá realizar pesquisas extras, através de consulta de banco de dados públicos para corroborar e confirmar os dados apresentados pela empresa.

Não se pode olvidar que a prática de "due diligence" pode e deve ser utilizada em qualquer circunstância, não apenas nas questões voltadas a fusões e aquisições, tendo em vista a possibilidade de fornecer dados consubstanciados em informações da própria empresa e do mercado, representando um "retrato" da empresa, favorecendo a tomada de decisão do gestor.

Por fim, após a análise minuciosa dos documentos e informações apresentadas será elaborado Relatório Final com demonstração dos dados coletados e suas devidas conclusões, possibilitando a avaliação segura do negócio a ser realizado.

Portanto, concluímos que no mercado de fusões e aquisições é essencial a realização de "due diligence" englobando todos os aspectos jurídicos da empresa, bem como financeiro antes de concluir qualquer negócio, possibilitando, assim, ao comprador a demonstração dos riscos do negócio.

Thiago Carvalho Santos

Sócio do escritório Carvalho Santos & Pantaleão Advogados

Informações Bibliográficas (NBR 6023:2002)

SANTOS, Thiago Carvalho. A importância da "due diligence" no universo empresarial. **SADireito**, 18 mar. 2006. Disponível em: <www.sadireito.com.br/index.asp?lr=area.asp&area=5&texto=4971>. Acesso em: 4 jul. 2006.