

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - UFMG**

**RANGEL GONÇALVES**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO AUDITOR**

**BELO HORIZONTE – 2011.**

**RANGEL GONÇALVES**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO AUDITOR**

*Dissertação apresentada ao Curso de Pós Graduação em Auditoria Externa a Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Minas Gerais –UFMG, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Auditoria.*

*Área de Concentração: Ciências Humanas*

*Professor Orientador: Prof.MS. Fernando Antônio Lopes Mattoso.*

**BELO HORIZONTE - 2011**



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
Faculdade de Ciências Econômicas - Departamento de Ciências Contábeis  
*Curso de Especialização em Auditoria Externa*

Ata da Sessão Pública de Defesa de Monografia de **RANGEL GONÇALVES**, no. de registro **2009713715**, aluno do Curso de Especialização em Auditoria Externa da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Minas Gerais. Aos vinte e oito dias do mês de janeiro do ano de dois mil e onze, às dezenove horas, na Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Minas Gerais, o presidente da Banca Examinadora Prof. Fernando Antônio Lopes Matoso, abriu a sessão pública de defesa do trabalho final de Rangel Gonçalves, intitulado "**Responsabilidade Civil do Auditor**". A Banca Examinadora, indicada pelo Colegiado do Curso em dezembro de 2010 foi constituída pelos professores, *Fernando Antônio Lopes Matoso (orientador) e João Aristides de Moraes*. A defesa constou da apresentação de seminário versando sobre o assunto do trabalho, seguido de arguição do candidato pelos membros da banca. Posteriormente, a banca examinadora reuniu-se em sala fechada para o julgamento final, tendo sido considerado APROVADO com nota/conceito 92/A o trabalho final de Rangel Gonçalves. O resultado foi comunicado ao público presente pelo Prof. Fernando Antônio Lopes Matoso, que, em seguida, declarou encerrada a sessão. Nada mais havendo a tratar, lavrou-se a presente Ata, que será assinada pelos membros da Banca Examinadora. Belo Horizonte, 28 de janeiro de 2011. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Prof. Fernando Antônio Lopes Matoso  
(Especialista)

Prof. João Aristides de Moraes  
(Especialista)

*Agradeço a DEUS por me dar o conhecimento e a sabedoria para enfrentar as adversidades encontradas no caminho, aos meus pais, por entenderem o motivo de eu sair do ninho do lar para enfrentar esse desafio, aos professores, em especial ao meu orientador Fernando Matoso, que sempre foram prontos a atender as minhas necessidades. Ainda são muitos a quem agradecer, agradeço a todos que nesse caminho, compreenderam minhas aspirações e me ajudaram a chegar até aqui!  
Muito Obrigado!*

## RESUMO

Ao tratarmos de assunto que pouco é discutido no ambiente da auditoria e no mercado em geral, face a extensão do problema abordado, suas interpretações e as responsabilidades que as regras atuais rezam ao auditor. Abordaremos estas divergências, regras e normas, visando identificar qual a responsabilidade do auditor , até onde esta se estende na publicação de um parecer. Restringe-se apenas no ambiente da influência da empresa auditada, ou expandirá a resultados extra-auditoria, como na formação de decisão de investimentos de um ente terceiro a relação de auditoria. Através dos Princípios da entidade, da independência, normas e regras que regulam a atividade contábil e de auditoria, bem como buscaremos no ambiente jurídico opiniões e decisões sobre a questão, analisando decisões da área de auditoria, assim como de outras áreas que vivenciam a mesma situação de dúvida de qual o limite da responsabilidade de um profissional em sua área atuação.

**Palavras Chaves:** Auditor, Responsabilidade Civil, Princípios da entidade, teoria da culpa, Responsabilidade Civil do Auditor.

## ABSTRACT

In addressing a subject that is little discussed in the audit environment and the market in general, given the extent of the problem addressed, their interpretations and responsibilities that the current rules they pray to the auditor. We will discuss these differences, rules and regulations, to identify where the auditor's responsibility as far as it extends in the publication of an opinion. Is confined only within the influence of the audited company, or expand the non-audit results, as in the formation of investment decision of a third entity in relation to the audit. Through the principles of authority, independence, standards and rules that regulate the activity of accounting and auditing, as well as the environment will seek legal opinions and decisions on the issue, analyzing the decisions of auditing, as well as other areas that experience the same situation of doubt that the limit of liability of a Professional in your area expertise.

**Keywords:** Auditor Liability, Principles of organization, theory of guilt, Liability of Auditor.

## **ABREVIATURAS E SIGLAS**

PCGA – Princípios Contábeis Geralmente Aceitos

FASB – Financial Accounting Standards Board

BACEN – Banco Central Do Brasil

IBRACON - Instituto dos Auditores Independentes do Brasil

CFC – Conselho Federal de Contabilidade

NBC - Normas Profissionais de Auditor Independente

CF – Constituição Federal

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CDC - Código de Defesa do Consumidor.

CPC – Código do Processo Civil

RT - Revista dos Tribunais

NBC TA – Norma Brasileira Contábil.

TJ/SP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

STJ - Superior Tribunal de Justiça.

## SUMÁRIO

Introdução.....	10
1. Origem e definição de auditoria .....	12
1.1 Conceito.....	12
1.2 Origem da Auditoria .....	13
1.2.1 No exterior .....	13
1.2.2. No Brasil .....	14
2. A Atividade e tipo De AUDITOR.....	15
2.1. A atividade do auditor .....	15
2.1.1 Auditoria das demonstrações contábeis .....	15
2.1.2 Auditoria de <i>Compliance</i> .....	15
2.1.3 Auditoria operacional.....	16
2.2. Tipos de auditor .....	16
2.2.1 Auditores Independentes.....	17
2.2.2 Auditores Internos .....	17
2.2.3 Auditores Públicos.....	18
3. A ética na auditoria .....	19
3.1 Ética.....	19
3.1.1 Ética Geral .....	19
3.1.2 Ética Profissional.....	20
3.2 Princípios da auditoria.....	20
3.2.1 Princípio da Responsabilidade .....	21
3.2.2 Princípio do Interesse Público .....	21
3.2.3 Princípio da Integridade .....	21
3.2.4. Princípio da Objetividade e da Independência.....	22
3.2.5 Princípio do Cuidado Devido .....	22
3.2.6 Princípio da Extensão e natureza dos serviços .....	23
4. Normas de Auditoria .....	24
4.1 - NBC P 1 – NORMAS PROFISSIONAIS DE AUDITOR INDEPENDENTE.....	24

5. Responsabilidade Legal do Auditor.....	29
5.1 Ambiente Legal.....	29
5.2. Responsabilidades para com os clientes.....	30
5.2.1 Leis de Contratos.....	30
5.2.2 Perdas e danos.....	31
5.2.3 Responsabilidade para com terceiros.....	31
5.2.3.1 Responsabilidade para com beneficiários principais.....	32
5.2.3.2 Responsabilidade para com outros beneficiários.....	32
6. Responsabilidade Civil.....	33
6.1. Responsabilidade.....	33
6.1.2 Responsabilidade Jurídica e Responsabilidade Moral.....	34
6.2 A Responsabilidade civil na história.....	35
6.3 Culpa e responsabilidade.....	39
6.4 RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL.....	40
6.5 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	42
6.6 Responsabilidade extracontratual por atos ilícitos e lícitos fundada no risco e decorrente de fatos permitidos por lei.....	45
6.7 Responsabilidade nas relações de consumo.....	46
6.8 Pressupostos da responsabilidade civil.....	47
6.8.1 – Ação ou omissão.....	47
6.8.2 – Culpa ou dolo do agente.....	48
6.8.3 – Relação de Causalidade.....	49
6.8.4 - Dano.....	50
7. Excludentes da responsabilidade.....	51
7.1.A culpa da vítima.....	51
7.2.Caso fortuito e força maior.....	52
7.3 – Estado de necessidade – exercício regular de direito.....	53
7.4 Fato de terceiro.....	56
7.5 Cláusula de não indenizar , cláusula limitativa de responsabilidade.....	58

8. Teoria da culpa .....	61
8.1 Noção de culpa – erro e culpa .....	61
8.1.1 Distinção entre erro e culpa.....	62
8.2.2 Distinção entre dolo e culpa .....	62
8.2. Elementos da culpa.....	62
8.3 Graus de culpa.....	63
8.4 Culpa e risco.....	64
9. Responsabilidade civil do auditor .....	68
10. Conclusão.....	77
11. Bibliografia .....	80

## INTRODUÇÃO

A atividade da auditoria desempenha função importante no mundo dos negócios, governos e na economia em geral, sendo que o trabalho do auditor é considerado valioso por sua confiança e propriedade nas análises realizadas aferindo a veracidade das informações publicadas pelas empresas e outros entes que têm audições realizadas pelos profissionais da área de auditoria.

O profissional de auditoria é requisitado por diversas características que este transmite na visão de sua pessoa e de sua posição profissional, como a independência, a ética e a competência em realizar seu trabalho. Dentro do campo da independência, o auditor se transparece como uma pessoa que não possui vínculos ou qualquer ligação com a empresa que está sendo auditada, tornando-se assim livre para emitir declarações que venham ou não ser favorável a empresa ou ao seu círculo de atuação. Conhecido no mundo dos negócios como um profissional ético, característica indispensável face que a atividade de auditoria é um processo sistemático onde avaliamos e questionamos as ações contábeis ou não do ente auditado. Para tanto, quem avalia um terceiro, tem que possuir ética o bastante para não ser atingido por alguma conduta contrária a aceitável. E por último, temos a competência, que reza a qualidade da pessoa que audita ter o conhecimento mínimo necessário para realizar aquele trabalho. Abordaremos a competência do auditor contábil, visto que, existe vários tipo de auditores, cada um com especificações e características individuais à área de atuação.

Diante da importância do trabalho realizado pelo auditor e seus impactos na sociedade, avaliaremos a responsabilidade civil do auditor diante da tomada de decisão de terceiros que se utilizou do material publicado pela auditoria para chegar ao consenso de investimento. No desenvolver de nossos trabalhos, procuraremos entender o princípio da entidade, independência, delimitar o conceito de responsabilidade civil, o significado de auditoria, bem como diferenciar uma análise da Administração e da Auditoria.

Baseando-se em pesquisas literárias, utilizando-se de obras jurídicas e contábeis, assim como artigos que possam ser encontrados na rede mundial de computadores com a sua devida avaliação.

## 1. ORIGEM E DEFINIÇÃO DE AUDITORIA

### 1.1 CONCEITO

O *Report of the Committee on Basic Auditing Concepts of the American Accounting Association* define auditoria como um processo sistemático de obtenção e avaliação objetivas de evidências sobre afirmações a respeito de ações e eventos econômicos, para aquilatação do grau de correspondência entre as afirmações e critérios estabelecidos, e de comunicação dos resultados a usuários interessados. O dicionário Michaelis da língua portuguesa define a auditoria como o exame analítico minucioso da contabilidade de uma empresa ou instituição. Jund (2001) relata auditoria como o trabalho por meio do estudo e da avaliação sistemática de transações, procedimentos, operações e das demonstrações financeiras resultantes, tendo por finalidade determinar o grau de observância dos critérios estabelecidos e emitir um parecer sobre o assunto. Desse modo, são vários atributos incluídos na definição de auditoria que merecem atenção especial conforme aborda Boynton (2002, p-30):

*"Processo sistemático dá uma conotação de uma série de passos ou procedimentos lógicos, estruturados e organizados. Obtenção e avaliação de objetivos significam exame da fundamentação das afirmações e avaliação criteriosa dos resultados, sem vieses ou preconceções favoráveis ou desfavoráveis sobre um indivíduo. Afirmações a respeito de ações e eventos econômicos são as representações feitas pelo indivíduo ou entidade-objeto da auditoria. Afirmações compreendem as informações contidas nas demonstrações contábeis, em relatórios operacionais internos e em declarações de imposto de renda. Grau de correspondência refere-se a quão aproximadamente as informações podem ser identificadas com critérios estabelecidos. A expressão de correspondência pode ser quantitativa ou qualitativa. Critérios estabelecidos são as normas pelas quais as afirmações ou representações são julgadas, podendo ser representadas por regras específicas estabelecidas por um órgão legislativo, por orçamentos ou medidas de desempenho apuradas pela administração ou por Princípios Contábeis Geralmente Aceitos (PCGA) estabelecido pelo Financial Accounting Standards Board (FASB) e outras entidades que têm caráter "Oficial" na profissão.*

*Usuários interessados são os indivíduos que utilizam o resultado da auditoria em um ambiente de negócios, compreendem acionistas, administração, credores, agências governamental e o público em geral.”(grifo nosso)*

## 1.2 ORIGEM DA AUDITORIA

### 1.2.1 No exterior

A auditoria começa em época tão remota quanto à contabilidade, sempre que o avanço da civilização implicado que a propriedade de um homem fosse confiada em maior ou menor extensão a outra, a necessidade de verificação da fidelidade do último tornou-se clara. Assim, no antigo Egito, autoridade providenciava verificações independentes nos registros de arrecadação de impostos; na Grécia eram realizadas inspeções de contas de funcionários públicos; os romanos comparavam os gastos com autorizações de pagamentos; e os nobres de castelos medievais ingleses indicavam auditores que revisavam os registros contábeis e relatórios preparados pelos criados. A auditoria de empresas começou com a legislação britânica promulgada durante a Revolução Industrial, em meados do século XIX. Avanços na tecnologia industrial e de transporte provocaram novas economias de escala e empresas maiores. O advento dos administradores profissionais e o crescimento da incidência de situações em que os proprietários de empresas não se encontravam presentes no dia a dia das operações. Inicialmente, as auditorias tinham que ser realizadas por um ou mais acionistas, que não eram administradores das empresas e que recebiam a delegação dos demais acionistas. A profissão contábil rapidamente se apresentou para atender as necessidades do mercado e logo a legislação foi alterada, permitindo que outras pessoas que não os acionistas realizassem auditorias; empresas de auditoria surgiram, algumas dessas firmas britânicas pioneiras – Deloitte & Co., Peat, Marwick & Mitchell e Price Waterhouse & Co., podem ser identificadas com empresas que ainda operam até hoje no mundo. A influência britânica migrou para os Estados Unidos no final do século XIX, à medida que investidores escoceses e ingleses enviavam seus próprios auditores para verificar as condições das empresas norte americanas nas quais tinham investido pesadamente, em particular fabricantes de cervejas e companhias de estradas de

ferro. O foco dessas auditorias iniciais era encontrar erros em balanços e bloquear o crescimento de fraudes associadas com o aprofundamento do fenômeno de administradores profissionais presentes *versus* proprietários ausentes.

### 1.2.2. No Brasil

Não existem divulgações de pesquisas sobre os primórdios da auditoria no Brasil, sendo somente certo que teve origem inglesa. Sabe-se também que as firmas de auditoria, como a Arthur Andersen S/C e Price Waterhouse, já mantinham estabelecimentos no Rio de Janeiro com outras denominações, desde 1909 e 1915 respectivamente. Apesar de formalmente organizada em 26 de março de 1957, quando formado o Instituto dos Contadores Públicos do Brasil, em São Paulo, a auditoria foi oficialmente reconhecida apenas em 1968, por ato do Banco Central do Brasil (BACEN), Conselho Federal de Contabilidade (CFC) e pela formação de órgão nacional para congregação e auto-disciplinação dos auditores, o Instituto dos Auditores Independentes do Brasil (IBRACON).

## 2. A ATIVIDADE E TIPO DE AUDITOR

### 2.1. A ATIVIDADE DO AUDITOR

O auditor no ambiente de suas atividades possuem vários tipos de auditoria cujo mesmo deve ter conhecimento específico, treinamento e experiência para realizar as respectivas análises pelo qual é contratado, que são elas, sendo três delas as seguintes: auditoria de demonstrações contábeis, auditoria de *compliance* e auditoria operacional.

#### 2.1.1 Auditoria das demonstrações contábeis

A auditoria das demonstrações contábeis envolve a obtenção e avaliação de evidências a respeito das demonstrações contábeis de uma entidade com fim de emissão de parecer visando assegurar que as demonstrações contábeis apresentadas pela empresa estão de acordo com os Princípios Contábeis Geralmente Aceitos (PCGA), que são normalmente pré-estabelecidas no país da entidade, os resultados dessa auditoria são distribuídos em uma ampla rede de usuários interessados a essas informações-acionistas, credores, investidores, agências reguladoras e o público em geral. Na mesma oportunidade, além dos pareceres emitidos ao público em geral, a auditoria prepara um relatório a ser apresentado ao Conselho de Administração da Entidade auditada com fins de abordar os pontos relacionados ao controle interno e descobertas relevantes da auditoria, sendo esse relatório somente exclusivo aos membros do conselho. A Auditoria das demonstrações contábeis é indispensável ao funcionamento do mercado de renda variável, visto que reduz significativamente os riscos de que investidores e credores se baseiem em informações de baixa qualidade, além de que, por ter uma estrutura lógica na realização de seus trabalhos, serve de base para que as auditorias de *compliance* e operacional tenham o seu desenvolvimento realizado.

#### 2.1.2 Auditoria de *Compliance*

Na auditoria de *compliance*, são obtidas informações para a avaliação e determinar se certas atividades financeiras ou operacionais estão de acordo com as regras internas e externas a que ela aplicava. Visa assegurar que todos os

procedimentos da organização estão condizentes com as normas aplicáveis à atividade da entidade, além de verificar se as normas internas da entidade estão de acordo com as regras externas. Dentro das análises dessas regras, entram nuances de diversos aspectos, como atividades financeiras, relações de trabalho, regras de conduta, relações com credores entre outros. Os pareceres desse tipo de auditoria geralmente se dirigem a entidade que estabeleceu as regras e podem conter um resumo dos trabalhos ou uma expressão de segurança quanto ao grau de obediência aos critérios aplicáveis na empresa.

### 2.1.3 Auditoria Operacional

Visando a obtenção e avaliação de evidências a respeito da eficácia e eficiência das atividades operacionais da entidade auditada em comparação com critérios estabelecidos, a auditoria operacional, também chamada de auditoria de desempenho ou auditoria gerencial, pode abranger todas as atividades, sejam elas de um departamento específico, filial ou divisão, ou de uma função em comum de todas as atividades de negócios, como o setor de Tecnologia da Informação (TI), ou a eficácia e impactos que um programa social do governo possui sobre os indicadores de pobreza de uma determinada parcela da população.

Os critérios e objetivos pelos quais a eficiência e eficácia podem ser medidos pela administração da entidade auditada ou então por legislação que reze sobre a atividade auditada. Na auditoria operacional, os pareceres são voltados aos membros da gerência e de comando dos departamentos cujo foram avaliados, tornando-se claro a eles possível deficiências que porventura poderão ser corrigidas e aumentar a eficiência do departamento ou da atividade realizada.

## 2.2. TIPOS DE AUDITOR

O dicionário *online* MICHAELIS, define a palavra *auditor* como:

*"sm (lat auditore) 1 O que ouve; ouvinte. 2 Funcionário encarregado de informar um tribunal ou repartição sobre a aplicação das leis a casos ocorrentes; ouvidor. 3 Juiz togado, adjunto a tribunais de justiça militar. 4 Assessor do núncio. 5 Cont Perito-contador encarregado de examinar livros contábeis. A. da armada ou da marinha: juiz de direito agregado aos tribunais marítimos. A. da*

*legacia ou da nunciatura: assessor do nuncio que conhece das causas eclesiásticas que vêm por apelação dos ordinários e metropolitanos ao tribunal da nunciatura. A. da rota: um dos doze prelados que, no tribunal romano chamado Rota, têm jurisdição para conhecer em apelação das causas eclesiásticas de todo o mundo católico. A. de guerra: juiz de direito agregado a um tribunal militar."*

Assim como no dicionário, o profissional auditor possui classificações específicas de acordo com seus vínculos de trabalho, diferenciando-se os grupos e os tipos de auditoria que podem realizar. São divididos em três grupos:

### **2.2.1 Auditores Independentes**

Auditores independentes são aqueles profissionais que operam por conta própria ou são membros de empresas de auditoria. Para atuarem como tal, devem ser aprovados em exame específico e ter experiência prática na área de atuação, por sua educação, treinamento e experiência, podem realizar qualquer um dos três tipos de auditoria, mencionados anteriormente no mesmo capítulo, atuando em empresas, organização sem fins lucrativos, agências governamentais e pessoas físicas em geral.

Os auditores independentes são remunerados com base nos serviços que prestam, assim como médicos e advogados. Existem semelhanças entre o papel de um auditor independente em uma empresa de auditoria e o de um advogado em uma empresa de advocacia.

A escolha do auditor independente se dá na confiança de que os trabalhos sejam fundados na independência e ausência de vínculo com qualquer ente ligado a entidade auditada, valorizando principalmente a individualidade e imparcialidade na emissão de seus pareceres e relatórios.

### **2.2.2 Auditores Internos**

Diferentemente dos auditores independentes, os auditores internos são empregados das empresas que auditam, visando o desenvolvendo da atividade de avaliação dentro da organização, ajudando-a a cumprir eficazmente suas obrigações. A extensão da auditoria interna abrange todas as fases das atividades de uma organização, envolvendo-se principalmente com a auditoria de *compliance* e

auditorias operacionais. O trabalho do auditor interno pode complementar o trabalho dos auditores externo, em pontos como ao serem levantados pontos de auditoria pela auditoria externa, o auditor interno, por sua vez, passa a acompanhar o desenvolvimento e evolução da menção realizada pela auditoria interna, com fim de sanar o vício apontado inicialmente pelo parecer do auditor independente.

### **2.2.3 Auditores Públicos**

Assim como os auditores internos, os auditores públicos são empregados de várias agências governamentais, sendo elas federais, estaduais ou municipais, realizam os três tipos de auditoria, contudo o foco do auditor público não se restringe somente em averiguar se as regras estão sendo respeitados de acordo com a legislação aplicável a cada entidade, detém, por força de representação constitucional, a representação da entidade do qual são vinculados, possuindo o poder de polícia de punir as entidades que não cumpriram com a legislação.

## 3. A ÉTICA NA AUDITORIA

### 3.1 ÉTICA

Um das características cruciais em qualquer profissão é a existência de um código de conduta ou de ética profissional para os seus membros. No Brasil cabe ao Conselho Federal de Contabilidade (CFC) e conselhos estaduais reger sobre as normas de conduta que envolve a atividade contábil e de auditoria. Contudo, ressaltamos que conduta ética não se restringe apenas as normas de conduta regulatórias, as regras não contemplarão todas as situações que podem surgir ou exigir o julgamento pessoal sobre o comportamento ético do profissional, para tanto, temos que destacar a importância da ética na atuação do auditor, é pertinente ao nosso estudo que com a falta de ética na auditoria, poderão ocorrer vícios em programas de trabalho que podem tornar-se invalidados em virtudes dos nulidades que a legislação reza.

#### 3.1.1 Ética Geral

A origem da palavra ética provém da palavra grega *ethos*, que significa "caráter", outro significado aceito para o verbete é o significado de moralidade, que se origina de *mores*, palavra de origem latina que significa "costuma". Quando falamos de moralidade, referimo-nos ao que é "certo" e "errado" no comportamento humano. São nessas ocasiões onde as pessoas se deparam com a questão de escolhas que terão conseqüências para si e para terceiros, que entramos em um dilema ético. O que é bom para uma parte interessada, pode não ser benéfico para a outra parte da relação. Nesse caso iniciam-se os questionamentos: o que estou procurando? O que tenho que fazer? É certo eu tomar essa posição? Para responder essas questões, define-se a ética como o que é bom para o indivíduo e para a sociedade e tenta estabelecer a natureza das obrigações e deveres que os indivíduos possuem para si e para os seus pares. Contudo, apesar de sermos regrados por normas que condizem sobre a ética, estas não substituem a percepção que cada indivíduo possui sobre a situação em questão do que é ético. Na história da filosofia percebemos que o conceito de ética é variável em virtude de diversos aspectos, como cultura, costumes, tradições. Fatores culturais são mutantes, e com isso a ética, por ser diretamente alimentada por esses fatores, é variável de acordo com o ambiente que vive o indivíduo.

### 3.1.2 Ética Profissional

Ao abordarmos o conceito de ética profissional, precisa ir além de princípios morais, devemos incluir as normas de comportamentos que tenham finalidades práticas e idealistas que o profissional venha utilizar. Embora possam ser concebidos para encorajar comportamento ideal, códigos de ética profissional devem ser simultaneamente realistas e aplicáveis, para que façam sentido devem estar acima da lei, mas abaixo do ideal. Os princípios de conduta profissional expressam o reconhecimento pela profissão, de suas responsabilidades para com o público, clientes e colegas, orientando seus filiados no desempenho das responsabilidades profissionais e caracterizados pelo comprometimento inabalável com comportamento honrado, mesmo que isso implique sacrifício de vantagens pessoais.

### 3.2 PRINCÍPIOS DA AUDITORIA

Quando falamos de ética, ao analisarmos as regras que estabelecem as condutas éticas, devemos pensar quais são as origens que fundamentam os valores que são entendidos como corretos e bons na relação entre a parte interessadas e seu par. Falamos então de uma das fontes do direito, os princípios.

Princípio significa começo ou causa de um fenômeno, pode também ser definido como a causa primária, o momento, o local ou trecho em que algo, uma ação ou conhecimento, tem origem.<sup>1</sup>Ao abordarmos os princípios que regem a auditoria, o código de ética da profissão identifica seis princípios , os quais abordaremos cada um detalhadamente:

- Responsabilidade;
- Interesse Público;
- Integridade;
- Objetividade e Independência;
- Cuidado Devido;
- Extensão e Natureza dos serviços.

---

<sup>1</sup> <http://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio> , acesso em 15 de setembro de 2010 Às 14:31hs.

### **3.2.1 Princípio da Responsabilidade**

O princípio da responsabilidade aborda o campo de que no desempenho de suas responsabilidades como profissionais de auditoria, todos os membros devem exercer julgamentos profissionais e morais sensíveis em todas as suas atividades. Os auditores prestam serviço importante e essencial ao sistema livre do mercado. Todos os membros detêm responsabilidades para aqueles que utilizam seus serviços profissionais e para com outros pares usuários das informações. Assim sendo, o auditor possui a responsabilidade sempre de aperfeiçoar a arte da contabilidade visando manter a confiança do público na profissão e realizar atividades regulatórias com o objetivo geral do atendimento ao princípio da responsabilidade.

### **3.2.2 Princípio do Interesse Público**

O princípio do interesse público é definido como o bem estar coletivo da comunidade de pessoas e instituições a quem os auditores atendem – clientes, credores, agências regulatórias, empregados, público em geral. Uma característica distintiva da profissão de auditor é a aceitação de sua responsabilidade para com o público. Onde os usuários das informações auditadas esperam que os auditores respeitem as normas de qualidade profissionais em todos os trabalhos para quais sejam contratados, para que possam servir ao interesse público, os membros devem conduzir-se como tal que fique demonstrado um nível de profissionalismo coerente à responsabilidade da profissão.

### **3.2.3 Princípio da Integridade**

Ao falarmos de integridade, falamos da qualidade de alguém ou de algo ser íntegro, de conduta reta, pessoa de honra, ética, educada, imparcial, brioso, cuja natureza da ação nos dá a imagem da inocência, pureza ou castidade, o que é íntegro, justo e perfeito. Ao imaginarmos a atuação do auditor em qualquer entidade, entendemos que a integridade é característica pessoal indispensável para o auditor. O princípio revela que a integridade é o elemento referencial contra qual todos os membros devem julgar as decisões que tomarem em um trabalho, também é a qualidade na qual a confiança do público se baseia, portanto, é indispensável que o auditor seja honesto e sincero para que atendam ao princípio. Quando falamos de integridade, essa permite erros não intencionais e diferenças de opinião legítimas,

não permitindo nunca a distorção irracional de fatos ou subordinação de julgamento por vínculos com a entidade.

#### **3.2.4. Princípio da Objetividade e da Independência**

O auditor no desempenho de suas funções deve manter a objetividade e não ter conflito de interesses ao prestar serviços de auditoria e outros serviços de certificação, devendo ser independente de fato e na aparência na realização dos seus trabalhos. Quando falamos de objetividade, podemos concluir que é um estado mental, embora não mensurável, é nos apresentado como princípio como um imperativo, que significa ser imparcial, sem tendências em todas as questões do trabalho, sem a aplicação de juízos de valor que possam viciar a atividade realizada. Quando obediente a esse princípio, aumenta as chances do auditor não ter circunstâncias que gerem o conflito de interesse, exemplo disso é quando o auditor detém ações da empresa que está auditando.

Uma vez o auditor possuindo vínculo com a entidade auditada, o auditor desrespeita o princípio da independência, alicerce da estrutura filosófica da profissão. Sabe-se que, por mais competentes que o sejam os auditores, seus pareceres serão de pouco valor e respeito pela sociedade se sabida a falta de independência do auditor para com a empresa auditada, tal posição se dá em virtude do conflito de interesses cujo aquele que audita possa ter no resultado da auditoria. O exemplo dado no parágrafo anterior, uma vez o auditor deter ações da empresa, quando se emite um parecer negativo para o mercado, gerará conseqüentemente queda dos preços das ações, por conseqüência prejuízo ao auditor. De outra forma, o auditor poderá também vender suas ações em virtude do acesso a informações privilegiadas, saindo da ética profissional de não utilizar informações sigilosas em benefício próprio.

#### **3.2.5 Princípio do Cuidado Devido**

O princípio do cuidado devido é central na busca contínua por excelência nos serviços prestados pelo auditor, que caracteriza a profissão, exigindo que cada membro incumba-se de suas responsabilidades profissionais com competência e diligência. Competência é produto de educação e experiência. Educação começa com preparação para entrada na profissão e estende-se por educação continuada durante toda a carreira. Experiência envolve treinamento *on-the-job* e aceitação de

maiores responsabilidade durante a vida profissão. Diligência envolve aplicação e esforços constantes, honestos e energéticos na realização de serviços profissionais, devendo o auditor ser minucioso em seu trabalho e observar as normas técnicas e de ética aplicáveis no breve tempo de atuação da empresa. O princípio do cuidado devido estende-se ao planejamento e supervisão dos serviços pelos quais o auditor é responsável, incluindo as atividades dos entes que assistem ao profissional.

### **3.2.6 Princípio da Extensão e natureza dos serviços**

Diferentemente aos princípios anteriormente apresentados, o princípio da extensão e natureza dos serviços aplica-se somente aos auditores que prestam serviços ao público em geral, sendo que o princípio reza que o auditor deve considerar todos os princípios anteriores para que se forme uma carteira de produtos e serviços específicos para determinada situação. Se em virtude da demanda, qualquer um dos princípios anteriores for desrespeitado, este serviço deve ser recusado, visto que o auditor somente deve exercer a prática em uma firma que tenha implementado procedimentos internos e de controle de qualidade, determinando se a extensão e natureza de outros serviços solicitados pelo cliente criariam conflito de interesse, visando sempre a coerência profissional do auditor.

## 4. NORMAS DE AUDITORIA

Segundo JUND (2001), as normas gerais para o trabalho de auditoria são conhecidas como normas de auditoria geralmente aceitas. Essas normas determinam a estrutura dentro do qual o auditor decide sobre o que necessário para elaboração de um exame de demonstrações financeiras, a realização do exame e à redação do relatório de auditoria e dos atos destinados a atingir o resultado pretendido pela auditoria. Conforme citado, o princípio do cuidado devido, o exame deve ser feito por pessoa ou pessoas que detêm competência e treinamento técnico adequado como auditor com proficiência profissional para se desincumbirem das tarefas a elas confiadas. As organizações de auditoria e de auditores individualmente não podem ter sua independência prejudicada mantendo-as nas atitudes e aparência, devendo o auditor comunicar qual limitação imposta ao escopo de trabalho da auditoria. No Brasil, o auditor é regulado pelas Normas Brasileira de Contabilidade P1(NBC P1) – que rege sobre as “Normas Profissionais de Auditor Independente” aprovada pela Resolução CFC n.701/91, posteriormente alterada pela Resolução CFC n.965/03 que possui o seguinte texto.

### 4.1 - NBC P 1 – NORMAS PROFISSIONAIS DE AUDITOR INDEPENDENTE.

#### NBC P 1 – NORMAS PROFISSIONAIS DE AUDITOR INDEPENDENTE

##### 1.1 – COMPETÊNCIA TÉCNICO-PROFISSIONAL

- 1.1.1 – O contador, na função de auditor independente, deve manter seu nível de competência profissional pelo conhecimento atualizado das Normas Brasileiras de Contabilidade, das técnicas contábeis, especialmente na área de auditoria, da legislação inerente à profissão, dos conceitos e técnicas administrativas e da legislação específica aplicável à entidade auditada.
- 1.1.2 – O auditor deve recusar os serviços sempre que reconhecer não estar adequadamente capacitado para desenvolvê-los, contemplada a utilização

de especialistas noutras áreas, face à especialização requerida e aos objetivos do contratante.

## 1.2 – INDEPENDÊNCIA

1.2.1 – O auditor deve ser independente, não podendo deixar-se influenciar por fatores estranhos, por preconceitos ou quaisquer outros elementos materiais ou afetivos que resultem perda, efetiva ou aparente, de sua independência.

1.2.2 – Está impedido de executar trabalho de auditoria independente o auditor que tenha tido, no período a que se refere a auditoria ou durante a execução dos serviços, em relação à entidade auditada, suas coligadas, controladas, controladoras ou integrantes do mesmo grupo econômico:

- a) vínculos conjugais, vínculos de parentesco consangüíneo em linha reta, sem limites de grau, em linha colateral até o 3º grau e por afinidade até o 2º grau, com administradores, acionistas, sócios ou com empregados que tenham ingerência na sua administração ou nos seus negócios, ou sejam responsáveis por sua contabilidade;
- b) relação de trabalho como empregado, administrador ou colaborador assalariado, ainda que esta relação seja indireta, nos dois últimos anos;
- c) participação direta ou indireta como acionista ou sócio;
- d) interesse financeiro direto, imediato ou mediato, ou substancial interesse financeiro indireto, compreendida a intermediação de negócios de qualquer tipo e a realização de empreendimentos conjuntos;
- e) função ou cargo incompatíveis com a atividade da auditoria independente;
- f) fixados honorários condicionais ou incompatíveis com a natureza do trabalho contratado.
- g) qualquer outra situação de conflito de interesses no exercício da auditoria independente.

1.2.3 – O auditor deve recusar o trabalho ou renunciar à função na ocorrência de qualquer das hipóteses de conflitos de interesses previstos no item 1.2.2.

### 1.3 – RESPONSABILIDADES DO AUDITOR NA EXECUÇÃO DOS TRABALHOS

1.3.1 – O auditor deve aplicar o máximo de cuidado e zelo na realização dos trabalhos e na exposição de suas conclusões.

1.3.2 – Ao opinar sobre as demonstrações contábeis, o auditor deve ser imparcial.

### 1.4 – HONORÁRIOS

1.4.1 – O auditor deve estabelecer seus honorários mediante avaliação dos serviços, considerando os seguintes fatores:

- a) a relevância, o vulto e a complexidade do serviço a executar;
- b) o tempo para a realização do trabalho;
- c) a peculiaridade de tratar-se de cliente eventual, habitual ou permanente;
- d) a qualificação profissional do pessoal técnico que irá participar da execução dos serviços;
- e) o lugar em que os serviços serão prestados, fixando, se for o caso, como serão cobrados os custos de viagens, estadas e locomoções;
- f) as tabelas de honorários mínimos fixados pelas entidades de classe.

1.4.2 – Os honorários deverão constar de carta-proposta, elaborada antes do início da execução do trabalho, que também contenha:

- a) Descrição dos serviços a serem realizados, inclusive referências às leis e regulamentos aplicáveis ao caso;
- b) o número de horas estimadas para a realização dos serviços;
- c) Que o trabalho será efetuado segundo as Normas Brasileiras de Contabilidade;
- d) O prazo para realização dos serviços;
- e) Os relatórios a serem emitidos;
- f) A qualificação profissional da equipe técnica a ser utilizada na realização dos serviços;
- g) As condições de pagamento de honorários e forma de reajuste, se houver.

## **1.5 – GUARDA DA DOCUMENTAÇÃO**

1.5.1 – O auditor deve conservar em boa guarda, pelo prazo de 3 (três) anos a partir da data da emissão de seu parecer, toda a documentação, correspondência, papéis de trabalho, relatórios e pareceres relacionados com os serviços realizados.

## **1.6 – SIGILO**

1.6.1 – O auditor deve respeitar e assegurar o sigilo relativamente às informações obtidas durante o seu trabalho, não as divulgando, sob qualquer circunstância, para terceiros sem autorização expressa da entidade auditada, salvo quando houver obrigação legal de fazê-lo.

1.6.2 – O dever de manter o sigilo continua depois de terminados os compromissos contratuais.

## **1.7 – UTILIZAÇÃO DO TRABALHO DO AUDITOR INTERNO**

1.7.1 – O auditor independente pode utilizar os serviços de contador, na função de auditor interno, quando de seus exames sobre as demonstrações contábeis ou em trabalhos especiais, devendo planejar e coordenar a execução dos serviços.

1.7.2 – A responsabilidade do auditor independente não será modificada, mesmo quando o auditor interno tenha contribuído significativamente para a realização dos trabalhos.

1.7.3 – O auditor independente deve revisar os papéis de trabalho do auditor interno e obter cópias quando entender necessário.

## **1.8 – UTILIZAÇÃO DO TRABALHO DE ESPECIALISTAS**

1.8.1 – O auditor pode utilizar-se de especialistas como forma de propiciar a realização de seu trabalho.

1.8.2 – A responsabilidade do auditor independente fica restrita à sua competência profissional, quando o especialista for contratado pela entidade auditada,

para executar serviços que tenham efeitos relevantes nas demonstrações contábeis. A menção do fato fica a critério do auditor independente.

## 5. RESPONSABILIDADE LEGAL DO AUDITOR

O auditor é o profissional que possuindo competência legal como contador e conhecimentos em áreas afins correlatas, como tributos, modernas técnicas empresariais e outras aliadas aos conhecimentos de normas e procedimentos de auditoria, procurarão obter elementos de satisfação que o levem a fundamentar e a emitir sua opinião sobre o objeto de estudo. As funções do auditor, hoje, vão muito além do tradicional conceito de fiscalização, além de averiguar e detectar eventuais falhas nos sistemas de controle e no plano de organização, o auditor se preocupa também com a manutenção desses sistemas, de forma que as não conformidades sejam minimizadas, atuando de maneira preventiva e apresentando sugestões para eventuais desvios. No exercício da profissão os auditores, podem ser responsabilizados por erros, falhas, omissões ou dolo quanto à veracidade e a forma com que realizam o trabalho e emitem a sua opinião por intermédio do parecer de auditoria. Essa responsabilidade pode ser assim caracterizada:

- **Trabalhista:** no caso da auditoria interna;
- **Profissional:** nos casos de auditoria externa, no que diz respeito à contratação dos serviços a serem prestados;
- **Civil:** no caso de informação incorreta no parecer do auditor e que venham a influenciar ou causar prejuízos a terceiros que se utilizem dessas informações;
- **Criminal:** no caso de omissão ou incorreção de opinião expressa em parecer de auditoria, configurada por dolo, e que venham influenciar ou causar prejuízos a terceiros que se utilizem dessas informações.

### 5.1 AMBIENTE LEGAL

Podemos perceber, sob uma visão histórica, que a profissão do auditor tem tido um percentual extremamente baixo de acusações de falhas de auditoria em relação a quantidade total de auditorias realizadas. Falhas de auditoria são como acidentes nucleares: raramente acontecem, mas quando acontecem têm conseqüências enormes. Muitos auditores nunca passam por uma falha de auditoria

em suas carreiras, acusações de falhas, entretanto tem grande impacto sobre qualquer firma de auditoria.

## **5.2. RESPONSABILIDADES PARA COM OS CLIENTES**

O auditor tem uma relação contratual direta com seus clientes, quando concorda em prestar-lhe serviços, o auditor assume o papel de contratante independente. Os serviços a serem prestados devem ser explicitados em uma carta-proposta. Quando nos referimos a privacidade de contratos, falamos da relação contratual que existe entre duas ou mais partes contratantes, sendo que em um contrato típico de auditoria, pressupõe que a auditoria seja realizada de acordo com as normas profissionais baseadas nos Princípios Contábeis Geralmente Aceitos (PCGA), a não ser que haja cláusula específica especificando regra aplicável diversa no contrato. Aos responsabilizar judicialmente o auditor, o cliente pode invocar tanto as leis que regem os contratos quanto as que se relacionam com perdas e danos.

### **5.2.1 Leis de Contratos**

O auditor pode ser responsabilizado por quebra de contrato quando:

- Emite um parecer de auditoria sem ter aplicado as normas de auditoria geralmente aceitas;
- Não entrega o parecer de auditoria na data contratada;
- Viola a relação confidencial que mantém com o cliente.

A responsabilidade do auditor por quebra de contrato estende-se a sub-rogados, que são as partes que adquiriu direitos por substituição. Por exemplo, a entidade quando fecha contrato com a empresa de Auditoria "A", por intermédio do auditor "X". Contudo na realização da auditoria, a empresa de auditoria envia outro auditor "Y" para realizar os trabalhos que foram expressos na carta-proposta. Esse auditor encaminhado pela empresa de auditoria apesar de não participar do processo de negociação e contratação do serviço de auditoria, possui poderes uma vez que foi sub-rogado pela contratada para realização dos serviços, podendo ser ele empregado da empresa, ou até mesmo terceiro contratado para a realização dos serviços. De muitas formas poderão ser efetuadas a compensação por quebra de contrato, podendo ser aplicação de prestação de serviços ao réu, indenização

monetária por prejuízos corridos em virtude da quebra de contrato, indenização por prejuízos causados pela não realização dos serviços contratados, entre outros.

### 5.2.2 PERDAS E DANOS

Além do direito expresso nos contratos de auditoria, o auditor também passa a ser responsável perante seu cliente em relação às perdas e danos resultantes da não realização dos serviços contratados, perdas essas que podem ser em relação a entidade, a propriedade ou reputação da empresa diante de terceiros. Boynton (2002) aponta três as causas que o cliente pode basear uma ação por perdas e danos:

- **Negligência Normal:** Situação em que uma pessoa não aplica um grau de prudência normal que uma pessoa razoável aplicaria sob as mesmas circunstâncias;
- **Negligência Grave:** Situação em que uma pessoa não exerce sequer o cuidado mínimo adequada às circunstâncias;
- **Fraude:** Erro intencional - representação enganosa, acobertamento ou não divulgação de fato relevante, que resulta em prejuízo a terceiros. No caso de fraude, em alguns casos, deve-se distinguir entre fraude e fraude construída, que pode ser deduzida a partir de negligência grave ou desconsideração descuidada pela verdade.

### 5.2.3 RESPONSABILIDADE PARA COM TERCEIROS

Um terceiro pode ser definido como um indivíduo que não tem relação contratual com as partes de um contrato. Do ponto de vista de terceiros, existem duas categorias: o beneficiário principal e outros beneficiários. O beneficiário principal é qualquer pessoa identificada nominalmente ao auditor antes da auditoria e que deverá ser o principal destinatário do parecer de auditoria, como exemplo, na época da assinatura da contratação o cliente informar ao auditor que o relatório será utilizado para obtenção de empréstimo ao Banco do Brasil S.A, esse banco representará o principal beneficiário. Os outros beneficiários, por sua vez, são outras partes, não identificadas nominalmente – credores, acionistas, investidores potenciais.

O auditor tem responsabilidade para com todos os terceiros, por negligência grave e fraude, por negligência normal contudo, a responsabilidade do auditor para com as duas classes de terceiros tem sido diferente.

#### **5.2.3.1 Responsabilidade para com beneficiários principais**

A doutrina de que as partes contratantes têm em si uma relação particular estende-se ao beneficiário principal do trabalho do auditor. Em essência, os terceiros não podem acionar auditores por negligência normal. Em virtude de que não participa da relação contratual da prestação de serviços.

#### **5.2.3.2 Responsabilidade para com outros beneficiários**

O conceito de responsabilidade evoluiu significativamente, passando a abranger proteção ao consumidor contra atos errados, tanto de fabricantes, como de prestadores de serviços. O tamanho das empresas em geral e de empresas de contabilidade aumentou, tornando-as mais capazes de suportar os novos limites de responsabilidade. A quantidade de indivíduos e grupos que recorrem a demonstrações cresceu. Em virtude disso, a grande utilização das informações emitidas pela auditoria, seja elas por entes próximos as empresas, ou seja, de pessoas físicas que não possuem nenhum vínculo empregatício com a auditoria ou a entidade auditada, podem usufruir das informações da auditoria para tomada de decisões que geram ganhos ou prejuízos relevantes. A utilização da informação por outros beneficiários é aquele em que um investidor toma como base de investimento o parecer de auditoria para realizar uma determinada aplicação financeira envolvendo ações da entidade auditada.

## 6. RESPONSABILIDADE CIVIL

### 6.1. RESPONSABILIDADE

Ao abordamos o tema da responsabilidade civil do ponto de vista jurídico, primeiramente devemos definir o termo "responsabilidade", o que ele significa, seu conteúdo, definição e noção do que este termo representa para a natureza humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez gere a dificuldade de consolidar o seu conceito, que varia tanto como nos aspectos que pode abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicos.

Várias são os significados, alguns se fundam na doutrina do livre-arbítrio, como pondera Pontes de Miranda, sustentando uma acepção que repugna a ciência. Outros se baseiam na distinção, aliás, bem vaga e imprecisa, entre a psicologia normal e patológica. Resta, a visão sociológica que a noção da responsabilidade como aspecto da realidade social decorre dos fatos sociais, é o fato social.

Os julgamentos de responsabilidade, por exemplo a condenação do assassino ou do ladrão são "reflexos individuais, psicológicos, do fato exterior social, objetivo, que é a relação de responsabilidade. Destas relações, a investigação científica chega ao conceito de personalidade, com efeito não se concebem nem a sanção, nem a indenização, nem a recompensa, sem o indivíduo que as deva receber, como seu ponto de aplicação, ou seja, o sujeito passivo ou paciente." Neste terreno onde as dificuldades ameaçam a cada passo desviar para o plano metafísico, é que coincidem as noções de responsabilidade, culpabilidade e imputabilidade, tanto que a acepção vulgar assimila umas as outras. Mas é preciso diminuir a estreita afinidade que apresentam aquelas idéias. Mais aproximada a definição de responsabilidade é a idéia de obrigação, a noção de garantia empregada por alguns autores em hábil expediente para fugir as dificuldades a que conduz o seu incondicional apego a noção de culpa, como substituta da responsabilidade. A palavra responsabilidade tem raiz latina "*spondeo*", pela qual se ligava solenemente o devedor, nos contratos verbais no direito romano. Dizer que é responsável aquele que responde, portanto a responsabilidade é a obrigação ao responsável, além de redundante, insuficiente, porque aí a definição permanece na

própria expressão verbal que se pretende aclarar, não dá solução ao problema da definição.

Esclarecemos responsabilidade, assim como enfim todos os vocábulos cognatos, exprimem a idéia de equivalência de contraprestação, de correspondência. Diante disso fixar uma noção, ainda imperfeita, de responsabilidade no sentido de repercussão obrigacional da atividade do homem. Como este varia até o infinito, é lógico concluir que são também inúmeras as espécies de responsabilidade, conforme o campo em que se apresenta o problema, exemplo, na moral, direito privado ou outros. A responsabilidade é portanto, resultado da ação pelo qual o homem expressa o seu comportamento, em face do dever ou obrigação.

Marton *apud* DIAS (2006), estabelece com muita lucidez a boa solução, quando define responsabilidade como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes da violação, traduzidas em medidas em que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha providências essas que podem, ou não estar previstas.

#### **6.1.2 Responsabilidade Jurídica e Responsabilidade Moral**

Os diferentes planos em que se desenvolve a atividade do homem, inclusive a simples atividade da consciência é que caracterizam os aspectos da responsabilidade, contudo uma visão de conjunto reduz a dois esses aspectos: o jurídico e o moral. Assinalar essa distinção não quer dizer que a inclusão de um fato em um dos dois títulos o exclua do âmbito do outro. Longe disso, a responsabilidade pode resultar da violação, a um tempo, das normas, tanto morais quanto jurídicas, o fato em que se concretiza a infração participa de caráter múltiplo, podendo ser por exemplo lei moral, religiosa, de costumes ou pelo direito. Isto define que não distinção entre as duas disciplinas. Seria infundado sustentar uma teoria do direito estranha a moral. Contudo é evidente que o domínio da moral é muito mais amplo do que o do direito, a este subordinando muitos que escapam a abrangência do direito.

Dessa idéia, resulta-se que não se cogita responsabilidade jurídica se não há um prejuízo. Ocorrendo assim a primeira distinção entre responsabilidade jurídica e

moral. Esta se confina, conforme explica Henri ET Léon Mazeaud, o problema do pecado. O homem se sente moralmente responsável perante Deus ou perante sua consciência, conforme seja, ou não crente. Puramente objetiva, para se apurar a responsabilidade moral cumpre indagar o estado da alma do agente: se aí acusa a existência do pecado, de má ação, não pode negar a responsabilidade moral, contudo não conseqüentemente haverá a punição jurídica.

## 6.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA HISTÓRIA

Segundo Gonçalves (2003), a responsabilidade civil se assenta, segundo a teoria clássica em três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano.

Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fato culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras, nem limitações. Não imperava, ainda o direito. Dominava então, a vingança privada, "forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido, solução comum a todos os povos nas suas origens para a reparação do mal pelo mal. Se a reação não pudesse acontecer desde logo, sobrevinha a vindita meditada, posteriormente regulamentada e que resultou na pena de talião, "olho por olho, dente por dente."

Sucedendo-se do período da composição, o prejudicado passa a perceber as vantagens e conveniências da substituição da vindita, que gera a pena, pela compensação econômica. Aí afirma Alvino Lima *apud* Gonçalves (2003), a vingança é substituída pela composição a critério da vítima, mas subsiste no fundamento ou forma de reintegração o dano sofrido. Ainda não se cogitava a culpa. Num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e ao demais disso, tarifada. É quando o ofensor paga um tanto ou quanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, que surgindo, em conseqüência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por

acidentes de trabalho. É a época do Código de Ur-Mammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas.

A diferenciação entre a pena e a reparação, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos e nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia a vítima. O Estado assume a responsabilidade assim, ele só, a função de punir. Quando a ação agressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal.

É na lei de Aquilia que se esboça afinal, um princípio geral regulamentador da reparação do dano. Embora reconheça que não continha ainda uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno. Era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana que tomou da Lei Aquília o seu nome característico. O direito francês, aperfeiçoando pouco a pouco as idéias românicas, estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Aos poucos, foram sendo estabelecido certos princípios que exerceram sensível influência nos outros povos: direito a reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) e a responsabilidade penal (perante o Estado). A existência de uma culpa contratual (a das pessoas descumprirem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência. Era a generalização do princípio Aquiliano: *In lege Aquilia ET levíssima culpa venit*, ou seja, o de que a culpa, ainda levíssima, obriga a indenizar.

A noção da culpa em abstrato e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no Código de Napoleão, inspirando a redação dos artigos 1.382 e 1.383 do Código Civil. A responsabilidade civil se funda na culpa – foi a definição que partiu daí para inserir-se nas legislações de todo mundo. Daí por diante observou-se a extraordinária tarefa dos tribunais franceses, atualizando os textos e estabelecendo uma jurisprudência digna dos maiores louvores. O surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos ocasionaram

surgimentos de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas. Nos últimos tempos, têm ganhado terreno a chamada teoria do risco, que sem substituir a teoria da culpa, cobre muitas hipóteses em que o apelo às concepções tradicionais se revela insuficiente para a proteção da vítima. A responsabilidade seria encarada sob o aspecto objetivo: o operário, vítima de acidente de trabalho, têm sempre direito a indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado. O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas porque é o dono da maquinaria ou dos instrumentos de trabalho que provocaram o infortúnio.

Na teoria do risco se subsume a idéia do exercício da atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade.

Na legislação civil italiana encontra-se o exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil, com inversão do ônus da prova:

*"Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento se non prova avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno"* (CC italiano, art. 2050).

O agente, no caso, só se exonerará da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas idôneas para evitar o dano. Disposições semelhantes são encontradas no Código Civil mexicano, no espanhol, no português, no libanês e em outros.

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes. Quem auferir os cômodos, deve suportar os incômodos. No direito moderno, a teoria da responsabilidade objetiva apresenta-se sob duas faces: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo. Pela última, desde que exista um dano, deve ser ressarcido, independente da idéia de culpa. Uma e outra consagram, em última análise, a responsabilidade sem culpa, a responsabilidade objetiva. Conforme assinala Ripert, mencionado por Washington de Barros Monteiro, a tendência atual do direito manifesta-se no sentido de substituir a idéia da

responsabilidade pela idéia de reparação, a idéia da culpa pela idéia do risco, a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva.

A realidade, é que se tem procurado fundamentar a responsabilidade na idéia de culpa mas, sendo esta insuficiente par atender as imposições do progresso, tem o legislador fixado os casos especiais em que deve ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. É o que acontece no direito brasileiro, que se manteve fiel à teoria subjetiva no artigo 186 do Código Civil. Para que haja responsabilidade, é preciso que haja culpa. A reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito. Sem prova de culpa, inexistente a obrigação de reparar o dano. Entretanto, em outros dispositivos e mesmo em leis esparsas, adotaram-se os princípios da responsabilidade objetiva, da culpa presumida (artigos 936, 937 e 938 do CC, que tratam , respectivamente da responsabilidade presumida do dono do animal, do dono do edifício e do habitante da casa) e da responsabilidade independentemente de culpa (artigos 927, parágrafo único, 933 e 1.299 do CC, que dizem a respeito, respectivamente, à atividade potencialmente perigosa, à responsabilidade dos pais, tutores, curadores e patrões, e a responsabilidade decorrente do direito de vizinhança). A par disso, temos o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Lei de Acidentes de trabalho e outras leis especiais. Mostrando nítida a adoção pelo legislador pela responsabilidade objetiva. O novo Código Civil manteve o principio da responsabilidade na base da culpa, definido o ato ilícito no artigo 186, *verbis*:

*"Aquele que, por ação ou omissão voluntaria, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*

No artigo 927 do CC, depois de estabelecer , no *caput* , que "aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187 do CC), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Dispôs, refletindo a moderna tendência , no parágrafo único , *verbis*:

*"Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem."*

Adotou assim, solução mais avançada e mais rigorosa que a do direito italiano, também acolhendo a teoria do exercício da atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos específicos em lei, a par da responsabilidade subjetiva como regra geral, não prevendo, porém, a possibilidade de o agente, mediante a inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade de se provar que adotou todas as medidas aptas para evitar o dano.

No regime do Código Civil de 1916, as atividades perigosas eram somente aquelas definidas em lei especial. As que não o fossem, enquadravam-se na norma geral do Código Civil, que consagrava a responsabilidade subjetiva. O referido parágrafo único do artigo 927 do novo diploma além de não revogar as leis especiais existentes e de ressalvar as que vierem ser promulgadas, permite que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir como perigosas ou de risco. Esta é sem dúvida a principal inovação do novo Código civil no campo da Responsabilidade Civil.

### 6.3 CULPA E RESPONSABILIDADE

O Código Civil Francês, em que se inspirou o legislador pátrio na elaboração dos artigos 159 e 1.518 do CC de 1916, correspondentes, respectivamente, aos artigos 186 e 942 do novo diploma (CC 2002), alude a *faute* como fundamento do dever de reparar o dano. Alguns autores, para definir a culpa, inspiram-se numa concepção moral de culpabilidade. Consideram somente o aspecto subjetivo: se o agente podia prever e evitar o dano, se quisesse, agindo livremente. Salvatier, assim define como "inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar." Outros, como os irmãos Mazeaud, adotam o critério objetivo na definição da culpa, comparando o comportamento do agente a um tipo abstrato, o *bônus paterfamilias*. Se, da comparação entre conduta do agente causador do dano e o comportamento do homem médio, fixado como padrão que seria normal, resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do primeiro, nos quais não incorreria o homem padrão, criado em abstrato pelo julgador, caracteriza a culpa.

O legislador pátrio, contornando a discussão sobre o vocábulo *faute*, preferiu-se valer da noção de ilícito como causa da responsabilidade civil. Assim, o artigo 186 do Código Civil Brasileiro define o que entende por comportamento culposo do

agente causador do dano: "ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência." Em consequência, fica o agente obrigado a reparar o dano.

A imprevidência do agente, que dá origem ao resultado lesivo, pode apresentar-se sob as seguintes formas: imprudência, negligência ou imperícia. O termo "negligência", usado no artigo 186, é amplo e abrange a idéia de imperícia, pois possui um sentido lato de omissão ao cumprimento de um dever. A conduta imprudente consiste em agir o sujeito sem as cautelas necessárias, com adoçamento e arrojo, e implica sempre pequena consideração pelo interesses alheios. A negligência é a falta de atenção, a ausência de reflexão necessária, uma espécie de preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ser previsto. A imperícia consiste sobretudo na inaptidão técnica, na ausência de conhecimentos para a prática de um ato, ou omissão de providência que se fazia necessária, em suma, a culpa profissional.

O previsível da culpa se mede pelo grau de atenção exigível do *homo medius*. A *obligatio ad diligentiam* é aferida pelo padrão médio do comportamento, um grau de diligência considerado normal, de acordo com a sensibilidade ético-social. Impossível estabelecer um critério apriorístico válido. Na verdade, a culpa não se presume e deve ser apurada no exame de cada caso concreto.

#### **6.4 RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL.**

Segundo Venosa (2004), a noção de responsabilidade, como gênero, implica sempre exame de conduta voluntária violadora de um dever jurídico. Sob tal premissa, a responsabilidade pode ser de várias naturezas, embora ontologicamente o conceito seja o mesmo.

De início há um divisor de águas entre a responsabilidade civil e a penal. A ilicitude pode ser civil ou penal. Como a descrição da conduta penal é sempre uma tipificação restrita, em princípio da responsabilidade penal ocasiona o dever de indenizar. Por essa razão, a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível quanto ao dever de indenizar o dano decorrente da conduta criminal, na forma dos artigos 91, inciso primeiro, do Código Penal, artigo 63 do Código de Processo Penal e 584, inciso segundo, do Código de Processo Civil. As jurisdições penal e civil em nosso país são independentes, mas há reflexos no juízo cível, não só sob o

mencionado aspecto da sentença penal condenatória, como também porque não podemos discutir no cível a existência do fato e da autoria do ato ilícito, se essas questões foram decididas no juízo criminal encontram-se sob o manto da coisa julgada (artigo 64 do CPP, Artigo 935 do atual CC). A sentença penal absolutória, por falta de provas ao fato, quanto à autoria, ou a quem reconhece uma dirimente ou justificativa, sem estabelecer a culpa, por exemplo, não tem influência na ação indenizatória que pode resolver autonomamente toda a matéria em seu bojo.

Como visto, o círculo dos atos ilícitos como fatos e atos humanos é muito mais amplo: o ilícito civil nem sempre configurará uma conduta punível, descrita pela lei penal. No entanto a idéia de transgressão de um dever jurídico está presente em ambas responsabilidades. Cabe ao legislador definir quando é oportuno e conveniente tornar a conduta criminalmente punível. Os ilícitos de maior gravidade social são reconhecidos pelo Direito Penal. O ilícito civil é considerado de menor gravidade e o interesse de reparação do dano é privado, embora com interesse social, não afetando, a princípio, a segurança pública. O conceito de ato ilícito, portanto é um conceito aberto no campo civil, exposto ao exame do caso concreto e às noções referidas ao dano, imputabilidade, culpa e nexos causal, as quais também, e com maior razão, fazem parte do delito ou ilícito penal. Em qualquer dos campos, porém, existe infração a lei e a um dever de conduta. Quando esse dever de conduta parece à primeira vista diluído e não identificável na norma, sempre estará presente o princípio geral do *neminem laedere*, ou seja, a ninguém é dado o direito de prejudicar a outrem. Quando a conduta é de relevância tal que exige punição pessoal do transgressor, o ordenamento descreve como conduta criminalmente punível. Assim, o mesmo ato ou a mesma conduta pode caracterizar concomitantemente um crime e um ilícito civil. Para o crime ou delito, o ordenamento estrutura as modalidades de punição exclusivamente pessoais, sendo a mais grave delas, em nosso ordenamento, é a pena privativa de liberdade. Para o ilícito civil, embora se possam equacionar modalidades de reparação em espécies, o denominador comum será sempre a indenização em dinheiro, como o lenitivo mais aproximado que existe no direito de reparar ou minorar o mal causado, seja ele de índole patrimonial ou exclusivamente moral, como atualmente permite a Constituição. A responsabilidade civil leva em conta o dano, o prejuízo, o desequilíbrio patrimonial, embora em sede de dano exclusivamente moral, o que se

tem em mira é a dor psíquica ou o desconforto comportamental da vítima. No entanto, é básico que, se não houver dano ou prejuízo ressarcido, não temos porque falar em responsabilidade civil: simplesmente não há porque responder. A responsabilidade civil pressupõe um equilíbrio entre os dois patrimônios que deve ser restabelecido.

### 6.5 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual, por exemplo quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato chamado de contrato de adesão com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se no trajeto ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e os danos, nos termos do artigo 389 do CC. Acontece o mesmo quando o comodatário não devolve a coisa emprestada porque, por sua culpa, ela pareceu com o autor, que não comparece ao espetáculo contratado. Enfim, com todas as espécies de contratos não adimplidos.

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no artigo 186 do CC. Todo aquele que causa dano a outrem, por sua culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana. Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

O Código Civil distinguiu as duas espécies de responsabilidade, disciplinando genericamente a responsabilidade extracontratual nos artigos 186 a 188 e 927 e seguintes, e a contratual, nos artigos 395 e seguintes e 389 e seguintes; omitindo qualquer referência diferenciadora. É certo, porém, que nos dispositivos que tratam genericamente dos atos ilícitos, da obrigação de indenizar e da indenização, o código não regulou a responsabilidade proveniente do inadimplemento da obrigação, da prestação com defeito ou da mora no cumprimento das obrigações proveniente

dos contratos. Além dessas hipóteses, a responsabilidade contratual abrange também o inadimplemento ou mora relativos a qualquer obrigação, ainda que proveniente de um negócio unilateral (como testamento, a procuração ou a promessa de recompensa) ou da lei (como a obrigação de alimentos). E a responsabilidade extracontratual compreende, por seu turno, na violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão, como os que corresponder aos direitos reais, aos direitos de personalidade ou aos direitos de autor (à chamada propriedade literária, científica ou artística, aos direitos de patente ou de invenções e às marcas).

Há quem critique essa dualidade de tratamento. São adeptos da tese unitária ou monista, que entendem pouco importar os aspectos sob os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, pois uniformes são os seus efeitos.

De fato, basicamente as soluções são idênticas para os dois aspectos. Tanto em um como em outro caso, o que, em essência, se requer para a configuração da responsabilidade são estas três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade, isto é, o nexo de causa e efeitos entre os primeiros elementos.

Essa convicção é hoje, dominante na doutrina. Nos códigos de diversos países, inclusive no Brasil, tem sido contudo, acolhida a tese dualista ou clássica, embora largamente combatida, alguma codificações modernas, no entanto, tendem a aproximadamente as duas variantes da responsabilidade civil submetendo a um português, por exemplo, incluíram uma série de disposições de caráter geral sobre a "obrigação de indenização", ao lado das normas privativas da responsabilidade do devedor pelo não-cumprimento da obrigação e das regras especificamente aplicáveis aos atos ilícitos. Ficaram assim, fora da regulamentação unitária apenas os aspectos específicos de cada uma das variantes da responsabilidade.

Com efeito, tanto da responsabilidade contratual como da responsabilidade extracontratual, que exigem regulamentação própria. É o caso típico da exceção do contrato não cumprido e da chamada "condição resolutiva tácita, nos contratos sinalagmáticos e o que ocorre com omissões e com os casos de responsabilidade pelo fato de outrem, no domínio da responsabilidade extracontratual. Por essa razão, e pelos aspectos práticos que a distinção oferece.

A primeira, e talvez mais significativa, diz a respeito ao ônus da prova. Se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, incumbe-lhe o *ônus probandi*.

No entanto, se a responsabilidade for extracontratual, a do artigo 186 do CC, o autor da ação é que fica com o ônus de provar se o fato se deu por culpa do agente. A vítima tem maiores probabilidades de obter a condenação do agente ao pagamento da indenização quando a sua responsabilidade deriva do descumprimento do contrato, ou seja, quando a responsabilidade é contratual, não precisa provar a culpa. Basta provar que o contrato não foi cumprido e, em consequência, houve o dano. Outra diferenciação que se estabelece a responsabilidade contratual e extracontratual diz a respeito das fontes de que promanam. Enquanto a contratual tem a sua origem na convenção, a extracontratual a tem na inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém, estatuído no artigo 186 do CC.

Outro elemento de diferenciação entre as duas espécies de responsabilidade civil refere-se à capacidade do agente causador do dano. Jossierand *apud* Gonçalves (2003) entende que a capacidade sofre limitações no terreno da responsabilidade simplesmente contratual, sendo mais ampla no campo da responsabilidade extracontratual. A convenção exige agentes plenamente capazes ao tempo de sua celebração, sob pena de nulidade e de não produzir efeitos indenizatórios. Na hipótese de obrigação derivada de um delito, o ato do incapaz pode dar origem a reparação por aqueles que legalmente são encarregados de sua guarda. E a tendência de nosso direito é a ampliação da responsabilidade delituosa dos incapazes, como se pode verificar no artigo 928 do CC, que responsabiliza os incapazes em geral pelo prejuízos que venham a causar, toda vez que as pessoas por eles responsáveis não tenham a obrigação legal de fazê-lo, ou não disponham de meios suficientes.

Pelo Código Civil, o menor de 18 anos é, em princípio, civilmente irresponsável. Só responderá pelos prejuízos que causar se as pessoas por eles responsáveis não tiverem obrigação de o fazer ou não dispuserem de meios

suficientes (artigo 928 do CC). No campo contratual, este mesmo menor somente se vinculará se celebrar a convenção devidamente representado ou assistido por seu representante legal.

Quando considera a capacidade jurídica bem mais restrita na responsabilidade contratual do que na derivada dos atos ilícitos, porque estes podem ser perpetrados por amentais e por menores e podem gerar o dano indenizável, ao passo que somente as pessoas plenamente capazes são suscetíveis de celebrar convenções válidas. Outro elemento de diferenciação poderia ser apontado no tocante à gradação da culpa, seja extracontratual ou contratual, fundase na culpa. A obrigação de indenizar em se tratando de delito, deflui da lei, que vale *erga omnes*.

Conseqüência disso seria que, na responsabilidade delitual, a falta se apuraria de maneira mais rigorosa, enquanto na responsabilidade contratual ela variaria de intensidade de conformidade com os diferentes casos, sem contudo alcançar aqueles extremos a que se pudesse chegar na hipótese da culpa aquiliana, em que vige o principio *in lege Aquilia et levíssima culpa venit*. No setor da responsabilidade contratual, a culpa obedece a um certo escalonamento, de conformidade com os diferentes casos em que ela se configure, ao passo que na delitual, ela iria mais longe, alcançando a falta ligeiríssima.

#### **6.6 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL POR ATOS ÍLÍCITOS E LÍCITOS FUNDADA NO RISCO E DECORRENTE DE FATOS PERMITIDOS POR LEI.**

Via de regra a obrigação de indenizar assenta-se na prática de um fato ilícito. É o caso do motorista que tem de pagar as despesas médico-hospitalares e os lucros cessantes da vítima que atropelou, por ter agido de forma imprudente, praticando um ato ilícito. Outra vezes porém, essa obrigação pode decorrer, do exercício de uma atividade perigosa. O dono da máquina que em atividade, tenha causado dano a alguém responde pela indenização não porque tenha cometido propriamente um ato ilícito ao utilizá-la, mas por ser quem, utilizando-a em seu proveito, suporta o risco. Em outros casos, ainda a obrigação de indenizar pode nascer de fatos permitidos por lei e não abrangidos pelo chamado risco social. Alguns exemplos expressivos podem ser mencionados, dentre outros: o dos atos

praticados em estado de necessidade, considerados ilícitos pelo artigo 188, II, do Código Civil, mas que, mesmo assim, obrigam o seu autor a indenizar o dono da coisa, como prevê o artigo 929 do mesmo diploma, o dono do prédio encravado que exige passagem pelo prédio do vizinho, mediante o pagamento de indenização cabal (artigo 1.285 do CC), o do proprietário que penetra no imóvel vizinho para fazer limpeza, reformas e outros serviços considerados necessários (artigo 1.313 do CC).

## **6.7 RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Determina a Constituição Federal que o "Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (artigo 5º, XXXII). Em cumprimento a essa determinação, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que entrou em vigor em março de 1991. Tal diploma legal é abrangente, tendo repercutido profundamente nas diversas áreas do direito, inovando em aspectos de direito penal, administrativos, comercial, processual civil e civil em especial.

Com a evolução das relações sociais e o surgimento do consumo em massa, bem como dos conglomerados econômicos, os princípios tradicionais da nossa legislação privada já não mais bastavam para reger as relações humanas, sob determinados aspectos. E nesse contexto, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, atendendo a princípio constitucional relacionado a ordem econômica.

Partindo da premissa básica de que o consumidor é parte vulnerável das relações de consumo, o Código pretende restabelecer o equilíbrio entre os protagonistas de tais relações. Assim, declara expressamente o artigo 1º que o referido diploma estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, acrescentando serem tais normas de ordem pública e interesse social. De pronto, percebe-se que, tratando-se de relações de consumo, as normas de natureza privada, estabelecidas no Código Civil de 1916, onde campeava o princípio da autonomia da vontade, e em leis esparsas, deixaram de ser aplicadas. O Código de Defesa do Consumidor retirou da Legislação Civil a regulamentação das atividades humanas relacionadas ao consumo, criando uma série de princípios e regras em que se sobressai não mais a igualdade formal das partes, mas a vulnerabilidade do consumidor que deve ser protegido.

No referido sistema codificado, tanto a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço oriunda do vício do produto ou serviço de natureza objetiva, prescindindo do elemento de culpa a obrigação de indenizar atribuída ao fornecedor. Em linhas gerais, estipula-se a reparação de danos, tanto patrimoniais como morais, na tutela da própria Constituição de 1988 (artigo 5º, V) e sem prejuízo de sancionamentos outros cabíveis. Compreendem-se, em seu contexto, tanto danos a pessoas como a bens, prevalecendo a obrigação de ressarcimento nos casos de vícios, falta ou insuficiência de informações, tanto em razão de problemas intrínsecos como extrínsecos do bem ou do serviço. São limitadas as excludentes invocáveis pelo agente, "Só não sendo responsabilizado o fornecedor quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, que não colocou o produto no mercado ou, que embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste.(CDC, artigo 12). Determina-se expressamente a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (CDC, artigo 28) e coloca-se como um dos direitos básicos do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil..."(artigo 6, VIII).

## 6.8 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O artigo 186 do Código Civil consagra uma regra universalmente aceita: a de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Estabelece o aludido dispositivo legal, informativo da responsabilidade aquiliana:

*"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*

A Análise do artigo su  
essenciais da responsabilidade

relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima.

### 6.8.1 – Ação ou omissão

Inicialmente, refere-se a lei a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha causar dano a outrem. A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de dano causados por coisas e animais que lhe pertençam. O Código prevê a responsabilidade por ato próprio, dentro outros, nos casos de calúnia, difamação e injúria, de demanda de pagamento de dívida não vencida ou já paga, de abuso de direito.

A responsabilidade por ato de terceiro ocorre nos casos de danos causados pelo filhos, tutelados e curatelados, ficando responsáveis pela reparação os pais, tutores e curadores. Também o patrão responde pelos atos de seus empregados. Os educadores, hoteleiros e estalajadeiros, pelos seus educados e hóspedes. Os farmacêuticos por seus pressupostos. As pessoas jurídicas de direito, por seus empregados, e as de direito público, por seus agentes. E ainda aqueles que participam do produto do crime.

A responsabilidade por danos causados por animais e coisas que estejam sob a guarda do agente é em regra objetiva, independe da prova de culpa. Isto se deve ao aumento do número de acidentes e de vítimas, que não devem ficar irressarcidas, decorrente do grande desenvolvimento da indústria de máquinas.

#### 6.8.2 – Culpa ou dolo do agente

O artigo 186 do Código Civil cogita do dolo logo no início: ação ou omissão voluntária”, passando em seguida, a referir-se à culpa: “negligência ou imprudência”.

O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de negligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico. Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar o dolo ou culpa *scrito sensu* do agente, segunda a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidades sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco, abrangendo também a culpa presumida.

A teoria subjetiva desce a várias distinções sobre a natureza e extensão da culpa. Culpa lata ou “grave” é a falta imprópria ao comum dos homens, é a modalidade que mais se avizinha do dolo. Culpa “leve” é falta inevitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular. Na responsabilidade aquiliana, a mais ligeira culpa produz a obrigação de indenizar.

A culpa pode ser ainda, *in eligendo*: decorre da má escolha do representante, do preposto; *in vigilando*: decorre da ausência de fiscalização; *in committendo*: decorre de uma ação, de um ato positivo; *in omittendo*: decorre de uma omissão ,

quando havia o dever de não se abster; *in custodiendo*: decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou de algum objeto.

### 6.8.3 – Relação de Causalidade

É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no artigo 186 do Código Civil. Sem ela não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.

Segundo Venosa (2004), o conceito de nexos causal, nexos etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal. Se a vítima que experimentou o dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito.

O caso fortuito e a força maior são excludentes do nexos causal porque o cerceiam, ou o interrompem. Na verdade, no caso fortuito e na força maior inexistente relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso. Se o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima, também não aflora o dever de indenizar, porque se rompe o nexos causal. A determinação do nexos causal é uma situação de fato a ser avaliada no caso concreto, não sendo proveitoso enunciar uma regra absoluta. Na identificação do nexos causal, há duas questões a serem analisadas. Primeiramente, existe a dificuldade em sua prova: a seguir, apresenta-se a problemática da identificação do fato que constitui verdadeira causa do dano, principalmente quando este decorre de causas múltiplas. Nem sempre há condições de estabelecer a causa direta do fato, ou seja, a causa predominante que deflagrou o dano, o que nem sempre satisfaz o caso concreto. Aponta Caio Mário da Silva Pereira *apud* Venosa (2004), após informar sobre as várias doutrinas sobre o tema, que o que importa

*“É estabelecer, em face do direito positivo, que houve uma violação de direito alheio e um dano, e que existe um nexos causal, ainda que*

*presumido, entre uma e outro. Ao juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante incumbe produzir."*

#### **6.8.4 - Dano**

Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O CC consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de apurarem os prejuízos e a indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto. O novo Código aperfeiçoou o conceito de ato ilícito ao dizer que o pratica quem "violar o direito e causar dano a outrem" (artigo 186 do CC), substituindo o "ou" ("violar o direito ou causar dano a outrem") que constava no artigo 159 do diploma de 1916.

Com efeito, o elemento subjetivo da culpa é o dever violado. A responsabilidade é uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. No entanto, ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado o prejuízo. Se por exemplo, o motorista comete várias infrações de trânsito, mas não atropela nenhuma pessoa nem colide com outro veículo, nenhuma indenização será devida, malgrado a ilicitude da sua conduta. A obrigação de indenizar decorre, pois, da existência da violação de direito e do dano, concomitantemente.

Observa Mário Moacyr Porto, *apud* Gonçalves(2003), que o dever de reparar assume ainda que raramente, o caráter de uma pena privada, uma sanção pelo comportamento ilícito do agente. Assim, o credor não precisa provar prejuízo para pedir e obter pagamento de uma cláusula penal (artigo 416 do CC) quem demandar dívida já paga fica obrigado a pagar em dobro ao devedor (artigo 940 do CC); as ofensas aos direitos da personalidade autorizam uma reparação pecuniária mesmo que nenhum prejuízo material advenha de ofensas. São hipóteses a infração a uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares.

## 7. EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

São excludentes da responsabilidade, que impedem que se concretizem o nexo causal, a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e no campo contratual, a cláusula de não indenizar.

### 7.1.A CULPA DA VÍTIMA

A culpa exclusiva da vítima exime do dever de indenizar, porque impede o nexo causal. A hipótese não consta expressamente no Código Civil de 1916, mas a doutrina e a jurisprudência, em consonância com a legislação extravagante, consolidaram essa excludente de responsabilidade. O código corrente menciona a culpa concorrente da vítima no artigo 945. Com a culpa exclusiva da vítima, desaparece a relação de causa e efeito entre o dano e seu causador. Quando há culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano, a responsabilidade e, conseqüentemente, a indenização são repartidas, podendo as frações de responsabilidade ser desiguais, de acordo com a intensidade da culpa, assim, a partilha dos prejuízos pode ser desigual, sendo a solução ideal, especificar matematicamente a contribuição da culpa da vítima para o efeito danoso.

A lei por seu lado, pode mencionar expressamente que somente a culpa exclusiva da vítima inibe o dever de indenizar e não a culpa concorrente. É o que ocorre no Decreto n. 2681/1912, que regula a responsabilidade das estradas de ferros, e por analogia, aplica-se a todos os meios de transportes para quais não haja leis específicas. O artigo 15 dessa lei dispõe que é sempre presumida a culpa das ferrovias por acidentes ocorridos em suas linhas, dos quais resulte morte, ferimento ou lesão aos viajantes, assumindo que as ferrovias somente se exonerarão das responsabilidades se provarem caso fortuito ou força maior ou culpa exclusiva da vítima: "culpa exclusiva do viajante, não concorrendo culpa da estrada" (artigo 17,II). Assim, se o passageiro se acidenta porque resolve viajar com o corpo fora da composição ferroviária ou dependurado no estribo, não haverá, em tese, culpa da ferrovia. Existe jurisprudência benévola que forçando a culpa concorrente, entende que nesses casos a ferrovia falta com o dever de vigilância, impedindo que o viajante se coloque em condição de risco.

O artigo 6º da Lei n. 6.453/77, a qual cuida da responsabilidade por danos nucleares, também exclui a responsabilidade do denominado operador nuclear, “*uma vez que provado haver o dano resultado exclusivamente da culpa da vítima, o operador será exonerado, apenas em relação a ela, da obrigação de indenizar*”. A energia nuclear e suas conseqüências são desconhecidas pelo homem médio. Recorde-se do acidente ocorrido em Goiânia, em passado recente, quando pessoas de pouca instrução foram contaminadas por césio, desatenciosamente posto em lugar de fácil acesso.

Portanto, a culpa concorrente somente poderá compensar os danos, quando a lei não faz ressalva. Quando este se faz presente, a responsabilidade do dano permanece integral, desde que haja mínima parcela de culpa do agente.

## 7.2.CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

Tratamos aqui mais uma grande tema em sede de responsabilidade contratual e extracontratual. José Aguiar Dias *apud* Venosa(2004) reforça a idéia de que as expressões são sinônimas, e é inútil distingui-las. Na verdade, não são mais atuais como tal no campo da responsabilidade civil. A doutrina, na realidade não é concorde sobre sua definição e compreensão desses fenômenos, havendo certa divergência. O caso fortuito (*act of God*, ato de Deus no direito anglo-saxão) decorreria das forças da natureza, tais como terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto a força maior decorreria dos atos humanos inelutáveis, tais como guerras, revoluções, greves e determinação de autoridades (fato do príncipe). A doutrina costuma apresentar as mais equívocas compreensões dos dois fenômenos. Ambas as figuras equivalem-se na prática, para afastar o nexo causal. Para alguns autores, caso fortuito se ligaria as critérios de imprevisibilidade e irresistibilidade. Assim o caso fortuito seria aquela situação normalmente imprevisível, fato da natureza ou fato humano. A força maior seria caracterizada por algo também natural ou humano a que não se poderia desistir, ainda que possível prever sua ocorrência.

Qualquer critério que se adote, a distinção nunca será conseqüências práticas: os autores são unânimes em frisar que juridicamente os efeitos são sempre os mesmos. Essa equivalência foi admitida pelo Código Civil de 1916, que no artigo 1.058 (atual , artigo 393), parágrafo único, adotou a noção objetiva desse

fenômenos: "O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir". Fica afastada a teoria subjetiva que procura identificar os fenômenos nas condições do agente e na ausência da culpa.

O conceito de ordem objetiva gira sempre em torno da imprevisibilidade ou inevitabilidade, aliado à ausência de culpa. A imprevisibilidade não é elemento especial a destacar: por vezes, o evento é previsível, mas são inevitáveis os danos, porque impossível resistir aos acontecimentos. Desse modo, desaparecido o nexo causal, não há responsabilidade. A idéia é válida tanto na responsabilidade contratual como na aquiliana. Centra-se no fato de que o prejuízo não é causado pelo fato do agente, mas em razão de acontecimentos que escapam ao seu poder.

### 7.3 – ESTADO DE NECESSIDADE – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO.

Nosso código fundamenta a responsabilidade civil, como vimos, no artigo 186 do CC. No artigo 188 do CC, porém relaciona hipóteses em que inobstante a ação voluntária do agente e a ocorrência de dano, não haverá necessariamente o dever de indenizar:

*" Não constituem atos ilícitos:*

*I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito conhecido;*

*II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.*

*Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. "*

O presente Código, nessa redação, manteve-a idêntica ao diploma anterior, acrescentado a referência à lesão à pessoa.

A legítima defesa constitui justificativa para a conduta. O conceito é o mesmo do Direito Penal. A sociedade organizada não admite a justiça de mão própria, mas reconhece situações nas quais o indivíduo pode usar dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente, contra si ou contra pessoas caras ou contra seus bens. A doutrina sempre enfatizou que os meios da repulsa devem ser

moderados. Nessa premissa, quem age em legítima defesa não pratica ato ilícito, não havendo dever de indenizar, na forma do artigo 188, I. Nesse conceito de legítima defesa, não estão abrangidos unicamente os bens materiais, mas também valores da personalidade como a honra e a boa fama.

Se o ato danoso foi praticado contra o próprio agressor, não há dever de indenizar. Se porém, no ato de legítima defesa, o agente atinge terceiro ou os bens deste, deve reparar o dano, dispondo de ação regressiva contra o ofensor, para reembolso da indenização paga. Quando porém, se trata de exercício legal de um direito que atinge bem de terceiro, o agente estará obrigado a reparar o dano.

A legítima defesa putativa não inibe o dever de indenizar porque exclui a culpabilidade, mas não a antijuricidade. Responde também o agente pelo excesso na legítima defesa, isto é, quando sua conduta ultrapassa os limites da ponderação. Deverá se responsabilizar proporcionalmente pelo excesso cometido, pois subsiste a ilicitude em parte da conduta. Assim como a legítima defesa, também não são possíveis de indenização os danos praticados no exercício regular de um direito. Na mesma dicção, deve estar subentendida outra excludente de índole criminal, o estrito cumprimento do dever legal, porque atua no exercício regular de um direito reconhecido quem pratica o ato no cumprimento do dever legal. A compreensão dessas excludentes pertence ao Direito Penal, que as estuda em profundidade. A regularidade do exercício do direito deve ser avaliada pelo juiz no caso concreto.

Recorde-se de que nos referimos à expressão exercício regular de um direito reconhecido do artigo 160, inciso segundo, do Código de 1916 quando estudamos a teoria do abuso de direito, matéria à qual remetemos o leitor nesta oportunidade. No exercício de um direito, o sujeito deve manter-se nos limites do razoável, sob pena de praticar ato ilícito. O mais recente Código é expresso em descrever o abuso do direito no artigo 187, mencionando que o comete quem excede manifestamente os limites impostos para o fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes relacionados ao direito em questão.

O estado de necessidade no campo da responsabilidade civil está delineado nos artigos 188, inciso segundo, 929 e 930 do CC. O agente, por exemplo, para desviar-se de um precipício, na direção de veículo lança-se sobre uma pessoa, para desviar-se de uma árvore que tomba a sua frente inopinadamente, invade e danifica

a propriedade alheia. Encontra-se justificativa para o mal causado à vítima na remoção do mal iminente. O indivíduo, na iminência de ver atingido o seu direito, ofende direito alheio. O ato, em sua essência, seria ilícito, mas a lei reconhece que há uma excludente. No entanto, a escusabilidade do estado de necessidade sofre os temperamentos dos artigos 929 e 930 do CC. O primeiro destes dispositivos assegura a indenização ao dono da coisa ofendida, se não for culpado pelo perigo, e o segundo deste dispositivo expressa que, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este deverá ser movida ação regressiva pelo autor do dano, para haver a importância, que tiver ressarcido ao dono da coisa. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de que se causou o dano, na hipótese de legítima defesa. Como se conclui, é bastante restrita a possibilidade do ofensor, em estado de necessidade, eximir-se da indenização. A situação do estado de necessidade não opera como na legítima defesa, no entanto,

*"as ofensas físicas praticadas com o fito de remover perigo iminente não estão compreendidas na responsabilidade de seu autor que as praticou por culpa de terceiro. Essa responsabilidade, consagrada nos artigos 1.519 e 1.520 do Código Civil, refere-se tão somente à destruição das coisas alheias". (RT 100/533)*

A orientação sobre o estado de necessidade em sede de responsabilidade civil é evidente condescendência do Código Civil com a teoria do risco ou da responsabilidade objetiva. Aponta Carlos Roberto Gonçalves (2003) que a solução desses dois artigos está em contradição com o artigo 188, inciso segundo do CC, porque, enquanto este considera lícito o ato, os citados dispositivos obrigam o agente a indenizar a destruição ou deterioração de coisa alheia para remover o perigo. Essa situação desestimula os atos de heroísmo e mesmo situações mais mezinhas de socorro aos próximos. Conclui o eminente autor e magistrado que melhor seria se ao juiz fosse permitido estabelecer uma indenização moderada, de acordo com o caso concreto. Essa solução no entanto, não é permitida pela lei, tendo sido alterada pelo atual código:

*"O estado de necessidade, reconhecido em processo-crime, não autoriza isentar o réu da responsabilidade de pagar a respectiva indenização."(RT 491/74)*

*"O estado de necessidade não elide a responsabilidade civil, contrariamente ao que ocorre no criminal, autorizando o autor do dano apenas a exercer o direito de regresso contra o causador da situação de perigo."(RT 477/104)*

Desse modo, o dano causado em estado de necessidade não isenta seu causador, mesmo que tenha sido absolvido na esfera criminal, embora parte da doutrina sustente que a legislação processual penal tenha alterado a norma civil. Não é o que sustenta a jurisprudência.

#### **7.4 FATO DE TERCEIRO.**

O problema é saber se o fato de terceiro pode exonerar o causador do dano do dever de indenizar. Temos que entender por terceiro, nessa premissa, alguém mais além da vítima e do causador do dano. Na relação negociada, é mais fácil a conceituação de terceiro, pois trata de quem não participou do negócio jurídico. A lei por vezes, refere-se a ele como na hipótese de coação praticada por terceiro e na fraude contra credores. Na responsabilidade contratual, terceiro é, alguém que ocasiona o dano em sua conduta, isentando a responsabilidade do agente indigitado pela vítima. Nessa situação aqui tratada, não se cuida de pessoas que tenham ligação com o agente causador, tais como filhos, empregados e prepostos. Nessa hipótese, os atos de terceiros inculcam os pais, patrões e preponentes.

A questão é tormentosa na jurisprudência, e o juiz por vezes, vê-se perante uma questão de difícil solução. Não temos um texto expresso de lei que nos conduza a um entendimento pacífico. Na maioria das vezes, os magistrados decidem por equidade, embora não o digam. Por exemplo, o motorista que sobe na calçada e atropela o pedestre alegar que foi obrigado a fazê-lo por uma manobra brusca de outro veículo, cujo condutor se evadiu? A propensão dos julgados é não admitir a responsabilidade de terceiros como excludente. O assunto vem sendo regulado de forma indireta pelos artigos 929 e 930 do CC, estabelecendo este último dispositivo a ação regressiva contra o terceiro que criou a situação de perigo, para haver a importância despendida no ressarcimento ao dono do bem. Os artigos não se referem apenas à culpa exclusiva de terceiros, mas indiretamente admitem a possibilidade de reconhecimento de culpa e responsabilidade de terceiro. Frisamos que nada impede que a vítima ingresse com a ação diretamente contra o terceiro

causador do dano. A dificuldade prática é que nem sempre esse terceiro pode ser identificado pela vítima.

No caso concreto, importa verificar se o terceiro foi o causador exclusivo do prejuízo ou se o agente indigitado também concorreu com o dano. Quando a culpa é exclusiva de terceiro, em princípio não haverá nexos causal. O fato de terceiro somente exclui a indenização quando realmente constituir causa estranha à conduta, que elimina o nexos causal. Cabe ao agente a defesa da prova que o fato era inevitável e imprevisível. O fato de terceiro deve equivaler a força maior.

Os tribunais em inúmeras decisões mantêm a corrente que o fato de terceiro não afasta ao agente a responsabilidade da indenização, como vemos abaixo:

*"O fato de terceiro não desobriga o causador do prejuízo da obrigação de reparar o dano, cabendo-lhe, quando muito, o direito de regresso, como deflui do disposto no art. 1.520 do CC."(Rel. Bruno Neto, 2ª Cam., JTASCSP 109/226).*

*"Fato de terceiro não afasta a responsabilidade do acusador do dano a veículo por abalroamento". (RT 437/127)*

*"Quem se obriga por fato de terceiro, se este não cumpre a obrigação fica vinculado a ela e responde por perdas e danos daí decorrentes, nos termos do artigo 929 do CC."(RT646/89).*

O direito de regresso contra o terceiro pode ser efetivado no mesmo processo por meio de denunciação a lide (artigo 70, inciso terceiro, do CPC), quando não houver restrição em outra norma, embora nem sempre a jurisprudência admita, mormente quando o ingresso do terceiro amplia o âmbito da causa de pedir, dificultando e retardando o julgamento da ação principal. Ainda que não denunciada a lide ao terceiro responsável, sempre será possível a ação autônoma de regresso.

### 7.5 CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR , CLÁUSULA LIMITATIVA DE RESPONSABILIDADE.

A questão diz a respeito principalmente na esfera contratual, trata-se da cláusula pela qual uma das partes contratantes declara que não será responsável por danos emergentes do contrato, seu inadimplemento total ou parcial. Tal regramento tem a função de alterar o sistema de riscos do contrato, tratando-se da exoneração convencional do dever de reparar o dano, nessa situação, os riscos são contratualmente transferidos para a vítima.

Alguns doutrinadores distinguem a cláusula de não indenizar da cláusula de irresponsabilidade. A segunda exclui a responsabilidade, e a primeira, afasta apenas a indenização. Em princípio, somente a lei pode excluir a responsabilidade em determinadas situações. No campo negocial, melhor que se denomine o fenômeno de cláusula de não indenizar. Essa Cláusula não suprime a responsabilidade, mas suprime a indenização.

Existe uma grande discussão sobre a validade dessa cláusula, com entendimentos que tratam essa cláusula como nula, porque é imoral e contrária ao interesse social. No campo do direito do consumidor, essa cláusula é nula (artigo 51, inciso primeiro do CDC). O código de defesa do consumidor admite nesse mesmo artigo a limitação da responsabilidade indenizatória em situações justificáveis, quando o consumidor for pessoa jurídica. Em se tratando de consumidor, pessoa natural, não se admite qualquer cláusula que restrinja ou exonere do dever de indenizar. Com sua proibição nos contratos de adesão, protege-se a parte mais vulnerável na relação negocial. Também não se admite a cláusula quando se trata de crime ou ato lesivo doloso, pois além de constituir condição meramente potestativa, nesse caso haveria um salvo-conduto para o agente que praticar ato contra o direito ou contra o dever estabelecido. Também não pode ser admitida cláusula de não indenizar em conflito de ordem pública, matéria que não pode ser objeto de transação por vontade individual. Em tese, pode essa cláusula ser admitida quando a tutela do interesse for meramente individual, desde que não esbarre em direitos do consumidor.

Entende a doutrina clássica que a regra deve ser admitida, com restrições, como decorrência da autonomia da vontade negocial. O vigente Código não cuidou

da matéria, perdendo excelente oportunidade de aclarar a questão. No entanto, ainda que admitida, deve essa cláusula decorrer de contrato livremente negociado, sem a imposição por contrato de adesão. Desse modo, porque não negociada, não é válida a cláusula normalmente aposta nos estacionamentos: *"Não nos responsabilizamos por furtos e danos do veículos."* Essa cláusula, imposta ao consumidor, hoje por expressa disposição de lei, é irrita. No mesmo sentido, é nula a cláusula unilateral onde o hoteleiro não se responsabiliza por furtos na bagagem dos seus hóspedes de seu hotel. Essa imposição não conta com o assentimento do hóspede e contraria o artigo 649 do CC.

Podemos concluir que a cláusula de não indenizar possui dois requisitos básicos: a bilateralidade do consentimento e a não colisão com preceito cogente em lei, ordem pública e de bons costumes. Acrescente-se ainda, não pode ser admitida por contratos de adesão e no sistema do consumido.

Dias (2006) , conclui que:

*"deve a cláusula de irresponsabilidade ser declarada válida, como contrapeso ao vulto excessivo que a vida moderna trouxe aos encargos da reparação do dano. É um fator de equilíbrio , corretor da descompensação produzida pela agravação dos riscos."*

Sua admissão, em qualquer caso, dependerá da não infringência das exceções aqui enumeradas. Há outra observação a ser feita: essa cláusula não pode pretender nulificar a obrigação essencial do contrato, mas apenas elementos de cumprimentos das obrigações em geral, que podem ser entendidas como acessórias. Por exemplo, um contrato de locação, não pode o locador ficar dispensado de entregar a posse da coisa locada, nem pode o locatário ficar isento de devolvê-la ao final do contrato. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho *apud Venosa (2003)* , lembra do entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que tem declarado a invalidade da cláusula de não indenizar constante no contrato de aluguel de cofre bancário, porque excludente de obrigação essencial do contrato. Nesse mesmo sentido julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

*"A cláusula contratual que exclua a responsabilidade do estacionamento por danos eventualmente ocorridos no bem ali*

*depositado não pode prevalecer, pois contraria a essência ao próprio objeto da convenção.”(RT670/73)*

Trata-se portanto de uma regra complexa que não deve ser admitida como excludente. Se por um lado a sua admissão apresenta alguns desses entraves, menciona-se aqui também a questão referente à cláusula de limitação de responsabilidade. Nesse caso, as partes não excluem, mas limitam a responsabilidade decorrente de um ato ilícito ou inadimplemento até determinado valor. Nessa cláusula, limita-se antecipadamente, a soma que o devedor pagará a título de perdas e danos. Distingue-se da cláusula pena, porque na limitação estará ausente a noção de pena. Seu conteúdo é exclusivamente indenizatório. Trata-se sem dúvida, de elemento dinamizador dos negócios. Pode porém, servir de burla aos direitos do credor. Também somente poderá ser admitida se livremente pactuada.

Em princípio, possui os mesmos requisitos, mas com maior mitigação, da cláusula de não indenizar: não sendo válidas contra a ordem pública, em caso de dolo, nas relações de consumo, etc. Como regra geral, em contrato negociado, deve ser admitida. No entanto, há mais um aspecto aqui a ser examinado: se a limitação da responsabilidade for de tal monta que torne a indenização irrisória, equivale a uma cláusula de não indenizar. Se a cláusula de não indenizar é vedada, como no caso dos transportes, a limitação da indenização não passaria de mero subterfúgio para contornar a proibição. Se admitida como fraude ao direito do credor, nesse sentido, não pode ser considerada válida. Observa-se, no entanto José Aguiar Dias, *apud* Venosa (2003) “a fixação arbitrária, entretanto, quando guarde justas proporções, é até louvável, porque assegura a solvabilidade do responsável perante os prejudicados, afastando a sobrecarga das indenizações amplas.”

## 8. TEORIA DA CULPA

A teoria da culpa, resumida, com alguma arrogância, por Von Ihering, na fórmula "*sem culpa, nenhuma reparação*", satisfaz por dilatados anos à consciência jurídica, e é, ainda hoje, tão influente que inspira a extrema resistência oposta por autores insignes aos que ousam proclamar a insuficiência em face das necessidades criadas pela vida moderna, sem aludir ao defeito da concepção em si mesma.

### 8.1 NOÇÃO DE CULPA – ERRO E CULPA

Para nos inteirmos da noção de culpa, cumpre partir da concepção do fato violador de uma obrigação preexistente. Esse fato constitui o ato ilícito, de é, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nessa figura, encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na ilicitude e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, compreende duas projeções: o dolo, no qual identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo, e a simples negligência em relação ao direito alheio, que vem ser a culpa no sentido estrito e rigorosamente técnico. Numa noção prática, a culpa representa em relação ao domínio em que é considerada, situação contrária ao estado de graça, que na linguagem teológica, se atribui a alma isenta de pecado.

A culpa por sua vez que se configura, pode ser produtiva de resultado danoso e inócua. Quando tem conseqüência, quando passa do plano puramente moral para a execução material, esta se apresenta sob forma de ato ilícito. Este, por sua vez, pode ou não produzir efeito material, o dano. No campo da responsabilidade civil, só o resultado interessa, ou seja, com a repercussão do dano que se concretiza a responsabilidade no patrimônio de outrem é que se concretiza a responsabilidade civil e entra a funcionar o seu mecanismo. A responsabilidade penal, mais exigente, emerge, em face do ato frustrado, tentativa, mesmo desacompanhada do efeito danoso, incide nas suas sanções.

### 8.1.1 Distinção entre erro e culpa

O erro não é sinônimo de culpa, engano comum não só no Brasil, como também no estrangeiro. Observa Andre Tunc *apud* Gonçalves(2006) que:

*“umas das razões mais profundas pelas quais a culpa, tal como atualmente utilizada, é um critério inadequado de responsabilidade, se deve ao fato de que a mesma palavra –culpa- é frequentemente aplicada sem discriminação para duas noções diferentes: a culpa e o erro.”*

Sustenta o notável professor que a identificação do erro à culpa é injustificado e injusto, já que erro é inerente à atividade humana, desde que o momento não possui a onisciência, onipotência e resistência a qualquer espécie de fadiga.

### 8.2.2 Distinção entre dolo e culpa

Corresponde à distinção entre o dolo e a culpa propriamente dita a estabelecida no direito romano, e conservada em muitas legislações, entre delito e quase-delito. Delito é a violação intencional da norma de conduta. Quase-delito é o fato pelo qual a pessoa capaz de ofender, operando sem malícia, mas com negligência não escusável, em relação ao direito alheio, comete infração prejudicial a outrem.

A culpa se estende como instituto único. Entretanto, o princípio a que se liga é o da sua conseqüência. Não interessa indagar se, ao sobrevir, violou a relação jurídica obrigatória preexistente ou não. Na sua concepção jurídica, a culpa é uma. Não se pode contestá-la. Mas é impossível compreendê-la sem a noção do devido der violado.

## 8.2. ELEMENTOS DA CULPA

A culpa é um dos pressupostos da responsabilidade civil. Nesse sentido, preceitua-se o artigo 186 do Código Civil que a ação ou omissão do agente seja “voluntária” ou que haja pelo menos, “negligência” ou “imprudência”.

Para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito de outrem ou infringido uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe,

em regra, só porque o agente causador do dano proceder objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no artigo 186 do CC. Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo.

Se a atuação desastrosa do agente é deliberadamente procurada, involuntariamente alcançada, diz-se que houve culpa *latu senso*. Se, o prejuízo da vítima é em decorrência de comportamento negligente ou imprudente do autor do dano, diz se que houve culpa *scriptu senso*. O juízo de reprovação próprio da culpa pode, revestir de intensidade variável, correspondendo-se à clássica divisão da culpa em dolo e negligência, abrangendo esta última também a imprudência e imperícia. Em qualquer de suas modalidades, entretanto, a culpa implica a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los.

O critério para aferição da diligência exigível do agente, portanto, para a caracterização da culpa, é o da comparação de seu comportamento com o *homo medius*, do homem ideal, que diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo. A culpa *scrito sensu* é também denominada culpa aquiliana.

### 8.3 GRAUS DE CULPA

Com relação aos graus, a culpa pode ser grave, leve e levíssima. É grave, quando imprópria ao comum dos homens. É a moralidade que mais se avizinha do dolo. Culpa leve é a falta evitável com atenção ordinária. Culpa levíssima é a falta só evitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular. Esta distinção que faz Teixeira de Freitas, mencionado por Washington de Barros Monteiro.

Na realizada, a culpa grave é a decorrente de uma violação séria do dever de diligência que se exige do homem mediano. Costuma-se dizer que a culpa grave ao dolo se equipara. O Código civil entretanto, não faz nenhuma distinção entre dolo e culpa, nem entre os graus de culpa, para fins de reparação do dano. Tenha o agente

agido com dolo ou culpa levíssima, existirá sempre a obrigação de indenizar, obrigação esta que será calculada exclusivamente sobre a extensão do dano. Mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa. Adotou o legislador na norma romana, segundo a qual a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.

Assim, provado o dano, deve ser ele ressarcido integralmente pelo seu causador, tenha agido com dolo, culpa grave ou mesmo levíssima. O montante da indenização nunca pode exercer o valor dos danos causados ao lesado. E no, vigente código Civil, não deve ser menor que estes. A muitos, tal solução não pode se revelar justa, em casos de culpa extremamente leve. Melhor seria que a indenização pudesse ser fixada em montante inferior ao dano, em certos casos. É a solução consagrada no Código português vigente e que na Alemanha conta com grande números de defensores.

#### **8.4 CULPA E RISCO**

Sabemos que a concepção clássica é a de que a vítima tem de provar a culpa do agente para obter a reparação. E que esta solução passou por diversos estágios, em virtude da necessidade de melhor se ampararem os acidentados, facilitando-lhes a tarefa de busca da justa indenização. Tal evolução foi motivada especialmente pelo desenvolvimento industrial, com o advento do maquinismo e do crescimento populacional. O conceito tradicional da culpa apresentava-se inadequado para servir de suporte a teoria da responsabilidade civil, pois o fato de importa à vítima, como pressuposto para ser ressarcida do prejuízo experimentado, o encargo de demonstrar não só o liame da causalidade, como por igual o comportamento culposo do agente causador do dano, equivalia a deixá-la irressarcida, visto que em inúmeros casos o ônus da prova surgia como barreira intransponível.

Poderia relacionar as seguintes fases pelas quais passou a teoria da responsabilidade civil, abrandando, pouco a pouco, o rigor de se exigir a prova de culpa do agente, até chegar a teoria do risco como última etapa da evolução:

- a) Primeiramente, procurou-se proporcionar maior facilidade à prova da culpa. Os tribunais, em muitos casos, passaram a examinar com benignidade a prova

da culpa produzida pela vítima, extraindo as circunstâncias do fato e de outros elementos favoráveis;

- b) Admissão da teoria do abuso do direito como ato ilícito. A jurisprudência, interpretando *a contrario sensu* o art.160,I, do Código civil de 1916, passou a responsabilizar pessoas que abusavam de seu direito, desatendendo à finalidade social para a qual foi criada, lesando terceiros;
- c) Estabelecimentos de casos de presunção de culpa, casos esses que invertem sempre o ônus da prova, melhorando muito a situação da vítima. Essa não teria de provar a culpa psicológica, subjetiva do agente, que seria presumida. Bastaria a relação de causa e efeito entre o ato do agente e o dano experimentado. Para livrar-se da presunção de culpa, o causador da lesão patrimonial ou moral é que teria de produzir prova de inexistência de culpa ou de caso fortuito.

Quando, no direito francês, acabou por se admitir, na responsabilidade complexa por fato das coisas, a chamada teoria da culpa na guarda. Era apenas admitida uma presunção *juris tantum* de culpa por parte do agente, presunção essa vencível, sob a influência do ensinamento doutrinário de Aubry e Rau, para a presunção *juris et de jure*, irrefragável, foi que se começou a pisar, de maneira efetiva, no terreno firme do risco.

- d) Admissão de maior número de casos de responsabilidade contratual, que oferecem vantagem para a vítima no tocante à prova, visto que esta precisa provar apenas que não chegou ao incólume ao seu destino, e que houve, inadimplemento contratual.
- e) Adoção da teoria do risco, pelo qual não há falar-se em culpa. Basta a prova da relação de causalidade entre a conduta e o dano.

A teoria do risco ganhou corpo no início do século passado e fim do anterior, coincidindo o seu desenvolvimento com o surto industrial e com os problemas derivados dos acidentes de trabalho. Como a concepção clássica, baseada na culpa, impunha dificuldades, às vezes, intransponíveis, à vítima para demonstrar a culpa do patrão, a nova teoria atendia a preocupação de facilitar ao trabalhador a obtenção do ressarcimento, exonerando-o do encargo de produzir a prova de

culpa de seu empregador. Passou-se então, à concepção de que aquele que, no seu interesse, criar um risco de causar dano a outrem, terá de repará-lo, se este dano sobrevier. A responsabilidade deixa de resultar da culpabilidade, para derivar exclusivamente da causalidade material. Responsável é aquele que causou o dano.

A teoria do risco, embora admitida em alguns casos específicos pelo legislador, não se generalizou, pois na maioria dos casos ainda prevalece a teoria da culpa. No Brasil, podem ser mencionados os seguintes casos de adoção da teoria do risco em sua essência:

1º) O decreto n.2.681, de 7 de dezembro de 1912, que trata da responsabilidade das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais;

2º) o Segundo caso surgiu com a Lei de Acidentes de Trabalho de 1934 e com as que se lhe seguiram, pelas quais o patrão só se exonera da responsabilidade se o acidente ocorreu em virtude de dolo do empregado ou de força maior externa;

3º) Outra hipótese de responsabilidade objetiva é a prevista no Código Brasileiro do Ar, que consignou a responsabilidade objetiva do proprietário das aeronaves por danos causados a pessoas em terra por coisas que delas caíssem, bem como por danos derivados por manobras das aeronaves em terra, princípios esse não modificado pelos diplomas mais recentes que alteram o referido Código.(Decreto Lei n.32, de 18-11-1966).

4º) Outro caso ainda, é o previsto na Lei n. 6.453 de 17 de outubro de 1977, que estabelece em seu artigo 4º, a responsabilidade civil do operador de instalação nuclear, independentemente da existência de culpa, pela reparação de dano causado por acidente nuclear.

Outras hipóteses poderiam ainda, ser lembradas: a do dono do edifício em construção, que responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier da falta de reparos de necessidade manifesta (CC, artigo 937), a daquele que habitar uma casa, ou parte dela, o qual responde pelo dano proveniente das coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido (CC, artigo 938); a do banco,

que paga cheque falsificado; a da responsabilidade objetiva do dono ou guarda da coisa inanimada.

O artigo 927 do CC, embora não se afaste da teoria subjetiva, baseada na culpa do agente, consigna hipóteses de responsabilidade objetiva, estabelece o dispositivo:

“Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Parágrafo: Todavia, haverá obrigação de reparar o dano, independentemente da culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

A posição adotada representa, sem dúvida, um elogiável avanço em matéria de responsabilidade civil, pois aproxima o nosso Código Civil dos de outros países, que já alcançaram nesse ponto, estágio superior, como o Código civil italiano e o Código Civil português. A obrigação de reparar o dano independerá de prova de culpa nos casos especificados em lei e quando o autor do dano criar um risco maior para terceiros, em razão da sua atividade. Toda atividade perigosa por sua natureza cria um risco de causar danos a terceiros. O proprietário que a desenvolve, de acordo com o seu interesse, deve reparar os danos experimentados pela vítimas, se tal prejuízo se concretizar em decorrência do risco criado, independentemente da culpa.

## 9. RESPONSABILIDADE CIVIL DO AUDITOR

A responsabilidade do auditor não vêm expressamente regradada na legislação brasileira, habitada no âmbito dos contratos. Contudo, temos regulação específica do conselho de classe da profissão, que é regido pelo Conselho Federal de contabilidade (CFC) , que trata de dois assuntos relacionados a responsabilidade do auditor em seus trabalhos, onde vêm regular duas formas de responsabilidade do auditor. A primeira delas, regida pela Resolução CFC 1235/2009, onde ela aprova a Norma Brasileira Contábil NBC TA 720, procura definir a responsabilidade do Auditor em relação a outras informações incluídas em Documentos que contenham Demonstrações Contábeis Auditadas.

Tal Resolução define que, o alcance da responsabilidade do auditor independente relaciona com outras informações incluídas em documentos que contenham demonstrações contábeis auditadas e o respectivo relatório do auditor independente. Na ausência de qualquer requisito nas circunstâncias específicas do trabalho, a opinião do auditor não abrange outras informações e o auditor não tem responsabilidade específica por determinar se as outras informações estão adequadamente demonstradas ou não. Entretanto, o auditor lê as outras informações porque a credibilidade das demonstrações contábeis auditadas pode estar prejudicada por inconsistências relevantes entre as demonstrações contábeis auditadas e as outras informações. Referindo-se na mesma norma que "documentos que contenham demonstrações contábeis auditadas refere-se ao relatórios anuais, que são documentos emitidos para proprietários ou partes interessadas, que contenham demonstrações contábeis auditadas e o respectivo relatório do auditor independente .

A norma em questão procura apenas definir o alcance e os respectivos impactos da responsabilidade e leitura do auditor em relação as informações anteriormente auditadas, não expressando em qualquer oportunidade do texto da Resolução circunstâncias formadoras de fato típico passível de punição civil ou penal que venha instituir responsabilidade legal sobre o auditor.

A segunda das resoluções que trata de responsabilidade do auditor, é a Resolução CFC n. 1207/2009, quem regula a NBC TA 240, tratando da responsabilidade do auditor em relação à fraude, no contexto das auditoria de demonstrações contábeis. Sendo que a norma, se preocupou, particularmente definir o conceito de fraude para os casos dessa resolução, assim definindo fraude como:

*"Fraude é o ato intencional de um ou mais indivíduos da administração, dos responsáveis pela governança, empregados ou terceiros, que envolva dolo para obtenção de vantagem injusta ou ilegal"(RES CFC.1207/09).*

O próprio legislador, no texto da resolução, procurou limitar o conceito de fraude, preocupando-se com apenas dois tipos que são importantes para a atividade de auditoria, que são distorções decorrentes de informações contábeis fraudulentas e da apropriação indébita de ativos. Apesar o auditor poder suspeitar em raros casos, identificar a ocorrência da fraude, a ele não se estabelece juridicamente se realmente a fraude ocorreu.

A regra entende que a responsabilidade do auditor se limita a realizar as auditoria de acordo com as normas de auditoria e responsabilizando pela segurança "razoável"(grifamos) de que as demonstrações contábeis não contenham distorções relevantes, causadas por fraudes ou erro. A própria norma explica o motivo da limitação da responsabilidade do auditor no âmbito profissional, onde explicita a limitações da atividade da auditoria, havendo risco inevitável de algumas distorções relevantes as demonstrações contábeis poderem não ser detectadas, apesar da auditoria ser devidamente planejada e realizada de acordo com as normas de auditoria.

O efeito potencial dessas limitações inerentes são significativas no caso da distorção resultar de fraude. O risco de não ser detectadas uma distorção relevante decorrente de fraude é mais alto do que o risco de não se detectar uma fraude por erro. Isso porque a fraude pode envolver esquemas sofisticados e cuidadosamente organizados, destinados a ocultá-las, tais como falsificação, omissão deliberada no registro de operações ou prestação intencional de falsas representações ao auditor. Tais tentativas de ocultação podem ser ainda mais difíceis de detectar quando

associadas a um conluio. O conluio pode levar o auditor a acreditar que a evidência é persuasiva, quando, na verdade, ela é falsa. A capacidade do auditor de detectar uma fraude depende de fatores como a habilidade do perpetrador, a freqüência e a extensão da manipulação, o grau de conluio, a dimensão relativa dos valores individuais manipulados e a posição dos indivíduos envolvidos. Embora o auditor possa ser capaz de identificar oportunidades potenciais de perpetração de fraude, é difícil para ele determinar se as distorções em áreas de julgamento como estimativas contábeis foram causadas por fraude ou erro

Além disso, o risco do auditor não detectar uma distorção relevante decorrente de fraude da administração é maior do que no caso de fraude cometida por empregados, porque a administração freqüentemente tem condições de manipular, direta ou indiretamente, os registros contábeis, apresentar informações contábeis fraudulentas ou burlar procedimentos de controle destinados a prevenir fraudes semelhantes, cometidas por outros empregados. Na obtenção de segurança razoável, o auditor tem a responsabilidade de manter atitude de ceticismo profissional durante a auditoria, considerando o potencial de burlar os controles pela administração, e de reconhecer o fato de que procedimentos de auditoria eficazes na detecção de erros podem não ser eficazes na detecção de fraude.

Apesar do conselho profissional da profissão abordar esses dois tipos de responsabilidade, não há regramento ou conexão da responsabilidade do auditor para com terceiros, para aqueles que possam vir a utilizar as informações viciadas para a sua tomada de decisões. Assim como também não há legislação direta especificando esse tipo de situação, para tanto, nos sobra para definir a responsabilidade do auditor no direito brasileiro perante a terceiros, os princípios do direito e a analogia. Mesmo que sejam em termos subjetivos, somente através do caso concreto que poderemos apurar a responsabilidade e o nexos causal da culpabilidade do auditor para fins de mensurarmos a sua responsabilidade e indenização perante o terceiro.

Diante do exposto, podemos afirmar que a responsabilidade do auditor no Brasil é complexa, aquela responsabilidade que apenas poderá ser vinculada indiretamente ao responsável, visto que não temos nenhuma previsão legal de

responsabilidade da auditoria no ordenamento. Baseada no princípio de que o homem é apenas responsável pelos prejuízos causados diretamente por ele e por seu fato pessoal. Por apresentar uma exceção ao princípio geral da responsabilidade, somente poderá ser encarada dentro dos termos legais, não admitida a interpretação extensiva ou ampliativa. Essa modalidade complexa de responsabilidade, compreende duas modalidades:

- a) Responsabilidade por fato alheio, desde que o causador do dano esteja sob a direção de outrem, que então, responderá pelo evento lesivo;
- b) A responsabilidade pelo fato das coisas animada ou inanimadas que estiverem sob a guarda de alguém, que se responsabilizará pelas coisas guardadas.

Ao nosso estudo, nos interessa apenas a primeira dessas modalidades, visto que, procuramos estudar os impactos do parecer de auditoria, este um terceiro na relação de investimentos ou tomadas de decisões internas de uma entidade empresarial ou até mesmo entidade de direito público.

Na responsabilidade por fato alheio alguém responderá, indiretamente, por prejuízo resultante da prática de um ato ilícito por outra pessoa, em razão de se encontrar ligado a ela, por disposição legal. Há dois agentes, portanto: o causador do dano e o responsável pela indenização. Há presunção *juris tantum* de culpa de certa pessoa, se outra, que estiver sob a guarda ou direção, perpetrar ato danoso. Assim sendo, em virtude da culpa do autor do prejuízo acarretará a da pessoa sob cuja direção se encontrar, pois ela terá de exercer o dever e vigilância constantemente em relação às pessoas que estão sob sua direção, de tal sorte, que haveria uma responsabilidade por infração dos deveres de vigilância, por culpa *in vigilando*. todavia, casos há em que o responsável por outrem incidirá em culpa *in eligendo*. Logo, na realidade dos casos do artigo 1521 do CC, há presunção *juris tantum* de culpa própria ou violação do dever de vigilância de escolher bem o preposto ou o empregado e não estabelecimento de uma responsabilidade por culpa de outrem. Como na prática, é difícil a prova de existência ou não da culpa *in vigilando* e *in eligendo*, as pessoas arroladas no artigo, respondem, muitas vezes, sem culpa, sem que tenha violado seus deveres.

Diante desse fato que, os entes responderem sem culpa, temos exemplos de decisões e jurisprudências que compõe a visão jurídica de quando o auditor poderá ser penalizado por alguma ação ou omissão praticada por sua parte, exemplo disso é a decisão do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que eximiu a responsabilidade da auditoria, que relatou o seguinte:

PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. GESTÃO TEMERÁRIA. DESVIO DE RECURSOS EFETUADOS POR FUNCIONÁRIOS DA ÁREA INTERNACIONAL DO BANCO. CO-AUTORIA ADMISSÍVEL. NECESSIDADE, TODAVIA, DE INDICAÇÃO DE VÍNCULO SUBJETIVO ENTRE OS AUDITORES INDEPENDENTES EXTERNOS (RÉUS) E OS GERENTES/ADMINISTRADORES. AUDITORIA CONTRATADA POR AMOSTRAGEM. ELEMENTO VOLITIVO DO TIPO. DOLO EVENTUAL NÃO DEMONSTRADO. NECESSIDADE DE ANTEVISÃO E ASSUNÇÃO DE RESULTADO LESIVO. INCOMPATIBILIDADE, NO CASO, COM A CONDUTA DOS ACUSADOS, QUE, CIENTES DA POSSIBILIDADE DE IRREGULARIDADES EM CONTAS EXTERNAS, COMUNICARAM A INSTITUIÇÃO BANCÁRIA SOBRE A NECESSIDADE DA REVISÃO DE ROTINAS DE CONCILIAÇÃO BANCÁRIA. INVIABILIDADE DA INCRIMINAÇÃO DOS AUDITORES INDEPENDENTES EXTERNOS PELA NÃO ESCRITURAÇÃO DAS OPERAÇÕES. FATO ANTERIORMENTE APURADO EM JUÍZO CÍVEL. CONCLUSÃO PELA IRRESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE AUDITORA EXTERNA. INDEPENDÊNCIA DOS ORBES CÍVEL E PENAL QUE NÃO SE PRESTA A PETRIFICAR VERDADES INCONGRUENTES. NECESSIDADE DE A ACUSAÇÃO APRESENTAR AO MENOS RASTROS DE DESACERTO NA VERSÃO CORPORIFICADA NA AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS EM QUE SE INVESTIGAVA O MESMO FATO PARA JUSTIFICAR SEU PROCEDER NO JUÍZO PENAL. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, NO ENTANTO, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL.

**1. A gestão temerária, como crime próprio, apenas poderá ser imputada a sujeito que não detém as qualidades exigidas pelo tipo (gerência, administração, direção) se em associação com**

outrem que as detenha. Sobre o auditor independente externo só podem recair as penas do delito em questão se proceder em conluio com gestor da instituição financeira, fato não apresentado, sequer em tese, pela acusação. (Grifamos)

2. Para que se verifique o elemento volitivo do tipo - o dolo eventual próprio da gestão temerária - é necessária a demonstração de que os acusados anteviram e aceitaram o risco lesivo, o que não ocorreu na espécie, uma vez que os pacientes, no curso da auditoria externa a que procediam, contratados para realizá-la por amostragem, identificaram possíveis irregularidade na gestão bancária da área internacional e comunicaram os gestores do Banco sobre a necessidade de revisão dos procedimentos de conciliação bancária em agências externas, como consignado na sentença cível.

4. Se não eram penalmente responsáveis pela fraude, alegadamente perpetrada por funcionários da própria Instituição Financeira, com muito mais razão aos auditores externos independentes não se pode imputar sua escrituração ou documentação. Não é plausível, portanto, sua incriminação pelo tipo correspondente ao art. 10 da Lei 7.492/85, que prevê apenação para omissão de elemento exigido pela legislação em demonstrativos contábeis.

5. A finalidade precípua da autonomia entre o juízo cível e o penal é permitir a este perscrutar a verdade real além dos limites dentro dos quais se satisfaria aquele. Não se presta à petrificação de versões colidentes sobre o mesmo fato.

6. A acusação, para pretender demonstrar a verossimilhança da versão que defende, precisa, ao menos em tese, apresentar rastros de desacerto na tese que terminou vencedora no Juízo Cível em que o mesmo fato foi esquadrihado, com a conclusão pela ausência total de qualquer responsabilidade dos auditores independentes externos pelo rombo financeiro encontrado na área internacional, circunstância aqui não verificada.

7. Parecer ministerial pela denegação da ordem.

8. Ordem concedida, no entanto, para trancar a Ação Penal em relação aos ora pacientes.

(HC 125.853/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 01/03/2010)

Doutro modo, há jurisprudência cujo houve a condenação do auditor independente, a exemplo a decisão dada pela 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo/SP, cujo relator Luiz Ambra expressou o seguinte:

RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização - Compra e venda de ações - Aquisição supondo o autor o extinto Banco Nacional se encontrasse com boa saúde financeira - Pareceres da ré que sistematicamente apontavam nesse sentido - A entidade bancária, entretanto, na prática insolvente, mercê de criminosos estratagemas maquiando sua contabilidade, transformando prejuízos em lucros - Auditoria independente há mais de vinte anos a ali operar, que deveria ter constatado as gritantes irregularidades - Liquidação decretada pelo Banco Central pouco após a aquisição das ações, fazendo com que estas, pura e simplesmente, deixassem de valer o que quer que fosse - Auditor responsável punido pelo Banco Central, proibido de exercer as suas atividades e criminalmente condenado; importando menos haja sido exculpado pelo órgão de classe, a pretexto de não haver agido (a decisão criminal, todavia, entendendo o contrário) com dolo (Grifamos) - Responsabilidade da ré pelos danos causados, já que os pareceres ao longo de anos emitidos, por inteiro desbordavam da realidade - Apelo parcialmente provido, para julgar procedente a ação nos termos do acórdão

(TJ/SP – Apelação 994050975585, rel. Luiz Ambra, 12/05/2010).

Percebemos que, ambas as decisões dos colegiados apresentadas são recentes no ordenamento jurídico brasileiro, prevalecendo uma tendência nova do pensamento jurídico em relação à função da auditoria na sociedade e seus impactos diante da relação contratual e extra-contratual. Contudo, a própria doutrina, já apresenta decisões comparadas, de condenações nos Estados Unidos, datadas do ano de 1968, cujo tribunais americanos condenaram civilmente a auditoria independente pelos danos causados por sua atuação.

RUSCH FACTORS INC. V. LEVIN (1968) - Responsabilidade para com partes previstas.- O queixoso tinha solicitado que o réu auditasse as demonstrações contábeis de uma corporação que tinha solicitado um empréstimo. As demonstrações contábeis auditadas indicavam que o tomador potencial encontrava-se solvente, quando na realidade estava insolvente. Rusch Factors então interpôs ação judicial contra o auditor, por prejuízos que teve por confiar em demonstrações contábeis que continham representações negligentes e fraudulentas. O réu solicitou que o caso fosse considerado improcedente, por falta de privacidade do contrato. O tribunal decidiu em favor do queixoso. Embora pudesse ter baseado a decisão na regra do beneficiário principal estabelecida no caso Ultramares, o tribunal declarou que "o contabilista deve ser responsabilizado por negligência por informações financeiras enganosas utilizadas por parte previstas e classes limitadas de pessoas". Neste caso, o réu sabia que sua certificação seria utilizada por financiadores potenciais da corporação.(RUSCH FACTORS, Inc.v. LEvin,284 F.Suppl.85 D.C.R.I.1968).

ROSENBLUM V. ADLER (1983) –Responsabilidade para com parte previsíveis – Os queixosos, Haru e Barry Rosenblum, adquiriram ações ordinárias da Giant Stores Corporation , uma companhia aberta, em conexão com a venda de seu negócio à Giant. As ações subseqüentemente mostraram-se sem valor, após a descoberta de que suas demonstrações contábeis eram fraudulentas.O réu, Adler, era o sócio da Touche Ross & Co.(atualmente, Deloitte and Touche), responsável pela auditoria das demonstrações contábeis da Giant.Os queixosos alegaram que houve negligência na condução da auditoria e que a negligência foi causa imediata de seu prejuízo.Os réus solicitaram que a ação fosse declarada improcedente porque os autores não se encontravam em privacidade de contrato com os auditores e porque não representavam uma parte previsível. A suprema corte de New Jersey negou-se a declarar a improcedência da ação, afirmando que: a)Quando o auditor independente emite parecer do qual não conste nenhuma limitação quanto a quem a companhia auditada pode distribuir as demonstrações contábeis, tem responsabilidade para com todo aqueles que o auditor devesse razoavelmente prever que receberiam as demonstrações, desde que

tais destinatários contem com as demonstrações para realizar seus negócios.b)Demonstrações contábeis certificadas têm se tornado a principal referência para várias finalidades previsíveis, e contadores tem sido contratados para atender as tais necessidades. Nessas circunstâncias, não mais se deve permitir que firmas de contabilidade escondam-se sob o escudo da privacidade de contrato e evitem a responsabilidade de sua imperícia. O interesse público será servido pela regra que hoje estamos promulgando.c)Independentemente de os réus terem tido conhecimento do uso que a Giant pretendia dar às demonstrações contábeis, era razoavelmente previsível que a Giant as utilizaria nas negociações e concretização da fusão. (H.Rosenblum inc. v. Adler, 461ª 2d 138 N.J.1983).

Percebemos que ambas as decisões foram baseadas na negligência do auditor na execução de suas atividades, mas o que realmente importa em nossa discussão é o fato de que existem duas decisões no direito comparado tratando de duas questões totalmente diferentes. A primeira trata da relação direta do auditor com a empresa auditada, exemplificando a questão da relação contratual pura. Já a segunda trata da relação da auditoria em relação a terceiros, exemplificando a relação extra-contratual. Ambas que foram objetos de nossos estudos. Assim sendo, percebemos que não é novidade no ordenamento jurídico comparado, os questionamentos em relação a atividade da auditoria e a dimensão da responsabilidade de seus trabalhos. No Brasil, essa discussão ainda é recente, iniciada após a redemocratização política brasileira, onde tivemos escândalos maiores envolvendo empresas que, até aquele momento, eram consideradas sólidas e solventes. Podemos exemplificar duas empresas que foram a falência do Banco Nacional S.A., no ano de 1995 e o caso do Banco Santos S.A, já em 2004. A partir desses dois casos que ficaram conhecidos nacionalmente, que iniciou a discussão do papel da auditoria e sua respectiva responsabilidade diante das demonstrações contábeis, visto que tínhamos históricos anteriores de demonstrações líquidas e solventes de ambas as instituições.

## 10. CONCLUSÃO

Conforme já foi dito em nosso trabalho, no Brasil a questão da responsabilidade civil do auditor é um debate novo no ambiente jurídico, com as novas funções e atribuições do relatório de auditoria. O debate fundamenta-se principalmente no que tange a conduta dolosa ou culposa do auditor para se justificar ou não a responsabilidade do auditor diante do prejuízo de terceiros.

Tal conduta é analisada pela teoria da culpa e pelo estudo do dolo e da culpa, afirmando que, qualquer ente, independentemente da função exercida, responde perante a relação contratual e por aqueles terceiros que vierem utilizar dos resultados dos serviços prestados, mesmo em caráter extra-contratual.

A própria doutrina impede que haja a exclusão da responsabilidade pelo fato de terceiro ou pela existência da cláusula de não indenizar. Muito comum nos contratos de auditoria. Ao que tange da responsabilidade do fato de terceiro, o auditor ou a instituição de auditoria, segundo a doutrina e legislação vigente responde por seus comandados, independente do conhecimento de erro causado por imperícia ou negligência na formação das opiniões e relatórios de auditoria. Já em relação a cláusula de não indenizar, a doutrina moderna considera essa cláusula como "leonina", onde, em qualquer circunstância, é impedido a exclusão da responsabilidade por serviço prestado na relação contratual ou extra-contratual.

Apesar da legislação que regula a atividade de auditoria rezar que o auditor somente é responsável pelas informações que tiver uma segurança razoável passadas pela administração da empresa auditada. No que tange a hierarquia das leis, essa legislação regulada por resolução do Conselho Federal de Contabilidade não se sobrepõe a interpretação da Lei Ordinária prevista no Código Civil de 2002, vigente no arcabouço jurídico brasileiro, que afirma que todo ente é responsável por aquele serviço prestado.

No que tange a apuração do dolo e culpa, o ente responde para com o contratante e os terceiros utilitários da informação se há conduta dolosa ou culposa. Haverá o dolo na auditoria quando ocorre a intenção de prejudicar parte interessada nos relatórios de auditoria, cujo através destes, aquele utilitário da informação tome

decisão que poderá gerar impacto financeiro negativo a este ou ganho financeiro a outrem acima da normalidade de mercado. No que tange a culpa do auditor, este não deixará de responder por sua atuação, contudo sua responsabilização será minorada à equivalência da conduta culposa realizada, ou seja, no caso de imprudência, negligência ou imperícia na realização dos trabalhos, inclusive não deixa de responder perante aquele terceiro que presta serviços de forma representada a entidade de auditoria, visto que o na relação contratual, que é o responsável para a realização dos trabalhos é a auditoria independente contratada.

Contudo, mesmo afirmando a doutrina que o ente responde por todas as suas ações cometidas, a mesma teoria reserva-se no direito de excluir a responsabilidade do prestador de serviços nas situações onde ocorra a conduta culposa da vítima, no caso fortuito e de força maior e por último no estado de necessidade. No caso de conduta culposa da vítima, requer que a vítima, por consciência dos seus atos leve o auditor a erro na conclusão dos fatos apurados, no caso fortuito e de força maior, requer-se que haja fato externo a relação contratual que impeça que o resultado da auditoria seja o desejado por ambas as partes contratuais e por último no estado de necessidade, requer-se que haja agressão ao direito da entidade de auditoria ou mesmo daquele representante que esteja realizando as diligências da atividade auditorial, contudo neste último devemos ressaltar que somente há a exclusão da culpabilidade, e não o dever de indenizar aquele que está fora da relação contratual.

Portanto, diante do que nos foi apresentado em toda a pesquisa, concluímos que o auditor é responsável na relação contratual e extra-contratual pelas informações emitidas por ele e que venham a ser fonte de decisões das entidades auditadas ou terceiros interessados independentemente de constar no contrato de auditoria cláusulas excludentes de responsabilidade ou indicação dos utilitários finais do parecer de auditoria. A conclusão se dá conforme em virtude do princípio hierarquia das leis, visto que mesmo que haja regulamentação específica que exime o auditor da responsabilidade da utilização de suas informações, esta não supre legislação ordinária que rege o assunto de forma diferente. Ocorrendo que a legislação regulatória da atividade da auditoria somente supriria a regra legal se possuísse a mesma hierarquia das leis, elencadas no artigo 59 da Constituição Federal de 1988.

Assim, somente há a exclusão da responsabilidade do auditor nos casos das excludentes apresentadas, visto que nesses casos não há vontade da auditoria em emitir parecer destoantes a realidade da empresa. Mesmo que na culpa, também não exista essa vontade, entende-se que pela especialidade do trabalho e capacidade técnica de quem realiza a atividade, poderia evitar que aquele dano fosse causado.

Como ressaltamos, o debate jurídico em relação ao tema ainda é novo no Brasil, e principalmente a atuação judiciária em relação a questões desse tipo está se desenvolvendo na mesma proporção em que a importância da atividade da auditoria cresce no mercado. Contudo, ainda nos cabe indicar a extensão deste estudo fundando-se nas diversas atividades da auditoria, que não apenas se resume na emissão de parecer validando as informações contábeis.

## 11. BIBLIOGRAFIA

BOYNTON, WILLIAM C., Auditoria, William C. Boyton, Raymond N. Johnson, Walter G. Kell, tradução Jose Evaristo dos Santos, São Paulo : Ed. Atlas, 2002.

DINIZ, MARIA HELENA, Curso de Direito Civil Brasileiro, 25ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

DIAS , JOSE DE AGUIAR. Da Responsabilidade Civil, 11ª Ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Belford Dias, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2006.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. Responsabilidade Civil , 8ª Ed, revisada de acordo com o novo Código civil, São Paulo, Ed. Saraiva, 2003.

VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. Direito Civil: Responsabilidade Civil, volume 4, 4ª Ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2004.

JUND, SÉRGIO. Auditoria: Conceitos, Normas, Técnicos e Procedimentos. 9ª Ed., Rio de Janeiro, Ed. Campus, 2007.

FRANÇA, JÚNIA LESSA. Manual para Normalização de publicações técnico-científicas. Ana Cristina de Vasconcelos; colaboração: Maria Helena de Andrade Magalhães, Stella Maris Borges, 7ª Ed., Belo Horizonte, Ed. UFMG, 2004.

FIGUEIREDO, FÁBIO VIEIRA. Direito Civil. Fábio Vieira Figueiredo, Bruno Giancoli; São Paulo, Ed. Saraiva, 2009.

WINDT, MARIA CRISTINA VAZ DOS SANTOS e CÉSPEDES, LÍVIA. Vade Mecum, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. 10 ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2010.

Resolução 1235/2009 - Conselho Federal de Contabilidade, consulta ao site [http://www.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes\\_sre.aspx?Codigo=2009/001235](http://www.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.aspx?Codigo=2009/001235) em 22/10/2010 às 14:35 horas.

Resolução 1207/2009 – Conselho Federal de Contabilidade, consulta ao site [http://www.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes\\_sre.aspx?Codigo=2009/001207](http://www.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.aspx?Codigo=2009/001207) em 22/10/2010 às 15:53 horas.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo TJ/SP, consulta ao site <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=42EC724C9F91CF122FC8D24D03FA0AE4> em 29/11/2010 às 15:03 horas.

Superior Tribunal de Justiça, consulta ao site <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=125853&processo=125853&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1> em 20/11/2010 às 15:20 horas.