

Responsabilidade Civil das Empresas de Auditoria e Agências de *Rating*

Filipe Facchini. Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). *Master in Business Economics* na Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP). Cursando *Master in Economic Analysis* na Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP). Mestrando em Direito Comercial pela PUC/SP.

Fernanda Piva. Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestranda em Direito Comercial pela PUC/SP.

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar a responsabilidade civil das empresas de auditoria e agências de rating, a partir da legislação atinente à matéria, bem como da doutrina relacionada ao tema – nacional e estrangeira - e de precedentes jurisprudenciais, especialmente *leading cases*. Integra este estudo o exame das mais recentes decisões proferidas pelos tribunais brasileiros a respeito das espécies de responsabilidade civil em questão. Ao final, conclui-se pela necessidade de criação de novas leis específicas para as agências de *rating* e empresas de auditoria no Brasil, especialmente no que diz respeito à sua responsabilização e à fiscalização dessas atividades - que praticamente inexistem no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Empresas de auditoria. Agências de *rating*. Direito empresarial. Direito comercial.

1. Introdução

Em função da nossa vida em sociedade, é inevitável que as pessoas constantemente avaliem umas às outras, monitorando todos as ações e situações que ocorrem no dia de cada um. Do lado contrário, também somos avaliados por nossas atitudes. Essa análise dos outros e a nossa própria “prestação de contas” feitas pelos indivíduos é o que nos faz indivíduos racionais¹.

Fazemos isso pois sabemos que seremos julgados e, em virtude disso, buscamos aprovação da sociedade em nossos atos. Sociedade, esta, que determina o que e como devem ser julgadas tais atitudes. A esse respeito, interessante as lições de Mary Douglas²³.

Apesar das constantes avaliações, normalmente tomamos essas atitudes de forma inconsciente. Não costumamos pensar a respeito quando alguém se levanta na mesa ao nosso lado, nós apenas reparamos isso de forma inconsciente. Existem situações, entretanto, em que fazemos essas avaliações de forma mais detalhada – consciente – geralmente quando a situação nos gera alguma desconfiança, conflito ou risco. São os casos, por exemplo, de quando conferimos a conta de restaurante, pedimos referências ao contratarmos alguém ou vamos verificar o porquê do silêncio no quarto das crianças.

Apesar de parecer mais racional sempre avaliarmos o que nos rodeia, é extremamente inviável. Imaginemos, por exemplo, uma sociedade onde não existe elemento de confiança e todos precisassem checar e confirmar detalhadamente todos os aspectos ao seu redor. Nas palavras de Michael Power, em uma sociedade assim, nada poderia ser produzido coletivamente, as relações humanas seriam

¹ DOUGLAS, Mary. *Risk and Blame: Essays in Cultural Theory*, London : Routledge, 1992, p. 132.

² “The rational individual is not a solipsist, but rather a *zoon politikon*: a being whose needs are not determined in isolation, but only in society. Accountability is written into his make-up. The rational individual has to be conceived as one who expects to be held accountable, who therefore seeks approval, and who gives out praise and blame to others. This individual has to be redefined as incorporated in a community of one sort or another. The change is not to deny the individual self-regarding preference but to point out that it can operate only within a context of accountability determined by the community. Capitalism is the system which probably gives the most scope for the exercise of the self-regarding preference (except, perhaps, for Hobbes’ ‘state of nature’). Yet even within capitalist society, the way the individual can pursue his own gain is determined by the society, its laws and conventions.”

³ lb. idem. P. 132.

intoleráveis, as pessoas precisariam checar pessoalmente seu saldo e também a situação financeira de todo seu banco diariamente⁴. Nas palavras do autor, sistemas onde todos precisassem checar tudo o tempo todo se mostram inviáveis:

“(...) because of the weight of their information demands, the senseless allocation of scarce resources to surveillance activities and the sheer human exhaustion of existing under such conditions, both for those who check and those who are checked⁵.”⁶

No outro extremo, coloca o autor que uma sociedade que vivesse de “confiança pura” seria também muito difícil de conceitualizar⁷, uma vez que, a partir da primeira quebra de confiança, seria ingenuidade e não natural tratar a pessoa que não cumpriu sua palavra com 100% de confiança. Assim, entende o autor que alguns casos devem sempre ser avaliados, e a dificuldade reside em saber quais situações merecem avaliação.

Nas mais diversas situações, os métodos de checagem e avaliação são extremamente diversificados e, em regra, envolvem custos e empecilhos que variam de um pouco de tempo, falta de *expertise* até grandes somas de dinheiro. Esses custos e empecilhos que nos fazem deixar as avaliações mais detalhadas para casos extremos, onde consideramos necessário maior cautela, em função de um potencial risco.

Esse raciocínio se aplica também ao mercado. Não seria razoável pensar que cada pessoa que estivesse interessada em comprar uma ação de companhia aberta realizasse uma auditoria própria da companhia que deseja adquirir ações, para então avaliar se deve ou não realizar o investimento. Da mesma forma, não se pode exigir de uma pequena empresa, ao ser abordada por uma companhia

⁴ POWER. Michael. *The audit society rituals of verification*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 2.

⁵ Tradução livre: “(...) por causa do peso que tais informações demandam, a alocação sem sentido de recursos escassos para vigiar atividades e a completa exaustão humana de viver em tais condições, tanto para aqueles que avaliam como para os que são avaliados”.

⁶ *Ib. idem*, p. 2.

⁷ *Ib. idem*, p. 2.

aberta interessada em adquirir produtos da empresa, que faça uma auditoria por conta própria e analise a capacidade de pagamento da companhia. Também não poderia, um correntista, analisar toda a situação financeira de seu banco para saber se deve ou não manter sua conta na instituição.

São nessas situações que se enquadram as empresas de auditoria e agências de *rating*. Essas empresas, apesar de não se confundirem, avaliam a situação financeira de diversas empresas – incluindo instituições financeiras – e dão pareceres a esse respeito. Tais análises servem de base para o mercado, acionistas e para a própria companhia avaliar atitudes relacionadas à empresa avaliada.

Não é incomum, entretanto, a ocorrência de erros e fraudes, que acabam gerando dano tanto para a companhia auditada, como também para os acionistas e mercado como um todo. Essas situações podem, ainda, acarretar crises financeiras gravíssimas. Parte da crise de 2008 foi gerada em função de análises mal feitas de demonstrações financeiras (com pareceres emitidos sem quaisquer reservas) e de capacidade de pagamento (*rating*) do Banco Lehman Brothers⁸.

O objetivo do presente trabalho é, inicialmente, avaliar o trabalho realizado pelas empresas de auditoria – mais especificamente das auditorias financeiras – e agências de *rating*, bem como as regras aplicáveis a elas. Posteriormente, faremos uma análise da responsabilidade civil aplicável a essas instituições em caso de erro ou fraude nas análises feitas e pareceres emitidos, inclusive com análise jurisprudencial do assunto, focando, também, nas consequências que essa responsabilização (ou a falta dela) pode acarretar. Importante ressaltar desde já que o presente trabalho não tem como escopo discorrer sobre todas as teorias e bases da responsabilidade civil, limitando apenas aos aspectos aplicáveis às auditorias e agências de *rating*.

⁸ SIKKA, Prem. *Financial Crisis and the Silence of the Auditors. Accounting, Organizations and Society*, 34, 2009, 868-873.

2. Empresas de Auditorias

O ato de auditar, de uma forma ou de outra, existe há muito tempo, em função dos motivos que levam à sua necessidade. Conforme veremos abaixo, a natureza humana nos leva a desconfiar quando nossos ganhos ou perdas dependem de terceiros que não estão sob nosso controle, o que cria em nós o desejo de um “auditor”. Uma das primeiras formas de auditoria que se tem menção, em pleno século XIII, ocorria judicialmente, onde se analisavam os livros contábeis para checar se o contador poderia ser responsabilizado por algum ato⁹.

No que diz respeito à auditoria como conhecemos hoje, começou a tomar forma inicialmente nas finanças, no meio do século XIX. Com o desenvolvimento do mercado de capitais e o consequente surgimento de companhias onde acionistas não eram necessariamente controladores, surge um estímulo natural para a auditoria financeira e o desenvolvimento de requisitos que as empresas auditadas tinham que atender. No mesmo século, começou a discussão sobre a obrigatoriedade das auditorias para algumas empresas em empresas que tinham “interesse público”, tais como instituições financeiras e empresas de transporte ferroviário¹⁰.

No que diz respeito às empresas especializadas de auditoria, especula-se que no final dos anos 80 a auditoria começou a ser utilizado com certa frequência nas mais variadas áreas, dentre elas, a auditoria de práticas ambientais, a auditorias de dados, auditorias médicas e, a mais conhecida, auditoria financeira. Isso acabou gerando um nível de estabilidade institucional e aceitação das empresas sujeitas a essas auditorias¹¹, ou seja, as empresas auditadas acabavam sendo bem vistas perante a sociedade.

⁹ NOKE, Christopher. *Accounting for Bailiffship in Thirteenth Century England*, in *Accounting and Business Research*, V. 11, Issue 42, 1981, p. 150.

¹⁰ PARKER, R. H., *Regulating British Corporate Financial Reporting in the Late Nineteenth Century*. In *Accounting, Business & Financial History*. Routledge. V. 1., Issue 1., 1990, p. 57.

¹¹ POWER, ob. cit., p. 3.

Uma das hipóteses para o surgimento das empresas de auditoria era a existência de duas situações que, quando cumuladas, demandavam uma auditoria. Essa é a teoria apresentada por David Flint, citado por Michael Power¹², que coloca que o primeiro requisito é a existência de uma relação de responsabilidade, ou seja, a necessidade de uma parte (o agente – companhia auditada¹³) dar satisfações das suas ações a uma outra parte (o principal – mercado e acionistas). O segundo requisito apresentado pelo autor é que a mencionada relação deve ser “complexa”, de tal forma que os principais estão distantes das ações dos agentes e não possam, pessoalmente, analisar sua atuação.

De acordo com a teoria de Flint, a auditoria se mostra necessária pois ela é a forma de verificar se o agente vai expor os principais ao “*moral hazard*”, uma vez que podem agir contra o interesse dos principais. Além disso, de acordo com o autor, as auditorias também eliminam as informações assimétricas, uma vez que o agente sabe mais do que os principais, o que é um dos pressupostos do risco moral nessas situações¹⁴.

Outra teoria para a necessidade das auditorias tem um viés de monitoramento de custos. Charles Perrow exemplifica que quando os recursos de uma pessoa são entregues a outra, a natureza humana é considerada fraca, não passível de confiança e necessita de alguma forma de averiguação. Ou seja, a necessidade de os principais monitorarem os agentes cria a necessidade de auditoria. O autor coloca isso em um exemplo prático¹⁵: “(...) four people performing a cooperative task, say loading trucks, find that the risk of any one of them slacking is such that they hire a fifth to monitor their work”¹⁶.

¹² DAVID, Flint. *Philosophy and Principles of Auditing*, London, Macmillan, 1988. apud POWER, ob. cit., p. 3.

¹³ Nota do autor: Acreditamos que deve-se incluir no rol dos agentes os executivos e empregados das empresas auditadas, uma vez que preenchem todos os requisitos apontados pelo autor. Primeiro, pois eles devem prestar contas de suas atitudes à sociedade; segundo pois a companhia – especialmente as de grande porte – não tem como controlar as atitudes de todos os seus empregados. Nesse caso, os executivos e empregados seriam os agentes e a própria companhia auditada seria a principal, que pode ser prejudicada pelas atitudes dos agentes.

¹⁴ Ib. idem., p. 3.

¹⁵ PERROW, Charlie. “*Economic Theories of Organization*”, Volume 15, Issue 1-2, 1986, p 13.

¹⁶ Tradução Livre: “Quatro pessoas realizando uma tarefa cooperativa, vamos dizer carregando caminhões, acreditam que o risco de um deles não estar se dedicando é tamanho que eles contratam uma quinta pessoa para monitorar o trabalho deles”.

Há, ainda, a questão da *expertise*. É impossível que todas as pessoas saibam avaliar todo o tipo de situação de forma a minimizar seus riscos. Nem todos têm conhecimento (ou acesso) necessário para avaliar toda a situação financeiras de uma empresa. É preciso, portanto, de pessoas especializadas em tais atividades, que possam fazer uma análise com maior profundidade. Essa é, inclusive, a opinião da própria American Accounting Association, que em um documento contendo conceitos básicos de auditoria, coloca que “because of the remoteness and complexity of the subject matter of auditing, principals are unable to do this monitoring themselves and require the services of na auditor”¹⁷.

Considerando essa posição, as auditorias se mostram como uma prática para diminuição do risco do principal, uma vez que inibe as ações dos agentes que podem prejudicar os principais. Razão pela qual se mostrou eficiente e criadora de valor às companhias britânicas, conforme mencionado anteriormente. Isso ocorre porque a auditoria – em qualquer que seja a área – se mostra como uma solução ao que as pessoas poderiam considerar como problemas das companhias auditadas, uma vez que passam a ideia de uma certa “regulação ou controle que reflete um aprofundado comprometimento de análise e de confiança”¹⁸.

2.1. Auditoria Financeira

Como já foi dito, auditorias existem em inúmeras áreas, mas, sem sombra de dúvida, é na auditoria financeira que se concentram os estudos dessa prática e, como já mencionado, é daí que surgem os primeiros interesses em auditorias.

Além das suas funções mais reconhecidas, de avaliação, auditoria, emissão de pareceres e outras, tais empresas têm uma função secundária que é a de passar segurança ao público. Como já foi

¹⁷ American Accounting Association, *A Statement of Basic Auditing Concepts*, Sarasota, FL: American Accounting Association, 1973,

¹⁸ POWER, ob. cit., p. 7.

dito, não se pode esperar que as pessoas, individualmente, avaliem a saúde financeira de empresas. Para tanto, existem as auditorias financeiras que são incumbidas dessa função.

Até o final da década de 90 e início dos anos 2000, as auditorias eram tidas mais como um “selo” de qualidade do que efetivamente uma segurança ao público. A aparição delas era recente e, apesar de algumas legislações¹⁹ já exigirem a auditoria, a preocupação focava mais nos acionistas das empresas. Isso não impediu, entretanto, que elas se tornassem cada vez maiores e começassem a diversificar seus serviços, incluindo no rol os serviços de planejamento tributário, avaliação de sociedade e contabilidade, os chamados “*non-audit services*”.

Aconteceram, então, nesse período, os escândalos e quebras de grandes grupos econômicos nos Estados Unidos, tais como os famosos casos Enron (2001) e Worldcom (2002)²⁰. O Brasil não escapou de situações semelhantes, tal como o exemplo do Banco Nacional, em 1996. Esses casos envolviam erros e fraudes dentro das empresas que não foram detectadas pelas empresas de auditoria (em alguns casos, que faziam parte da fraude) e motivaram a criação de leis que regulamentavam as práticas das empresas de auditoria, tais como o Sarbanes-Oxley Act, de 2002, e, no Brasil, a Instrução Normativa CVM 308/99. Ambas impunham uma série de medidas para diminuir os riscos de fraude ou erro nas auditorias.

Antes de falarmos sobre as inovações trazidas pelas leis e a importância delas, cabe fazermos uma breve explicação sobre os pressupostos das atuações das empresas de auditoria e como a não observação de tais pressupostos pode acarretar nos erros e fraudes. Essa análise será importante também para, quando falarmos da responsabilidade civil, caracterizarmos a culpa ou dolo das empresas.

¹⁹ Companies Act 1948, na Inglaterra.

²⁰ No mesmo período, podemos citar outros exemplos, tais como: Waste Management (1998); Tyco (2002); Healthsouth (2003); Freddie Mac (2003); e American Insurance Group – AIG (2005).

2.1.1. Pressupostos de Atuação das Empresas de Auditoria

Os pressupostos de atuação das empresas de auditoria estão previstos em várias normas ao redor do mundo, dentre as quais podemos exemplificar o *Statements on Management Accounting* de 1982 e o Código de Ética Profissional da *International Federation of Accountants*, ambos dos Estados Unidos; temos também a Diretiva Europeia 2006/43/EC; e o Código de Ética Profissional do Contador, previsto na Resolução 803/96 do Conselho Federal de Contabilidade²¹.

São quatro os deveres e pressupostos: (i) Objetividade e independência; (ii) Sigilo; (iii) Lealdade; e (iv) Competência Profissional. Faremos breve análise de cada um deles.

Objetividade e Independência

Antes de mais nada, cumpre diferenciar objetividade de independência, vez que são um sem número de vezes confundidos. Independência do auditor, em nossa opinião, é o fato dele não possuir qualquer vínculo – seja afetivo, financeiro ou qualquer outro – com o objeto da auditoria e pessoas relacionadas a este, ou seja, ele não possui qualquer tipo de interesse em relação à companhia, seus sócios, empregados ou outro que possa vir afetar sua atividade. Nesse sentido, Vitor Henriques coloca que a independência é:

“Ausência de quaisquer interesses e condições capazes de afetar positive ou negativamente nas atividades de revisão das demonstrações financeiras

²¹ Importante ressaltar que, apesar de contabilidade ser uma atividade diferente da auditoria, no Brasil muitas das regras aplicáveis à primeira aplica-se, também, à segunda.

desenvolvidas e, mais do que isso, a ausência de qualquer situação ou fato que comprometa a aparência de inexistência de tais interesses e condições”²²

Já a objetividade é o estado de espírito do auditor, que deve realizar seu trabalho de forma imparcial, quer ele tenha algum vínculo ou não. É possível, por exemplo, que uma pessoa, em função de uma ética incontestável, seja objetiva, mesmo que possua alguma relação que comprometa sua independência. Claro que tal exemplo se mostra frágil, vez que as pessoas tendem a procurar seus próprios interesses, o que tentaria um auditor com dependência a ser não objetivo. Dessa forma, acreditamos que a independência caba sendo um elemento necessário da objetividade do auditor²³.

No Brasil, optou-se por utilizar independência no sentido do termo objetividade. Para isso, dividiu-se a independência dos auditores em dois requisitos: “independência de pensamento”; e “aparência de independência”, ambos previstos e definidos na Norma NBC PA 290, aprovada pela resolução 1.311/10 do Conselho Federal de Contabilidade²⁴.

Pelas definições dadas pela norma, a “aparência de independência” se assemelha à definição que demos acima sobre o que é independência. Já a “independência de pensamento” se assemelha à objetividade. Para fins do presente trabalho – considerando ser a expressão utilizada nas normas

²² HENRIQUES. Vitor dos Santos. *Deveres e Responsabilidades dos Auditores Independentes nas Operações de Incorporação Entre Companhias.*, dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, Não Publicada, p. 39.

²³ Nesse sentido se mostra o item 120.1 do Código de Ética Profissional da *International Federation of Accountants*, que coloca que objetividade é o “controle das atividades dos auditores independentes para que sejam desenvolvidas de forma objetiva e imparcial em relação ao seu cliente e ao mercado, livre de quaisquer influências externas que possam comprometer o seu julgamento” (grifo nosso). Como podemos analisar pela leitura do Código, a independência acaba se mostrando como um requisito da objetividade.

²⁴ Independência de Pensamento é a “postura que permite a apresentação de conclusão que não sofra efeitos de influências que comprometam o julgamento profissional, permitindo que a pessoa atue com integridade, objetividade e ceticismo profissional”. Aparência de Independência é “evitar fatos e circunstâncias que sejam tão significativos a ponto de que um terceiro com experiência, conhecimento e bom senso provavelmente concluiria, ponderando todos os fatos e circunstâncias específicas, que a integridade, objetividade ou o ceticismo profissional da firma, ou de membro da equipe de auditoria ficaram comprometidos”.

brasileiras – vamos usar o termo “independência” no seu sentido mais amplo, considerando, também, como objetividade.

Tamanha é a importância da independência, que ela é mencionada em outras normas nacionais, tais como a NBC TA 200, aprovada pela Resolução CFC 1.203/09²⁵; e NBC PA 01, aprovada pela Resolução CFC 1.201/09²⁶.

A independência dos auditores é, sem dúvida, o mais importante dos pressupostos da atividade de auditoria e as medidas tomadas pelas leis criadas após a sequência de escândalos no fim da década de 90 e início da década seguinte focam, especialmente, em ações que – de alguma forma – forcem essa independência.

Dentre as medidas adotadas pelas legislações criadas estavam a imposição de rotatividade das empresas de auditoria; a proibição de prestação de serviços diversos daqueles de revisão de demonstrações financeiras (*non-audit services*); e regras gerais de conflitos de interesses.

A rotatividade das empresas de auditoria no Brasil foi criada com a Instrução Normativa CVM nº 308/99, que prevê, em seu artigo 31, que o auditor independente (pessoa física e jurídica) “não podem prestar serviços para um mesmo cliente, por prazo superior a cinco anos consecutivos, (...) exigindo-se um intervalo mínimo de três anos para a sua recontração”. Posteriormente, a Instrução Normativa CVM 509/11 aumentou esse prazo para 10 anos em algumas situações especiais²⁷.

²⁵ A título de exemplo: “Aprova a NBC TA 200 - Objetivos Gerais do Auditor **Independente** e a Condução da Auditoria em Conformidade com Normas de Auditoria (...) “14. O auditor deve cumprir as exigências éticas relevantes, **inclusive as pertinentes à independência**, no que se refere aos trabalhos de auditoria de demonstrações contábeis”. (grifos nosso)

²⁶ A título de exemplo: “Aprova a NBC PA 01 – Controle de Qualidade para Firms (Pessoas Jurídicas e Físicas) de **Auditores Independentes** (...) A63. A documentação do trabalho é de propriedade da firma. A firma pode, a seu critério, disponibilizar partes ou trechos da documentação do trabalho aos clientes, desde que essa divulgação não prejudique a validade do trabalho realizado ou, no caso de trabalhos de asseguarção, a **independência da firma ou do seu pessoal**.” (grifos nossos)

²⁷ “Artigo 31-A O prazo estabelecido no art. 31 desta Instrução é de até 10 (dez) anos consecutivos caso: I - a companhia auditada possua Comitê de Auditoria Estatutário - CAE em funcionamento permanente; e II - o auditor seja pessoa jurídica.

Importante ressaltar que a IN CVM 308/99 é, atualmente, objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, impetrada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC, que, resumidamente, alega que a rotatividade fere princípios da livre concorrência (Art. 170, IV, da Constituição Federal), do trabalho e da livre iniciativa (Art. 1º, IV e art. 170, *caput*), livre exercício profissional (Art. 5º, XIII) e o livre exercício da atividade (Art. 170, parágrafo único), bem como alega a violação do princípio da legalidade, uma vez que a Instrução Normativa – ao prever a rotatividade – impõe obrigação não prevista em lei²⁸. O processo ainda não foi julgado.

Sem dúvida a rotatividade gera polêmica sobre suas vantagens e desvantagens. A esse respeito, a CVM publicou o Memo CVM/SNC/GNA nº 073/05, discorrendo sobre quais são os prós e contras da medida. Entre as vantagens, a CVM enumera: (1) propiciar a percepção de reforço da independência; (2) maior ceticismo e objetividade do auditor; (3) novas visões sobre os controles internos da companhia auditada; (4) dificulta a formação de conluíus; entre outros. Pelo lado das desvantagens, algumas das menções são: (i) perda do conhecimento acumulado; (ii) a perda de atenção dos auditores nos últimos anos, uma vez que certamente perderão os clientes, o que facilitaria um erro; (iii) limitação da liberdade de escolha etc.

A CVM no Processo CVM RJ 2011/0288, julgado em 06.09.11, acabou se posicionando favoravelmente à adoção da rotatividade. Nesse importante precedente, a CVM acusou a auditoria Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes e dois responsáveis técnicos da empresa de auditoria pelo descumprimento da rotatividade. O caso acabou solucionado por meio de termo de compromisso no valor de R\$236.399,00, o que seria, segundo a decisão do colegiado, equivalente ao dobro dos honorários totais recebidos pela auditoria.

§ 1º Para a utilização da prerrogativa prevista no *caput*, o CAE deverá estar instalado no exercício social anterior à contratação do auditor independente.

§ 2º Adotada a prerrogativa prevista no *caput*, o auditor independente deve proceder à rotação do responsável técnico, diretor, gerente e de qualquer outro integrante da equipe de auditoria com função de gerência, em período não superior a 5 (cinco) anos consecutivos, com intervalo mínimo de 3 (três) anos para seu retorno."

²⁸ Conforme petição inicial protocolada pela CNC na data da impetração da ADIn nº 3033-7, p. 6-7.

Apesar do precedente, o Memo CVM/SNC/GNA N° 073/05 destaca que a maioria dos países não adota a rotatividade das empresas de auditoria. Há, nesses casos, uma preferência pela rotatividade dos sócios responsáveis pela auditoria.

Além da rotatividade, outro ponto que gerou polêmica nas legislações que visam evitar as fraudes e erros foi a proibição de prestação dos *non-audit services*. Nesse sentido, o item 140 da NBC PA 291 coloca:

“As firmas tradicionalmente prestam a seus clientes de auditoria uma gama de serviços que não são de asseguarção que são condizentes com suas habilidades e especialização. A prestação de serviços que não são de asseguarção, contudo, pode criar ameaças à independência da firma ou dos membros da equipe de auditoria. As ameaças criadas mais frequentemente são ameaças de autorrevisão, de interesse próprio e de defesa do interesse do cliente”. (grifo nosso)

Em suma, essa proibição visa retirar das empresas de auditoria interesses alheios à auditoria em si, tais como a remuneração percebida em função de outros trabalhos para a empresa auditada. Em casos assim, a companhia auditada poderia condicionar a continuidade da contratação dos *non-audit services* a um parecer sem ressalvas, o que elimina qualquer independência da empresa de auditoria.

Essa situação é extremamente comum do que pode e gerou discussões no Senado Norte-Americano, quando discutia o caso Enron e também foi posteriormente discutido no Comitê do Tesouro da Câmara dos Comuns, na Inglaterra²⁹.

O Anexo I do presente trabalho mostra com maior clareza essa situação. Na tabela consta uma lista com empresas que, na à época, tinham situações financeiras debilitadas. Como podemos

²⁹ SIKKA, ob. Cit., p. 870.

verificar, praticamente todas as auditorias envolvidas nesses casos recebiam remuneração outros serviços que não o de auditoria.

A IN CVM 308/99 adotou posicionamento proibindo a cumulação de serviços de auditoria com *non-audit services* e estipula:

“Art. 23. É vedado ao Auditor Independente e às pessoas físicas e jurídicas a ele ligadas, conforme definido nas normas de independência do CFC, em relação às entidades cujo serviço de auditoria contábil esteja a seu cargo: (...) II - prestar serviços de consultoria que possam caracterizar a perda da sua objetividade e independência. (...) Parágrafo único. São exemplos de serviços de consultoria previstos no caput deste artigo: I - assessoria à reestruturação organizacional; II - avaliação de empresas; III - reavaliação de ativos; (...) V - planejamento tributário; (...)” (grifos nossos)

Importante esclarecer que não se trata de uma proibição geral de que todas as empresas de auditoria não podem prestar os *non-audit services*. A regra se aplica apenas às empresas de auditoria que já estejam prestando os serviços de auditoria para a mesma empresa, ou seja, ela está livre para prestar *non-audit services* para qualquer outra empresa que já não seja sua cliente no âmbito de auditorias.

Apesar de clara e expressa, tal norma não é observada. Existem inúmeros casos de incorporações de empresas onde o laudo de avaliação da incorporada foi feito pela mesma empresa que prestava serviços de auditoria para a incorporadora³⁰. Alguns exemplos são a incorporação da CSN Aços Longos pela CSN, realizada em 2011, onde a avaliação foi feita pela KPMG, mesma empresa que cuidava da auditoria da CSN; e a incorporação da Vieri Participações S.A., em 2006, pela Companhia Brasileira de Distribuição, que era auditada pela Ernst & Young, atual EY. Em

³⁰ HENRIQUES., ob cit. p. 47.

nenhum dos casos mencionados foram encontrados processos administrativos sancionadores no âmbito da CVM³¹.

Nos Estados Unidos, o Sarbanes-Oxley Act proíbe a prestação de *non-audit services* durante e até 180 dias após a realização de serviço de auditoria³². Já a Europa classifica a prestação dos *non-audit services* como uma “ameaça relevante”, mas permite a cumulação, desde que as empresas realizem algumas salvaguardas quando houver a prestação dos dois tipos de serviços pela mesma empresa³³.

Finalmente, as últimas regras criadas visando fortalecer a independência dos auditores são relacionadas com o conflito de interesses. Essas regras focam em proibir relações pessoais dos auditores com pessoas vinculadas às empresas auditadas, tais como vínculo conjugal e parentesco, e remunerações condicionadas.

(i) Sigilo Profissional

O segundo dever das empresas de auditoria trata do sigilo profissional. Os auditores, durante seus trabalhos, possuem acesso a documentos extremamente importantes e sigilosos para as empresas, que podem conter estratégias de negócio e expansão ou até mesmo algum tipo de avaliação de P&D.

³¹ *Ib. idem.*, p. 47.

³² “PROHIBITED ACTIVITIES- Except as provided in subsection (h), it shall be unlawful for a registered public accounting firm (and any associated person of that firm, to the extent determined appropriate by the Commission) that performs for any issuer any audit required by this title or the rules of the Commission under this title or, beginning 180 days after the date of commencement of the operations of the Public Company Accounting Oversight Board established under section 101 of the Sarbanes-Oxley Act of 2002 (in this section referred to as the `Board`), the rules of the Board, to provide to that issuer, contemporaneously with the audit, any non-audit service, including (1) bookkeeping or other services related to the accounting records or financial statements of the audit client; (2) financial information systems design and implementation; (3) appraisal or valuation services, fairness opinions, or contribution-in-kind reports; (4) actuarial services; (5) internal audit outsourcing services; (6) management functions or human resources; (7) broker or dealer, investment adviser, or investment banking services; (8) legal services and expert services unrelated to the audit; and (9) any other service that the Board determines, by regulation, is impermissible.” (grifos nossos)

³³ Diretiva Europeia 2006/43/EC e Recomendação da Comissão Europeia 2002/590/EC.

A divulgação dessas informações pode acarretar prejuízos para a empresa auditada em relação aos seus competidores e, por isso, é obrigação das empresas que mantenham o total sigilo das informações a que tiveram acesso. Lembrando que há também o risco do *insider trading* por parte dos auditores.

Existem algumas legislações no país que contemplam a necessidade de sigilo. Nesse sentido o Art. 155, §4º da Lei 6.404/76 (LSA) dispõe que “É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada (...)”. Mais especificamente às auditorias, a Instrução Normativa CVM nº 308/99 estabelece que as empresas de auditoria “garantam a guarda, segurança e o sigilo dos documentos e informações decorrentes dessa atividade, bem como a privacidade no relacionamento com seus clientes”³⁴.

(ii) Competência Profissional

Outro dever e pressuposto dos serviços de auditoria é a competência profissional, que determina que os auditores devem possuir nível adequado de conhecimento para a prestação de serviços. Difícil de ser averiguada, esse dever fica meio vago, mas não impede que seja incluído nas leis preventivas.

O Código de Ética Profissional do *International Federation of Accountants* - IFAC determina o “dever de manutenção do conhecimento e proficiência a um nível adequado que garanta aos clientes receberem serviços profissionais competentes”³⁵.

³⁴ Além dessas, existe também a Resolução 803/96 do CFC, que coloca como obrigação “guardar sigilo sobre o que souber em razão do exercício profissional lícito”.

³⁵ International Federation of Accountants. *Code of Ethics, Item 10.5*: “Professional Competence and Due Care – to maintain professional knowledge and skill at the level required to ensure that a client or employer receives competent professional services based on current developments in practice, legislation and techniques and act diligently and in accordance with applicable technical and professional standards.”

A CVM foi mais contida nesse sentido, limitando-se a criar regras preventivas e repressivas relativamente à qualificação dos auditores, tais como a criação de um exame de qualificação³⁶.

(iii) Lealdade

Finalmente, no que diz respeito aos deveres e pressupostos da atuação das empresas de auditoria, temos o dever de lealdade, que nada mais é do que a exigência de honestidade por parte do auditor, que deve informar a empresa de possíveis conflitos, reconhecer e informar limitações profissionais, recusar presentes de empresas, entre outros. O dever de lealdade está previsto na Resolução 803/96 do CFC que dispõe:

“Exercer a profissão com zelo, diligência, honestidade e capacidade técnica, observada toda a legislação vigente, (...) e resguardados os interesses de seus clientes e/ou empregadores, sem prejuízo da dignidade e independência profissionais”.

2.2. Responsabilidade Civil das Empresas de Auditoria

Uma vez analisado todo o contexto de atuação das empresas de auditoria, podemos passar a análise da responsabilidade civil das empresas de auditoria financeira em caso de erro ou fraude.

Inicialmente, importante ressaltar que existem poucas disposições legais prevendo expressamente a responsabilização dos auditores e empresas de auditoria. Ficamos limitados, aqui,

³⁶ “Art. 30. O exame de qualificação técnica será realizado, no mínimo no primeiro semestre de cada ano, com vistas à habilitação do auditor independente para o exercício da atividade de auditoria de demonstrações contábeis para todas as entidades integrantes do mercado de valores mobiliários.
Parágrafo único. O exame de qualificação técnica será aplicado pelo Conselho Federal de Contabilidade - CFC em conjunto com o Instituto Brasileiro de Contadores - IBRACON ou por instituição indicada pela CVM, nos moldes a serem definidos em ato próprio.”

aos Art. 26, §2º da Lei 6.385/76³⁷, e Art. 8º, §6º da LSA³⁸. Ademais, toda e qualquer tentativa de responsabilização das auditorias no Brasil se baseia nas regras gerais previstas nos artigos 186 e 927 do Código Civil. Essa situação não nos parece adequada, especialmente em função da tamanha responsabilidade que possuem as empresas de auditoria, que já mencionamos anteriormente mas iremos discorrer melhor em breve.

A responsabilidade civil das auditorias pode ser perante a companhia; perante os sócios; e/ou perante terceiros, tais como credores ou investidores. A primeira – perante a companhia – pode ser contratual ou legal. Já as duas últimas – perante sócios e terceiros – tem caráter meramente legal, advindo das legislações mencionadas e dos deveres de conduta já explicados.

Essa responsabilização tem caráter subjetivo. Isso significa que o sujeito prejudicado por um erro ou uma fraude em uma companhia auditada, ao ingressar com ação contra a auditoria, deve provar ação ou omissão, culposa ou dolosa, da empresa de auditoria. Ou seja, deve haver um erro ou uma atitude dolosa da empresa da auditoria que justifique o dano experimentado pela pessoa.

O caráter subjetivo da responsabilização das auditorias é importante pois gera incentivos para que os auditores atuem de forma responsável. Fosse objetiva a responsabilidade das empresas de auditoria, existiria a chance de aumento dos erros pois, sabendo que seria condenada independentemente de ação ou omissão, as empresas não possuem incentivos para melhorar suas práticas para, assim, evitar erros Criando-se a possibilidade de uma não-condenação, caso aja com diligência, as empresas possuem incentivos para que ajam com as melhores práticas. Outro ponto favorável à responsabilidade subjetiva é que ela não gera – tal como a responsabilidade objetiva – as chamadas lides temerárias.

³⁷ Art. 26. “As empresas de auditoria contábil ou auditores contábeis independentes responderão, civilmente, pelos prejuízos que causarem a terceiros em virtude de culpa ou dolo no exercício das funções previstas neste artigo”. (Grifo nosso)

³⁸ Art. 8º (...) §6º. “Os avaliadores e o subscritor responderão perante a companhia, os acionistas e terceiros, pelos danos que lhes causarem por culpa ou dolo na avaliação dos bens, sem prejuízo da responsabilidade penal em que tenham incorrido; no caso de bens em condomínio, a responsabilidade dos subscritores é solidária”. (Grifo nosso)

Um dos problemas da responsabilidade subjetiva no caso das empresas de auditoria é a dificuldade de provar a culpa ou o dolo das empresas de auditoria. Isso deve ao fato de que o prejudicado não tem acesso aos documentos que a auditoria teve para que possa verificar a ocorrência de um ou de outro. Além disso, mesmo que o tivesse, provavelmente o prejudicado não teria condições de avaliar tal erro ou dolo, em função da falta de *expertise* e também o tempo necessário para avaliar toda documentação.

A solução encontrada é dar à responsabilidade subjetiva das empresas auditoria uma presunção *juris tantum* de culpa, ou seja, ocorre a inversão do ônus da prova, e as empresas de auditoria que devem provar que não houve qualquer erro grave ou dolo. Nesse sentido, estaria isenta de responsabilidade a empresa de auditoria que provasse (i) que não teve acesso a todos os documentos, deixando isso claro no parecer emitido; (ii) que o escopo da sua atuação não abrangia as áreas envolvidas no prejuízo da companhia auditada; e/ou (iii) que não houve violação das regras técnicas aplicáveis.

Sendo assim, os critérios e pressupostos da responsabilidade civil das empresas de auditoria são: (I) atos comissivos ou omissivos contrários à lei ou ao contrato de prestação de serviços; (II) dano; e (III) nexo de causalidade.

Antes de discorrermos sobre a caracterização de cada um dos pressupostos mencionados, nos valem dos preciosos ensinamentos de Fernando Noronha a respeito da responsabilidade por perda de chances³⁹ em sua modalidade de “chance de evitar um prejuízo”, que posteriormente nos

³⁹ “Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi irreversivelmente interrompido por um determinado fato antijurídico (...), por isso ficado a oportunidade irremediavelmente destruída (ainda que, como veremos na sequência, se fique sem saber se o benefício esperado teria ocorrido efetivamente, caso não tivesse havido a interrupção do processo). A chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, **como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou**. No primeiro caso, em que estava em um curso um processo vantajoso e este foi interrompido, poderemos falar em *frustração da chance de obter uma vantagem futura*; **no segundo, em que estava em curso um processo danoso que podia ter sido interrompido e não foi, falaremos em *frustração da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido***” (Grifos nossos) (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações* : Fernando Noronha – 4. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013, pp. 695-696).

ajudará na caracterização dos requisitos da responsabilidade civil. O dano, nesses casos, pode advir de uma atitude direta de outrem (lesante) ou uma atitude do próprio lesado em razão de algum ato do lesante (e.g. a falta de informações), conforme discorre Noronha:⁴⁰:

“São basicamente essas modalidades que iremos examinar, mas subdividindo a segunda em duas categorias, que autonomizaremos em razão das especificidades que têm e das dificuldades que suscitam: a chance de evitar um prejuízo que foi perdida em razão de fato de outrem (que será o lesante) e aquela que foi perdida por fato do próprio lesado, mas em consequência da falta de informação devida por outrem, que impediu aquele de tomar a decisão que seria correta.” (...) **"Nos casos em que havia uma oportunidade de o lesado tomar uma decisão esclarecida, que se frustra em razão da quebra de um dever de informar que recaía sobre o indigitado responsável (e esta é a segunda modalidade de perda de chance relativa a prejuízos efetivamente ocorridos), também tínhamos em curso um processo danoso que chegou ao final. A pessoa sofre dano por não ter tomado a melhor decisão, que estaria ao seu alcance caso a outra pessoa tivesse cumprido o dever, que recaía sobre si, de informar ou aconselhar. Nestes casos uma decisão mais esclarecida, a ser tomada pelo próprio lesado, poderia eliminar o risco de dano, ou pelo menos poderia reduzir este."** (Grifo nosso) (NORONHA, ob. cit., pp. 713-715)

É essa segunda situação que nos interessa aqui. Ora, é inegável que uma empresa de auditoria que não realiza corretamente sua função de auditora e falha em demonstrar para o público qual a real

⁴⁰ NORONHA, ob. cit., pp. 713-715.

situação de uma empresa – pode levar investidores a empreitadas que – se melhor informados – não o fariam. A esse respeito:

"Sabemos que esta situação ocorre quando alguém sofre um determinado dano por não ter tomado a melhor decisão, que estaria ao seu alcance se outra pessoa tivesse cumprido o dever, que incidia sobre ela, de informar ou aconselhar. Nestes casos uma decisão mais esclarecida poderia eliminar o risco de o lesado sofrer o dano, ou pelo menos poderia reduzi-lo. Nas hipóteses em que o risco de dano tivesse sido eliminado se a informação devida houvesse sido prestada, a responsabilidade da pessoa obrigada à informação será plena: ela incorrerá na obrigação de reparar todos os danos sofridos pelo lesado (...)" (Grifo nosso)⁴¹.

Sendo assim, mostra-se cristalina a possibilidade de responsabilização das empresas de auditoria em situações que estas falham com seus deveres e criam para os investidores cenários irreais da situação das empresas auditadas. Dito isso, podemos voltar à análise dos requisitos da responsabilidade civil.

O primeiro requisito é a ação ou omissão. Quando falamos de atos comissivos contrários à lei ou ao contrato, fazemos referência, por exemplo, à quebra dos deveres de sigilo e independência. Também podemos mencionar a escolha de critério inadequado numa avaliação⁴² e, por fim, a própria fraude.

Exemplos dos atos omissivos podem ser a falta de uma reavaliação em caso de verificação de discrepância relevante⁴³ ou a própria omissão culposa por negligência ou imperícia. Esta última a

⁴¹ NORONHA, ob. cit., pp. 732-733.

⁴² Que também poderia ser considerada uma imperícia.

⁴³ A necessidade de ser uma discrepância relevante nos remete à discussão da obrigação de meio ou de resultado das empresas de auditoria. A esse respeito, acreditamos, seguindo a jurisprudência encontrada, ser uma obrigação de meio, não tendo as empresas de auditoria a obrigação de encontrar toda e qualquer incongruência nas demonstrações financeiras das companhias, que podem ser muito grandes e as discrepâncias muito pequenas. Entretanto, o fato de ser

forma mais observada nos casos relevantes – aplicável também à responsabilidade civil por perda de evitar um prejuízo, conforme lecionado por Noronha –, onde as auditorias não observam discrepâncias de alto valor.

Para caracterização do dano, basta demonstrar os valores que foram investidos e conseqüentemente perdidos. Lembrando, entretanto, que faz-se mister analisar se o indivíduo foi, de fato, lesado em virtude da atividade dos auditores (nexo de causalidade). Essa análise pressupõe, também, a verificação se as atividades dos auditores envolviam a área causadora do dano na companhia. A esse respeito:

“Em situações como essas, em que não se sabe qual foi a real causa do dano final, interessa saber se a chance perdida tem algum valor jurídico. Ora, não se vê como seja possível negar valor jurídico à chance perdida. É que, se o dano final tem natureza aleatória, por persistir a dúvida se foi ou não resultado do fato antijurídico, já o dano da perda de chance constitui um dano real, por ser certo que foi frustrada a oportunidade, que antes existia, de fazer algo para obter vantagem ou para evitar o prejuízo. E trata-se de dano que tem um valor, que pode ser econômico ou não, mas que é determinável”⁴⁴.

Um dos grandes problemas envolvendo o dano na responsabilização das auditorias é sua quantificação. Não só em alguns casos ele é difícil de quantificar, mas, além disso, é muito difícil a atribuição de quanto daquele dano foi responsabilidade exclusiva da auditoria.

Noronha mais uma vez traz análise interessante a respeito da quantificação do dano:

uma obrigação de meio não isenta as auditorias de quaisquer erros e certamente não deveria isentá-las de erros grosseiros e de fácil detecção. Para avaliar o erro, é preciso levar em consideração o fato de que as empresas de auditoria são especializadas, e não se pode esperar que cometam erros de fácil detecção, por inúmeros anos seguidos.

⁴⁴ NORONHA, Ob. cit., p. 699.

*“Ora, se a aferição do valor da vantagem que era esperada ou a avaliação do prejuízo dependem do grau de probabilidade que, no momento do fato antijurídico, havia de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo, então, para a determinação do valor da chance perdida, há simplesmente que considerar o grau de probabilidade que havia, no processo aleatório que estava em curso, de ser alcançada a vantagem em expectativa, ou inversamente, de ser evitado o evento final danoso. Esse grau de responsabilidade, estabelecido entre o fato antijurídico interruptivo do processo aleatório e o dano final, é que determinará o valor da chance e, por conseguinte, o montante da reparação: se na ocasião do fato antijurídico havia 35%, 50% ou 80% de chances de alcançar a vantagem final, ou de evitar o prejuízo acontecido, a reparação deverá ser igual a 35%, 50% ou 80% do valor do dano final”.*⁴⁵

O mesmo autor mostra, entretanto, que a reparação pela chance perdida deve ser sempre um valor menor que o *dano final*, uma vez que o grau de probabilidade é necessariamente menor que 100%, “caso contrário, em vez de probabilidade, ter-se-ia de falar em certeza do dano final”⁴⁶.

O terceiro e último pressuposto é o já mencionado nexo de causalidade entre o dano e ação/omissão dos auditores. A prova do nexo de causalidade nas hipóteses comissivas se dá comprovando que baseou seus investimentos na auditoria feita, o que acarretou no seu dano, por outro lado, as auditorias alegarão que se basearam apenas nas informações que lhes foram passadas e, portanto, não houve falha na auditoria. Nessa última situação que se mostra importante a presunção de culpa das auditorias, uma vez que elas têm maior capacidade de provar a não ocorrência de erro, do que teria o autor de provar que o erro ocorreu.

⁴⁵ *Ib. idem.* p. 700.

⁴⁶ *Ib. idem.* p. 700.

Na jurisprudência nacional, apesar tímidos, já existem casos de condenação de empresas de auditoria por erro⁴⁷.

2.2.1. A Questão do Dano e a Importância da Responsabilização das Empresas de Auditoria

Houve um tempo em que as empresas de auditoria não eram responsabilizadas por prejuízos causados a terceiros por culpa. O *leading case* *Ultramares Corp. vs. Touche*, de 1931, acabou gerando a “*Ultramares Doctrine*”, que não responsabilizava os auditores pois implicaria risco desproporcional a eles:

“This is partly a question of fairness: it is thought unreasonable to expose a defendant to liability grossly disproportionate to his fault or to liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class.”⁴⁸

(grifo nosso)

Como já mostramos, essa doutrina não se aplica mais. Em função da crescente utilização e credibilidade das empresas de auditoria no mundo, a *Ultramares Doctrine* foi substituída pela *Foreseeable Doctrine*, que prevê a responsabilização quando o erro é conhecido ou era evitável, utilizada até hoje.

Qualquer teoria que queira isentar as auditorias de responsabilidade civil seria completamente impraticável nos dias de hoje, tendo em vista o tamanho e relevância que essas empresas adquiriram nos tempos atuais.

A importância das empresas de auditoria é inconteste, elas são necessárias para dar um padrão mínimo de segurança aos acionistas e ao mercado de que a situação patrimonial de uma

⁴⁷ TJSP Ap. 9161946-23.2003.8.26.0000, j. 28.08.2013, Rel. Des. Carlos Abrão.; TJSP Ap. 994.05.059740-8, j. 24/02/10, Rel. Des. Luiz Ambra; e TJSP Ap. 994.05.097558-5, j. 12/05/2010, Des. Rel. Luiz Ambra.

⁴⁸ *Ultramares Corp v. Touche, Niven & Co* (1931) 174 NE, Justice Cardozo, p. 441-444.

determinada empresa está ou não sob controle. A existência delas é também condição necessária para coibir fraudes, razão pela qual a legislação torna obrigatória a avaliação da situação patrimonial das companhias abertas⁴⁹, de grande porte⁵⁰ e de instituições financeiras⁵¹ por empresas de auditoria especializada. As empresas de auditoria são, hoje, esperadas para produzir conforto e geram confiança nas pessoas.

No mesmo sentido:

“(...) provides na external and objective check on the way in which the financial statements have been prepared and presented, and it is na essential parto f the checks and balances required (...) Audits are a reassurance to all who have a financial interest in companies”⁵².

No caso de instituições financeiras a importância se torna ainda maior, uma vez o dano causado a estas não fica limitado a um número fechado de acionistas e/ou terceiros de boa-fé que seriam prejudicados pela má prestação dos serviços de auditoria, mas estender-se-iam a todo mercado financeiro, podendo gerar um risco sistêmico. Como já mencionamos, parte da crise de 2008 foi gerada em função de análises mal feitas de demonstrações financeiras – com pareceres emitidos sem quaisquer reservas – e de capacidade de pagamento (*rating*) do Banco Lehman Brothers⁵³.

⁴⁹ Lei 6.404/76, Art. 177 (...) § 3o As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados.

⁵⁰ Lei. 11.638/07, Art. 3o Aplicam-se às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários.

⁵¹ Regulamento anexo a Resolução N. 3198, Art. 1º Devem ser auditados por auditores independentes registrados na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e que atendam aos requisitos mínimos a serem fixados pelo Banco Central do Brasil.

⁵² Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance (Cadbury Report), 1992, p. 36. Tradução livre: “fornecer uma análise externa e objetiva da forma que as demonstrações financeiras foram preparadas e apresentadas, e são [as auditorias] uma parte essencial dos freios e contrapesos necessários (...) Empresas de auditoria é uma segurança para todos aqueles que possuem interesses financeiros em companhias”.

⁵³ SIKKA, ob. cit., p. 869.

Muito se disse sobre a ganância das instituições financeiras e como ela causou a crise mundial, entretanto, no nosso ponto de vista, culpar exclusivamente as instituições financeiras pelo que ocorreu – especialmente quando existiam deveres e expectativas por parte das agências e auditorias – simplesmente é fugir da realidade. Da mesma forma que a ausência de ganância por parte dos bancos poderia ter evitado a crise, a maior diligência das auditorias também o teria feito.

Sendo assim, considerando sua utilização obrigatória determinada em lei, a confiança que passam de que analisaram as informações com cautela, a expertise que possuem e, principalmente, sua grande relevância para o mercado financeiro como um todo – que conta com e precisa que atuem com a maior cautela possível, para evitar crises –, não se pode imaginar razoável a não responsabilização das empresas de auditoria quando deixam erros relevantes passarem ou permitem a perpetuação de fraudes.

De forma a incentivar que as empresas de auditoria melhores em suas atividades, seja incentivando o desenvolvimento dos funcionários ou contratando mais pessoas, é preciso que ele tenha um incentivo para tanto. Em regra, para empresas, tal incentivo vem na forma de dinheiro. Dessa forma, é preciso que para a empresa de auditoria a contratação ou investimento seja mais barata que a possibilidade de uma condenação futura em um caso envolvendo erros e fraudes.

Apesar disso, não podemos deixar de dar razão às motivações que criaram a *Ultramares Doctrine*, quando dizem que não se pode dar uma responsabilidade desproporcional às empresas de auditoria

Com relação à quantificação do dano é preciso saber equilibrar dois fatores importantes: (i) o desestímulo de atividades ilícitas e o incentivo à correção de erros; (ii) o desestímulo da atividade de auditoria como um todo. Se a condenação for muito grande, o desestímulo pode ser tamanho que poderia tirar players em um mercado que já é muito concentrado. Caso o valor da condenação seja

pequeno, não gera o incentivo necessário para desestimular a prática de fraude e incentivar a melhora das práticas.

Pensando nisso, a União Europeia publicou um estudo realizado pela *London School of Economics* e pela *Goethe University*⁵⁴, onde recomenda a limitação da responsabilidade dos auditores. Algumas das formas de limitação são a responsabilidade proporcional e a estipulação de um teto.

Não há nenhuma menção expressa no Brasil nesse sentido, mas alguns julgados⁵⁵ já se utilizaram da responsabilidade proporcional, condenando a empresa de auditoria a apenas parte do prejuízo causado⁵⁶, o que entendemos correto, uma vez que essa solução alivia as auditorias da responsabilidade total – que desmotiva a atividade – e, ao mesmo tempo, gera o incentivo necessário para que elas busquem soluções aos problemas que causaram o dano.

Nessas situações, cabe ao juiz, analisando o caso específico, mensurar qual o prejuízo existente, que proporção deste pode ser dada à empresa de auditoria e qual valor seria adequado para, além de ressarcir os prejudicados, gerar o incentivo necessário para que a empresa de auditoria prefira detectar e solucionar o problema, ao invés de correr o risco de ser condenada novamente.

Importante ressaltar que não queremos aqui entrar na discussão se existe ou não danos punitivos no ordenamento jurídico brasileiro. Nos limitamos apenas a analisar o caso das empresas de auditoria e dizer qual é, em nossa opinião, a melhor solução para o caso. A esse respeito, pensamos que em caso de erro ou fraude das empresas de auditoria, o referido incentivo não precisa vir, necessariamente, na forma de indenização a alguém, mas pode vir na forma de multa administrativa aplicada pela CVM ou Bacen.

⁵⁴ http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/auditors-final-report_en.pdf acessado em 15/11/2014.

⁵⁵ TJSP Ap. 9161946-23.2003.8.26.0000, j. 28.08.2013, Rel. Des. Carlos Abrão.

⁵⁶ Lembrando que isso se aplica a caso de culpa. No caso de fraude acreditamos que a responsabilização, por óbvio, deva ser integral.

2.2.2. Jurisprudência

Como já mencionamos, o Brasil ainda engatinha no sentido de responsabilizar civilmente as empresas de auditoria. São poucas as decisões encontradas nesse sentido e menor ainda o número de julgados que levaram em consideração a importância sistêmica do caso.

Um dos casos de maior relevância em nossos tribunais é a condenação da PricewaterhouseCoopers - PwC ao ressarcimento de R\$25 milhões aos acionistas do antigo Banco Noroeste⁵⁷, em razão da não detecção de fraudes que ocorriam dentro da instituição financeira.

Um dos argumentos defendidos pelos desembargadores para tanto – rebatendo a principal defesa da auditoria – é que, apesar de inegável a conduta delituosa dos prepostos do Banco Noroeste, esta não exclui a negligência da PwC. Nesse sentido, os desembargadores defendem a culpa concorrente da empresa de auditoria, uma vez que o rombo não teria alcançado valor tão vultuoso se a empresa revelasse, informasse ou levasse ao conhecimento as irregularidades praticadas.

Os julgadores assumem que a responsabilidade do auditor em suas obrigações é aquela “de meio”, porém, esclarecem que em casos específicos a fraude pode ser diagnosticada ou debelada suas consequências, o que mostrava ser o caso dos autos, uma vez que a movimentação de moeda estrangeira para agência do exterior traduzia “montante extremamente elevado, divorciado da realidade e completamente perceptível pela simples análise dos extratos e comparação dos dados,

⁵⁷ TJSP. Ap. 9161946-23.2003.8.26.0000, j. 28.08.2013, Rel. Des. Carlos Abrão.

acessados pela auditoria” da PwC. Além disso, demonstrou o perito judicial que a empresa de auditoria deixou de adotar preceitos elementares e básicos nas transações, na consolidação das demonstrações e nos aspectos de conciliações bancárias.

O acórdão conclui que a omissão culposa da PwC colaborou para a consolidação e continuidade da fraude, de forma concorrente, e condenou a empresa ao pagamento R\$ 25 milhões aos acionistas, equivalente a 10% do prejuízo causado pela fraude, abatendo o que foi recuperado.

É difícil dizer se os R\$ 25 milhões de condenação, equivalente a 10% do dano total causado pela fraude, representam o valor mais adequado para o caso, entretanto, entendemos que o valor aplicado a esse caso é um precedente importante – se comparado às poucas decisões existentes no mesmo sentido – para mostrar que as empresas de auditoria devem, sim, ser responsabilizadas pelas falhas relevantes em sua prestação de serviço e, principalmente, que devem ser condenadas a valores relevantes, que gerem incentivos para que elas não repitam os erros.

Um outro caso que está gerando discussões interessantes sobre esse a responsabilização das empresas de auditoria envolve a KPMG Auditores Independentes no escândalo do Banco BVA.

Em decisão proferida no final de 2014⁵⁸, no âmbito de ação de responsabilidade ajuizada pelo Ministério Público em virtude do rombo provocado pelo Banco BVA, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve o arresto de bens da KPMG para garantir o prejuízo sofrido por terceiros, estimado em R\$1,8 bilhão⁵⁹.

A KPMG opôs, então, embargos de declaração contra o acórdão relatado pelo ilustre Des. Ênio Zuliani, os quais foram rejeitados em julgamento realizado no mês de junho passado. Pendem, agora, de admissão e posterior julgamento recursos extraordinário e especial interpostos pela empresa

⁵⁸ TJSP. Ag.Reg. 2103824-53.2014.8.26.0000/50000, j. 17/07/2014. rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani.

⁵⁹ A esse respeito, vale reproduzir a argumentação do Ministério Público: “De acordo com a Resolução CFC 1.203, o objetivo da auditoria externa é aumentar o grau de confiança nas demonstrações contábeis por parte dos usuários. Logo, se o auditor lançar mão dos seus conhecimentos técnicos e aplicar corretamente os procedimentos de auditoria, haverá uma maior certeza de que os relatórios resultem livres de erros e fraudes relevantes.” (grifos nossos)

de auditoria. Até o momento, porém, seus bens continuam arrestados. Paralelamente, tramita ação de indenização por danos materiais proposta por W.O Agropecuária Ltda. contra a KPMG e Francesco Luigi Celso (auditor independente)⁶⁰, em virtude de danos materiais que a empresa alega ter sofrido em decorrência das fraudes perpetradas pelo Banco BVA.

A autora, na qualidade de investidora, afirma que a KPMG e Francesco Celso teriam descumprido seus deveres de auditores independentes, compactuando com as fraudes praticadas pelo banco referido. Sustenta, nesse sentido, ter investido em títulos do Banco BVA (CDBs) – com base em opiniões da KPMG e do outro auditor réu – que em curto prazo lhe trouxeram consideráveis prejuízos. Dentre outras acusações, imputa à empresa de auditoria e a Francesco a prestação de informações falsas.

A ação foi julgada procedente em primeira instância, condenados os réus solidariamente ao ressarcimento de R\$ 3.558.700,00 (três milhões, quinhentos e cinquenta e oito mil, setecentos reais) à empresa autora. Este valor é equivalente a 100% do valor investido pela autora em CDBs do Banco réu. O ilustre juiz Miguel Ferrari Jr. entendeu que *“há substanciosos elementos a indicar que os réus não agiram com a boa técnica e responsabilidade que informam o mister de auditoria e que avalizaram os balanços do Banco BVA que continham informações falsas e comprometedoras”*. Acreditamos aqui que, ao condenar a KPMG a pagar 100% do valor investido, o magistrado entendeu que não houve no caso a *perda de uma chance de evitar um prejuízo* - conforme as já mencionadas lições de Fernando Noronha –, mas sim que o dano ocorreu única e exclusivamente em função das falhas na auditoria.

A KPMG interpôs recurso de apelação contra referida sentença, que pende de julgamento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo⁶¹.

⁶⁰ Processo nº 1046770-40.2014.8.26.0100, em curso perante a 43ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo.

⁶¹ Ap. 1046770-40.2014.8.26.0100, rel. Des. Carlos Alberto Garbi.

Ambos os casos – ação de responsabilidade ajuizada pelo Ministério Público e ação de indenização proposta pela W.O Agropecuária – merecem, certamente, ser acompanhados até julgamento final pelas instâncias superiores. Isto porque as decisões proferidas nesses processos tornar-se-ão importantes paradigmas na matéria da responsabilidade civil das empresas de auditoria, especialmente por ainda ser escassa a jurisprudência brasileira quanto ao tema.

3. Responsabilidade Civil das Agências de *Rating*

A situação das agências de *rating* e sua responsabilidade civil se assemelham muito à das auditorias no Brasil, apesar disso, não se pode confundir as agências de *rating* com empresas de auditoria.

Na definição da Standard & Poor's, um *rating* nada mais é do que “uma opinião da condição geral de cumprimento da obrigação pelo devedor, ou sua capacidade em relação a um produto específico ou outra obrigação financeira, baseada em fatores de risco”.⁶² Não são consideradas previsões de calotes e nem recomendações de compra e venda.

O *rating*, assim como a auditoria, tornou-se uma forma de demonstrar prestígio e segurança, dependendo da sua avaliação. Dessa forma, a avaliação de uma empresa pode afetar a sua capacidade de conseguir empréstimos e investimentos. Afeta, também, o valor das ações negociadas em bolsa, para cima ou para baixo.

Um dos grandes problemas dos *ratings* – também encontrado nas auditorias – é que os honorários são geralmente pagos pela empresa que será objeto da avaliação, gerando um conflito.

⁶² STANDARD AND POOR'S. Um Guia Sobre a Essência dos Ratings de Crédito. (2008). Acesso em agosto de 2014. Disponível em: <http://www2.standardandpoors.com/spf/pdf/fixedincome/SP_CreditRatingsGuide_BR.pdf>

Isso pode fazer com que as empresas avaliadas considerem apenas os *ratings* positivos e não leve em consideração empresas que a avaliariam de forma negativa. Esse é o chamado *rating shopping*.

Exemplos de situações assim se deram na crise de 2008, onde o Banco Lehmann Brothers estava com *rating* máximo um dia antes de sua quebra. O mesmo ocorreu com o Banco Santos.

Em nossa visão, agências dever-se-iam aplicar às agências de *rating*, no que couber, as mesmas regras das empresas auditorias. Isso quer dizer que a regra aplicável a responsabilidade das agências de *rating* deve ser a subjetiva com presunção *juris tantum* de culpa. Os motivos para isso são os mesmos. Sobre a responsabilidade subjetiva, gera o incentivo para atuação de forma responsável e evita lides temerárias. Já no que diz respeito ao ônus da prova, a presunção de culpa por parte da agência de *rating* deve ocorrer visto que é mais fácil a agência provar que agiu com zelo do que o prejudicado provar que ela não o fez.

Nossa opinião segue o disposto na regulação europeia, prevista no Regulamento 1060/09, do Parlamento Europeu:

“1. Se uma agência de notação de risco tiver cometido, com dolo ou negligência grave, alguma das infracções enumeradas no Anexo III, afetando desse modo uma notação de risco na qual um investidor se tenha baseada ao adquirir um instrumento notado, esse investidor pode interpor uma ação contra a agência de notação de risco pelos danos que lhe tiverem sido causados. (...) 4. Quando um investidor dispuser de elementos factuais que permitam inferir que a agência de notação de risco cometeu uma das infracções enumeradas no Anexo III, cabe à agência provar que não cometeu a referida infracção, ou que a infracção não afetou a notação de risco emitida.”

Tal como ocorre nas empresas de auditoria em relação aos terceiros, dificilmente se consegue fazer prova de que um investimento tomou por base uma notação feita por uma agência de

rating. As circunstâncias teriam que ter coincidências de datas e, eventualmente, troca de correspondência entre operadores, de forma a deixar claro que a avaliação viciada foi relevante na tomada da decisão. Um dos casos onde essa prova seria mais fácil, é na situação de obrigatoriedade de *rating* mínimo para algum investimento, normalmente aplicáveis a fundos de aposentadorias e pensões. A existência de um patamar mínimo gera a inequívoca necessidade de utilizar a avaliação para a tomada de decisão e gera a expectativa de que a agência de *rating* tenha feito seu trabalho de forma zelosa.

Não encontramos, até a conclusão do presente trabalho, nenhuma jurisprudência no Brasil a respeito da responsabilidade civil de agências de *rating*. Isso ocorre, provavelmente, em função da grande dificuldade em se provar o nexo de causalidade. De alguma forma, o caso das empresas de auditoria nos parece mais fácil de configurar o nexo causal, isso – em nossa opinião – porque a auditoria é obrigatória, o que aumenta a possibilidade de os seus pareceres serem tidos como relevantes para a decisão de investir na empresa que foi auditada.

4. Conclusão

É inegável a importância que os ratings e principalmente as empresas de auditoria possuem hoje em dia. Não são mais meros “selos” de qualidade, mas sim sinônimos de segurança e confiança para o mercado, que se utiliza de suas análises para tomada de decisões de investimentos.

Isso quer dizer que as agências de *rating* e empresas de auditoria adquiriram, com o tempo, importante status em razão das funções que desenvolvem, o que ampliou o leque de companhias que necessitam, obrigatoriamente de seus serviços.

Essa obrigação, especialmente no que diz respeito às auditorias de companhias abertas e instituições financeiras, serve para dar confiança e tranquilidade ao mercado de que não existe

ninguém ameaçando a segurança de todo o sistema. Poderia ser considerada quase uma função social dessas empresas a manutenção da saúde financeiras do mercado.

A má performance de suas funções por parte de uma empresa de auditoria pode por toda essa confiança a perder e criar um risco sistêmico, tal qual ocorreu em 2008 nos Estados Unidos, gerando uma crise de proporções que não se via desde a grande depressão.

Empresas que possuem tamanha influência sobre o sistema econômico não podem se isentar de suas responsabilidades e passar impunes de erros. Fazem-se, assim, necessárias medidas que visem a punição dos culpados e diminua o risco de reincidência. A melhor maneira de fazer isso é criando incentivos que direcionem a atitude das auditorias para a detecção e correção dos erros, bem como a constante busca pela melhora.

Decisões recentes no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mencionadas anteriormente, nos mostram que o judiciário está tomando a atitude correta a esse respeito. A condenação das auditorias a valores altos cria nas empresas – entes que pensam majoritariamente de forma econômica – uma necessidade de eliminar o risco de ser condenado novamente, uma vez que passou a ser um custo muito alto, se comparado ao custo que terá para arrumar o problema.

Apesar disso, não se pode sempre esperar que o judiciário solucione tais problemas através das condenações, especialmente porque o órgão está desamparado de leis para tanto em algumas situações.

Dessa forma, outra solução – extremamente necessária no Brasil – é a promulgação de novas leis que criem regras específicas para as agências de *rating* e empresas de auditoria, abrangendo especialmente as regras de responsabilização e fortalecendo a quase inexistente fiscalização dessas atividades.

Ao que nos parece, atitudes como estas farão com que tais empresas tenham ciência da importância que possuem e dos riscos que elas trazem agindo de forma imperita ou negligente. Risco

estes que não terão de ser suportados apenas pela empresa auditada e seus acionistas, mas, em casos extremos, por todo sistema financeiro.

No fim, Mary Douglas⁶³ e Michael Power⁶⁴ estavam certos. Todos os indivíduos avaliam e também serão avaliados, de forma consciente ou não, e cabe a nós decidir quais situações são necessárias tais avaliações detalhadas. Em regra, tomamos a atitude consciente de verificação e avaliação quando os riscos aos quais estamos sujeitos naquela situação são maiores que nosso bem estar de confiarmos. A crise de 2008 nos mostrou que há um grande risco sobre nós e que a “pura confiança” não se mostra mais uma opção viável em relação às atividades auditorias e *rating* e, como indivíduos e sociedade, devemos tomar nossas precauções. Está na hora de tomarmos medidas de avaliação daqueles que tem o dever de avaliar⁶⁵.

⁶³ DOUGLAS, ob. cit. p. 132.

⁶⁴ POWER, ob. cit. p. 2.

⁶⁵ SIKKA, Prem. *Watching the detectives. The subprime crisis should teach us to keep a much closer eye on company auditors from now on.* Disponível em <<http://www.theguardian.com/commentisfree/2008/mar/14/watchingthedetectives>>, acessado em 16.11.2014.

Anexo I

870

P. Sikka/Accounting, Organizations and Society 34 (2009) 868–873

Table 1
Auditors and distressed Banks

Company	Country	Year end	Auditor	Date of audit report	Audit opinion	Fee (millions)	
						Audit	Non-audit
Abbey National	UK	31 December 2007	D and T	4 March 2008	Unqualified	£2.8	£2.1
Alliance and Leicester	UK	31 December 2007	D and T	19 February 2008	Unqualified	£0.8	£0.8
Barclays	UK	31 December 2007	PwC	7 March 2008	Unqualified	£29	£15
Bear Stearns	USA	30 November 2007	D and T	28 January 2008	Unqualified	\$23.4	\$4.9
Bradford and Bingley	UK	31 December 2007	KPMG	12 February 2008	Unqualified	£0.6	£0.8
Carlyle Capital Corporation	Guernsey	31 December 2007	PwC	27 February 2008	Unqualified	N/A	N/A
Citigroup	USA	31 December 2007	KPMG	22 February 2008	Unqualified*	\$81.7	\$6.4
Dexia	France/ Belgium	31 December 2007	PwC + Mazars and Guérard	28 March 2008	Unqualified	€10.12	€1.48
Fannie Mae	USA	31 December 2007	D and T	26 February 2008	Unqualified	\$49.3	–
Fortis	Holland	31 December 2007	KPMG + PwC	6 March 2008	Unqualified	€20	€17
Freddie Mac	USA	31 December 2007	PwC	27 February 2008	Unqualified*	\$73.4	–
Glitnir	Iceland	31 December 2007	PwC	31 January 2008	Unqualified	ISK146	ISK218
HBOS	UK	31 December 2007	KPMG	26 February 2008	Unqualified	£9.0	£2.4
Hypo Real Estate	Germany	31 December 2007	KPMG	25 March 2008	Unqualified	€5.4	€5.7
Indymac	USA	31 December 2007	E and Y	28 February 2008	Unqualified*	\$5.7	\$0.5
ING	Holland	31 December 2007	E and Y	17 March 2008	Unqualified	€68	€7
Kaupthing Bank	Iceland	31 December 2007	KPMG	30 January 2008	Unqualified	ISK421	ISK74
Landsbanki	Iceland	31 December 2007	PwC	28 January 2008	Unqualified	ISK259	ISK46
Lehman Brothers	USA	30 November 2007	E and Y	28 January 2008	Unqualified	\$27.8	\$3.5
Lloyds TSB	UK	31 December 2007	PwC	21 February 2008	Unqualified	£13.1	£1.5
Northern Rock	UK	31 December 2006	PwC	27 February 2007	Unqualified	£1.3	£0.7
Royal Bank of Scotland	UK	31 December 2007	D and T	27 February 2008	Unqualified	£17	£14.4
TCF Financial Corp	USA	31 December 2007	KPMG	14 February 2008	Unqualified	\$0.97	\$0.05
Thornburg Mortgage	USA	31 December 2007	KPMG	27 February 2008	Unqualified	\$2.1	\$0.4
UBS	Switzerland	31 December 2007	E and Y	6 March 2008	Unqualified	CHF61.7	CHF13.4
US Bancorp	USA	31 December 2007	E and Y	20 February 2008	Unqualified	\$7.5	\$9.6
Wachovia	USA	31 December 2007	KPMG	25 February 2008	Unqualified	\$29.2	\$4.1
Washington Mutual	USA	31 December 2007	D and T	28 February 2008	Unqualified	\$10.7	\$4.3

Notes: Data as per financial statements and statutory filings shown on the respective company's website.

* 'Audit fee' also includes 'audit related fees'.

* Denotes that audit report draws attention to some matters already contained in the notes to financial statements.

Fonte: SIKKA, Prem. *Financial Crisis and the Silence of the Auditors. Accounting, Organizations and Society*, 34, 2009, 870.