

Brasília, 10 de junho de 2019.

Aos Srs.

Drs. Reginaldo Medeiros, Alexandre Lopes, Frederico Rodrigues e Bernardo Sicsú

Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia – ABRACEEL

Ref.: *Processo de Certificação de Comercializadoras*

I. Contexto da proposta de implementação do processo de certificação de comercializadoras e principais contornos do programa

1. No primeiro semestre de 2019, ganharam grande repercussão casos em que comercializadoras não conseguiram cumprir seus compromissos de entrega de energia, cenário que alertou os agentes e as autoridades setoriais para a necessidade de serem adotadas medidas voltadas ao aperfeiçoamento dos mecanismos para a segurança do mercado.

2. Em linha com os esforços que vêm sendo empregados nesse sentido, a ABRACEEL propõe a implementação de mecanismo que permita às contrapartes das comercializadoras saberem quais são as empresas atentas às melhores práticas de mercado, o que contribuirá para a majorar a confiabilidade do ambiente de negócios.

3. Tal mecanismo consistiria na implementação de processo de *certificação* das comercializadoras, a ser coordenado pela Associação, mas operacionalizado por entidades supervisoras independentes – renomadas empresas de auditoria –, de acordo com estrutura assim resumida:

- Adesão das comercializadoras ao programa

*“A participação das empresas no programa será de **adesão voluntária** e a Certificação conferida às empresas que se enquadrarem nas Métricas de Risco estabelecidas por uma Convenção, cuja verificação será realizada periodicamente por Entidade Supervisora.”*

- Métricas a serem adotadas

“As métricas estabelecidas deverão avaliar o risco de cada carteira de comercialização em comparação com o Capital Social Integralizado das empresas, de modo a definir uma metodologia de apuração de risco de referência para o mercado.

Em caso de descumprimento dos pré-requisitos por um agente certificado, a Entidade Supervisora irá notificá-lo privativamente e a empresa terá prazo para se adequar. Permanecendo o desenquadramento, o mercado será notificado e a empresa perderá a Certificação/Rating.”

“Serão avaliados periodicamente pela Entidade Supervisora os seguintes requisitos:

Limite Máximo de Exposição (LME): o Value at Risk (VaR) semanal da carteira, no horizonte de 12 meses, não pode ultrapassar 50% do Capital Social Integralizado (CSI) do agente [...]

Capacidade Econômica (CE): eventual prejuízo apurado na marcação a mercado (MtM) da carteira no horizonte de 12 meses não pode superar o Capital Social Integralizado (CSI) do agente descontado o risco corrente da carteira [...]

Concentração de Crédito (CC): os limites serão definidos em função da concentração da carteira e do enquadramento das contraparte no Rating de melhores práticas e/ou do Capital Social Integralizado.”

- Papel da ABRACEEL e agentes elegíveis à participação no programa

“O processo de Certificação terá como base uma Convenção de Melhores Práticas de Mercado coordenada pela Abraceel, porém a adesão ao programa não se limita a suas empresas associadas, podendo aderir ao processo de certificação qualquer empresa do mercado de energia elétrica.

A Abraceel será a coordenadora do processo de certificação, com a responsabilidade de manter convênio com a Entidade Supervisora e aprovar as metodologias de Métricas de Risco indicadas pelo Conselho de Melhores Práticas de Mercado.

Não haverá qualquer tipo de envolvimento da Abraceel no recebimento de informações, avaliação e certificação as empresas, os quais serão realizados sob inteira responsabilidade da Entidade Supervisora.

Será criado um Conselho de Melhores Práticas de Mercado, com o objetivo de avaliar os resultados do programa de certificação e propor melhorias na Convenção, inclusive em relação às Métricas de Risco avaliadas.”

- Características do processo de certificação

“A certificação será conferida pela Entidade Supervisora com base em 03 (três) níveis de Rating com base no enquadramento nas métricas de risco estabelecidas.”

“A avaliação e a atualização dos parâmetros de cálculo utilizados (preços, contratos, etc.) serão realizados em base semanal pela Entidade Supervisora.”

“A avaliação dos parâmetros de risco pela Entidade Supervisora será realizada com base em um horizonte de contratos de 12 meses.”

- Obrigações dos agentes que aderirem ao processo de certificação

“- Auditar os demonstrativos financeiros anualmente

- Disponibilizar os Demonstrativos Financeiros auditados e balancete mensal assinado pelo contador da empresa

- Informar a entidade de supervisão sobre alterações no Capital Social Integralizado da empresa

- Auditar anualmente o balanço energético

- Enviar semanalmente o balanço energético aberto por operação e em formato padrão

- Se submeter à auditoria da entidade de supervisão sempre que solicitado

- Operar dentro dos limites para os indicadores estabelecidos

- Se notificado, se readequar em até 07 dias, sob pena de desenquadramento do Rating e imediata publicação do descumprimento para todo o mercado

- Responsabilização dos administradores da empresa, caso informações fraudadas tenham sido compartilhadas”

- Entidade supervisora

“- Pode haver uma entidade de supervisão única para todos os players ou, alternativamente, os agentes poderiam contratar entidade de supervisão dentro de um rol pré-estabelecido. [...]

- O pagamento da entidade fiscalizadora será realizado pelas empresas que aderirem ao programa de Certificação.

- Não haverá envolvimento da Abraceel com o recebimento e processamento das informações.”

- Obrigações da entidade supervisora

“- Atualizar anualmente os parâmetros de risco.

- Definir semanalmente a curva de marcação a mercado com base nas informações de preço da BBCE (negociações fechadas) e, quando necessário, da DCIDE.

- Realizar o processo de adesão aos agentes interessados.

- Avaliar os resultados das auditorias financeiras e energéticas dos players.

- Solicitar esclarecimentos, e/ou determinar auditoria, sempre que julgar necessário.

- Apurar a conformidade dos indicadores de cada player aos indicadores estabelecidos.

- Notificar o player, em caso de descumprimento.
- Desenquadrar a empresa e notificar o mercado, caso o player não se adeque no prazo.”

- Conselho de Melhores Práticas

“O Conselho de Melhores Práticas de Mercado terá como função avaliar os resultados do programa de certificação e propor ao Conselho de Administração da Abraceel melhorias na Convenção, inclusive em relação às Métricas de Risco avaliadas. O Conselho será coordenado pela Diretoria Executiva da Abraceel e será composto por representantes dos diversos segmentos do setor, com terá a seguinte composição:

- 1 representante da Diretoria Executiva da ABRACEEL (coordenador)
- 1 representante de entidade do mercado
- 1 representante de associação de geração
- 1 representante de associação de consumo
- 3 representantes de empresas associadas da ABRACEEL”

II. Conveniência e oportunidade da proposta

4. A criação de processo de certificação sério e confiável estimulará as contrapartes das comercializadoras a optar pela contratação das empresas que possuam bons *ratings*, ao passo que as comercializadoras, a fim de manter e impulsionar seus negócios, serão incentivadas a aderir ao programa e a adequar-se às boas práticas definidas pela ABRACEEL e aferidas pelas entidades supervisoras.

5. Tal ciclo virtuoso acabará por desestimular a prática de estratégias comerciais irresponsáveis, as quais impactarão não apenas o setor, mas a própria comercializadora, a qual, ao piorar de classificação no *rating* ou perder a própria certificação, experimentará repercussão reputacional.

6. Ademais, com a criação de processo de certificação, transmitir-se-á mais segurança os agentes externos para que migrem para o mercado livre, o que tem o condão de contribuir para sua expansão.

7. Observa-se, ainda, que a criação de meios de incentivo às boas práticas privilegia a concorrência sustentável e leal entre as comercializadoras, as quais disporão de oportunidades equânimes de obtenção de certificação de bons *ratings* a depender exclusivamente de sua própria prudência em sua atuação.

8. Assim, a criação do processo de certificação de comercializadoras pela ABRACEEL mostra-se conveniente e benéfica para o mercado e seus agentes.

III. Convergência da implantação do processo de certificação com os objetivos da ABRACEEL

9. O art. 5º do Estatuto da ABRACEEL, em seu item *d*, prevê que a Associação tem como objetivo básico “***defender, junto aos poderes constituídos, a manutenção de um ambiente adequado para a prática da atividade de comercialização de energia elétrica, etanol, gás natural e créditos de carbono e promover o desenvolvimento do mercado***”.

10. Ademais, o Código de Ética da ABRACEEL, em seu Capítulo IV, *b*, dispõe que a atuação da Associação deve favorecer “*um mercado com regras estáveis e claras, [...] um ambiente previsível, [...] no qual estejam disponíveis instrumentos adequados para a gestão de riscos*”:

A Abraceel atuará em favor de um mercado com regras estáveis e claras, de um ambiente previsível, que premie a competência e o conhecimento, que possibilite a geração de valor na cadeia produtiva, que permita a efetiva contribuição do segmento de comercialização para o equilíbrio entre oferta e demanda, no curto, médio e longo prazos, em que haja liquidez na oferta de energia e no qual estejam disponíveis instrumentos adequados para gestão de riscos.

11. Assim, em razão de o processo de certificação ter por propósito justamente promover a sustentabilidade, a previsibilidade e a confiabilidade do mercado, a proposta revela-se inteiramente adstrita aos objetivos e ao campo de atuação da Associação.

IV. Legalidade da implantação do Processo de Certificação

12. Destaca-se, ainda, que não há qualquer óbice jurídico à criação e coordenação do processo de certificação pela entidade associativa.

13. Isso porque, em consonância com o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.

14. Portanto, se não há ato normativo que (i) vede explicitamente ao particular a realização de processo de certificação de agentes de mercado; ou (ii) atribua competência exclusiva de realização do processo a autoridade pública específica, tem-se que à ABRACEEL é permitido instituir a certificação de agentes comercializadores, **sobretudo por se tratar de processo por adesão, ou seja, voluntário.**

15. Assim, em se tratando de processo de certificação cujas regras e condições **não são impostas aos participantes**, mas aceitas voluntariamente, não se vislumbram abusividade ou ilegalidade na atuação da Associação.

16. A propósito, a apuração de parâmetros de qualidade e segurança por pessoas jurídicas de direito privado é usual, como demonstram os exemplos elencados abaixo:

(i) a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais – ANBIMA – confere a seus associados o selo referente à adesão ao Código ANBIMA de regulação e melhores práticas;

(ii) a Associação Brasileira de Empresas de Pesquisa – ABEP – confere o Selo ABEP às empresas que, voluntariamente, se submetem à avaliação realizada por auditores da ABEP; e

(iii) a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – confere o selo *“OAB Recomenda”* às universidades que obtém melhor desempenho no ensino jurídico, as quais são avaliadas independentemente de adesão.

17. Retenha-se, ainda, que as comercializadoras não sofrerão qualquer tipo de penalidade em razão da não obtenção ou da perda de certificação, pois a ABRACEEL nem sequer possui poder de polícia, reservado às autoridades públicas.

18. Eventuais repercussões negativas às reputações das comercializadoras participantes tampouco poderão ser atribuídas à ABRACEEL, pois as empresas participantes terão conhecimento dos critérios para obter e manter a certificação de antemão e, caso queiram aderir ao programa, o farão livre e conscientemente.

19. Nesse sentido, uma vez que a adesão ao programa de certificação decorre da autonomia da vontade do agente comercializador¹, não se vislumbra margem para responsabilização civil da ABRACEEL por eventuais danos reputacionais causados às empresas avaliadas, tendo em vista que, ainda que os danos se configurem, estes decorrem de ato lícito, aceito pelas empresas e fundado em instrumento contratual de direito privado.

V. Autonomia para a escolha das Entidades Certificadoras

20. Superada a análise acerca da legalidade da realização de processo de certificação, cumpre ressaltar que, para a consecução do referido fim, não há restrição à escolha de rol limitado de entidades certificadoras, visto que a ABRACEEL está submetida a regime jurídico de direito privado e, portanto, goza de liberdade para celebrar contratos com aqueles que desejar.

21. Ademais, novamente por se tratar de processo de participação voluntária, caso as comercializadoras não concordem com a(s) entidade(s) certificadora(s) eleitas ou sugeridas pela ABRACEEL, basta que não adiram ao processo, não decorrendo daí qualquer prejuízo.

¹ O princípio da autonomia da vontade é previsto pelo artigo 421 do Código Civil, nos seguintes termos: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”

22. Por fim, em relação à previsão de que as comercializadoras avaliadas serão responsáveis por arcar com os custos do processo de certificação, a medida mostra-se também lícita e adequada.

23. Ora, tendo em conta que a certificação da comercializadora terá como beneficiária a própria comercializadora, a qual terá veiculado no mercado selo atestando a sua boa conduta, não faz sentido que a ABRACEEL, cuja receita é proveniente de contribuições de diversas comercializadoras, participantes ou não do processo de certificação, arque com os custos do procedimento.

VI. Conclusão

24. Pelo exposto, conclui-se que a realização de processo de certificação de agentes de comercialização pela ABRACEEL (i) é conveniente e compatível com as finalidades associativas previstas no Estatuto Social e no Código de Ética; (ii) não possui óbice normativo; (iii) pode ser executada por quaisquer entidades supervisoras eleitas pela Associação e (iv) deve ter os custos arcados pelas comercializadoras certificadas.

25. Permanecemos à disposição para quaisquer esclarecimentos adicionais.

Atenciosamente,


JULIANO SILVEIRA COELHO
OAB/DF 17.202