



53508 007746 2012 17:38

CT/OI/GPAS/2916/2012



Ao Exmo. Sr. João Batista Rezende
Presidente do Conselho Diretor
Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL

Assunto: Pedido de Anulação da Resolução n.º 590/2012 e do Ato n.º 2.716/2012
Referências: Processos n.º 53500.007133/2004 e n.º 53500.010580/2010
Consulta Pública n.º 50, de 20.12.2010
Data: 18.06.2012

TELEMAR NORTE LESTE S.A., Concessionária do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC na Região I do Plano Geral de Outorgas, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 33.000.118/0001-79 e **OI S.A.**, nova denominação social da **BRASIL TELECOM S.A.**, Concessionária do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC na Região II do Plano Geral de Outorgas (Procuração – Anexo I), inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 76.535.764/0001-43, ora denominadas conjuntamente apenas Oi e representadas por seus procuradores (Anexo 1 – Procuração), com base no art. 66¹ do Regimento Interno da Anatel, tempestivamente, apresentam

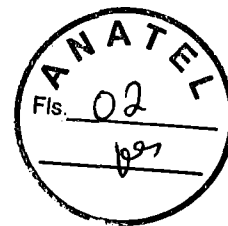
PEDIDO DE ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO
NORMATIVO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

em razão de vício identificado em itens da Resolução n.º 590, de 15.05.2012, que aprovou o novo Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD), bem como em face do Ato n.º 2.716, de 15.05.2012, que estabeleceu os valores de referência de EILD Padrão para Grupo detentor de PMS na oferta de EILD, pelos motivos que passa a expor.

* Todos os grifos neste documento são da Oi.

¹ Regimento Interno da Anatel - Título IV – Dos Procedimentos Administrativos - Capítulo VI – Dos Atos Administrativos - Seção VII – Da Anulação

"Art. 66. O procedimento de anulação de ato administrativo poderá ser iniciado de ofício, nos casos indicados no art. 55, ou mediante provocação de interessados."



FATOS E DIREITO

Sobre a nulidade de itens da Resolução n.º 590, que aprovou o Regulamento de EILD

1. O novo Regulamento de EILD definiu, no inciso I de seu artigo 19º, que a EILD Padrão, ofertada obrigatoriamente pelas Entidades Fornecedoras pertencentes a Grupo detentor de PMS, deve observar critério relativo à distância entre os endereços de origem e destino do centro de fios mais próximo, nos casos em que o fornecimento ocorrer por tecnologias que utilizem par metálico.

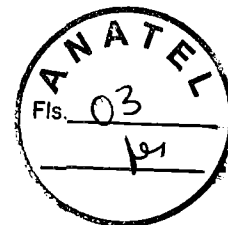
1.1. Antes de mais nada, necessário considerar que o fornecimento de EILD Padrão, de fato, é a própria disponibilização da infraestrutura disponível nas redes da entidade fornecedora. Entendimento diverso caracteriza, na prática, a criação de obrigações de investimento para a prestadora com PMS.

1.2. A forma que a Anatel caracterizou a EILD Padrão, estabelecendo o critério de distância geográfica de cinco quilômetros, pode levar a um erro indesejável, uma vez que não há qualquer contribuição ou justificativa técnica apresentada para tal alteração.

2. No curso do processo, ou seja, após a submissão da proposta do regulamento à Consulta Pública, o GT-EILD propôs a alteração do critério estabelecido no texto da Consulta Pública n.º 50 – de dois quilômetros para cinco quilômetros na distância entre os endereços de origem e destino da EILD e os respectivos centros de fios, conforme descrito a seguir.

Resolução n.º 590	Consulta Pública n.º 50
Art. 19. A Entidade Fornecedor pertencente a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD deve oferecer EILD Padrão nos seguintes casos: I - Quando os endereços de origem e destino informados pela Entidade Solicitante estiverem <u>a no máximo cinco quilômetros do centro de fios mais próximo</u> , nos casos em que o fornecimento ocorrer por tecnologias que utilizem par metálico;	Art. 19. A Entidade Fornecedor pertencente a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD deve oferecer EILD Padrão nos seguintes casos: (...) II - Quando os endereços de origem e destino da Entidade Solicitante estiverem <u>a no máximo 2 (dois) quilômetros do centro de fios mais próximo</u> , nos casos em que o fornecimento ocorrer por tecnologias que utilizem par metálico;

2.1. Apesar de existência de contribuições nesse sentido, ao texto apresentado na Consulta Pública, não foi apresentada pelos autores dessas contribuições (Embratel e Telcomp) ou pela própria Anatel, qualquer justificativa técnica consistente para a alteração realizada.



2.2. A própria Procuradoria Federal da Agência, em seu Parecer juntado aos autos, alertou para o fato de que as razões para essa alteração não se encontravam devidamente motivadas, ao que o GT-EILD respondeu, no âmbito do Informe n.º 1118/2011 de 05.10.2011 que "O GT-EILD optou pela alteração da distância dos endereços de origem e destino da Entidade Solicitante do centro de fios mais próximo de 2 para 5 km por entender que as tecnologias disponíveis para transmissão de dados em par metálico naquelas velocidades que caracterizam a EILD Padrão permitem maior alcance dos meios físicos utilizados, corroborando as contribuições apresentadas".

2.3. Entretanto, necessário ressaltar que não existe no mercado nenhuma tecnologia que permita a prestação do serviço em velocidades altas com grandes distâncias, fato este comprovado pela realidade das empresas que demonstra ocorrer exponencial atenuação do sinal em função da combinação "velocidade demandada x distância envolvida até a estação do solicitante", conforme demonstrado na tabela a seguir.

[REDACTED]	
64	4,8
128	4,5
256	3,0
512	2,5
768	2,0
1.024	2,0
1.536	1,8
2.048	1,8

2.4. O estabelecimento da distância entre endereços de origem e destino da EILD e respectivos centros de fios em patamares superiores ao verificado na prática se mostra inadequado e desarrazoado até mesmo quando a própria Agência, ao definir metas de qualidade para a banda larga fixa – aprovadas pela Resolução n.º 574, de 28.10.2011 –, deixa claro que, para a prestação de serviços com qualidade, especialmente em velocidades mais altas, deve ser realizado o encurtamento da rede de cobre, levando o centro de fios para mais perto dos clientes.

2.5. Ademais, a Agência deixou de avaliar que a Oi têm uma extensa malha de rede legada de cobre construída e utilizada para a prestação do STFC, único serviço prestado no regime público e, como tal, único serviço objeto de metas de universalização. Considerando sua capacidade ocupada e disponibilidade, que decorre de um planejamento técnico de recursos e facilidades para uso próprio, especialmente para garantir cumprimento das obrigações regulamentares que requerem necessariamente a manutenção de uma reserva técnica, dado um determinado horizonte de tempo, a definição deste novo critério (distância de cinco quilômetros) combinado com as obrigações de prazo de atendimento, implica diretamente na necessidade de realização de investimentos adicionais por parte da Concessionária que não serão suportados pela prestação do serviço em sua modalidade exploração industrial.



2.6. Faz sentido a obrigação regulatória de ofertar rede quando há disponibilidade na mesma, mas a regulamentação, de forma alguma, deve exigir que uma operadora construa rede tão somente para atender à demanda de outra operadora². Este não é o espírito da Norma e objetivo percorrido pela Agência.

2.7. Frise-se, ainda, que o fornecimento de EILD é prestado em regime privado, não existindo obrigações de universalização ou de expansão das redes.

3. Finalmente, resta considerar que o novo regulamento estabeleceu condições comerciais inéditas e em níveis não praticáveis e totalmente dissonantes dos contratos firmados entre empresas privadas, como é o caso dos contratos de EILD, tais como o ressarcimento em triplo no caso de interrupções (§ 4º do art. 6º), estabelecimento de compensações por lucro cessante (art. 27 § 3º, inciso I) e da multa por cancelamento igual a 10 vezes o valor da parcela de instalação (art. 30 § 3º, inciso II).

3.1. O estabelecimento de créditos por interrupção a serem concedidos à entidade solicitante em valor correspondente a três vezes aquele cobrado pela disponibilização da EILD no mesmo período, sequer está previsto no Código de Defesa do Consumidor, que estabelece regra de devolução em dobro somente em caso de cobrança e pagamento indevido, regra esta seguida tanto pelo Regulamento do STFC (Resolução n. 426), quanto no do SMP (Resolução n. 477).

3.2. Tais determinações impostas pela Agência se apresentam como verdadeiras cláusulas penais contratuais que superam, de forma exagerada, o próprio valor da obrigação principal. Ademais, o estabelecimento de tais cláusulas deveria ser objeto de negociação e estabelecimento pelas partes, uma vez que elas possuem caráter eminentemente econômico e contratual.

3.3. Ao incluir tais obrigações excessivas, inéditas e não praticadas no mercado, ao invés de promover a diminuição de barreiras à entrada de novos prestadores de serviço, evitar onerosidade excessiva, ou até mesmo, recusa da prestação do serviço, que são de fato os objetivos esperados pela regulação, a Agência acaba por ferir a própria LGT, no que diz respeito ao princípio de intervenção mínima no domínio privado estabelecida no seu art. 128.

2 Esse racional está em perfeita sintonia com a Exposição de Motivos que objetivou, claramente, evitar a duplicidade de construção de infraestrutura de redes e não onerar uma empresa para financiamento da rede e do serviço de outra.

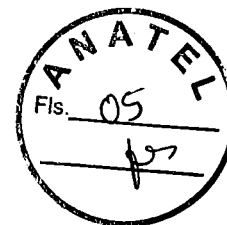
"atendimento: os operadores devem continuar expandindo sua rede de maneira a prestar serviço, dentro de prazos razoáveis, a quem os requisitar e estiver disposto a pagar tarifas comerciais que cubram os custos de capital e operacionais"

A Exposição de Motivos (página 24) ainda previu como regra básica a possibilidade de acesso dos concorrentes às redes abertas em condições adequadas. Acesso a uma rede já existente e com capacidade.

"(...) A interconexão livre, e a possibilidade dos novos operadores adquirirem, dos antigos operadores dominantes, acesso a suas redes nos pontos em que realmente tiverem necessidade, reduzirão os investimentos em infra-estruturas duplicadas (...)"

Salienta-se que para fins de acesso a redes por interconexão, a Exposição de Motivos também previu como regra básica a possibilidade de acesso dos concorrentes em termos de capacidade de rede.

"O provimento da interconexão das redes será realizado em termos não discriminatórios e de modo a não onerar desnecessariamente o solicitante. As condições serão objeto de livre negociação entre os interessados, observadas as regras que a Agência fixar. Isso significa que os operadores deverão prover, a seus clientes (em termos de capacidade de rede), acesso exatamente às partes da rede que eles desejarem, de forma a reduzir ao mínimo as necessidades de construção de infra-estruturas paralelas."



**Sobre a nulidade do Ato n.º 2.716,
que aprovou os valores de referência de EILD**

4. Em 21.05.2012 foram publicados no Diário Oficial da União os Valores de Referência de EILD Padrão para Grupo detentor de PMS na oferta de EILD, discriminados no Ato n.º 2.716. Entretanto, após obter cópias e vistas dos autos, foi possível tomar conhecimento da metodologia adotada pela Agência, tendo a Oi identificado inconsistências nos cálculos que prejudicam o resultado final obtido pela Agência para determinação dos valores de referência.

5. Para a obtenção dos valores de referência, no ano de 2010, a Anatel requisitou das prestadoras detentoras de PMS, incluindo a Oi, informações sobre seus contratos de EILD. Tais informações totalizaram dados de 97.416 contratos, sendo 56.795 específicos da Oi. Esses contratos foram divididos em duas categorias: contratos celebrados entre empresas do mesmo Grupo - "Intra Grupo" e contratos celebrados entre empresas de Grupos diferentes - "Fora do Grupo".

5.1. Conforme extraído das análises realizadas pela Agência, especialmente aquelas constantes do Informe n.º 1.019/2011, a maioria das prestadoras informou os valores praticados nos contratos de EILD em valores brutos, enquanto a Embratel informou os preços líquidos.

5.2. A fim de equalizar a situação apresentada por cada uma das empresas, a Anatel transformou os preços líquidos dos contratos da Embratel em brutos, aplicando um incremento de 40,15%, que considera uma alíquota de ICMS de 25% e a incidência de PIS e COFINS de 3,65%.

5.3. Entretanto, este procedimento está incorreto, pois não retrata a realidade para as empresas inseridas no Anexo do Convênio ICMS n. 126, de 11.12.1998, com a redação dado pelos Convênios ICMS n. 117, de 26.09.2008, n. 152, de 05.12.2008, e n. 128, de 24.09.2010, todos do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), as quais não se aplica o ICMS sobre os valores de EILD.

5.4. Tal procedimento foi, inclusive, objeto de considerações dessa Agência, em Memorando encaminhado pela Conselheira Emília Ribeiro à área técnica da Anatel (Mem. 399/2012) que, em seu item 1.2 alerta para o fato de que deveria ser verificado se os valores brutos efetivamente compreendiam a incidência do ICMS. Mesmo diante deste alerta, o Convênio ICMS n.º 126 não foi observado.

6. Após o ajuste realizado para os valores apresentados pela Embratel, a Anatel elaborou duas tabelas utilizando os preços médios brutos praticados, uma para as empresas do mesmo Grupo (Intra Grupo) e outra para empresas de Grupos diferentes (Fora do Grupo).

6.1. Assim como fez com os preços dos contratos da Embratel, a Anatel aplicou um incremento de 40,15% nos valores da Tabela de Referência até então vigente, que foi publicado segundo o Ato 50.065, de 28.04.2005, sem considerar, também nesta oportunidade, o Convênio ICMS n.º 126.



6.2. A partir das tabelas obtidas, uma com os preços médios Intra Grupo, a segunda com os preços médios Fora do Grupo e, finalmente a Tabela de Referência até então vigente, ressaltou-se, todas obtidas com valores brutos incorretos, a Anatel gerou uma nova tabela de valores de referência resultante da seleção dos valores mínimos entre as referidas tabelas.

6.3. Ao verificar que a tabela obtida apresentava alguns preços médios não estritamente crescentes em relação ao degrau ou à taxa de transmissão, a Anatel ajustou os dados utilizando funções logarítmicas para a dimensão degrau e funções exponenciais para a dimensão velocidade. Após tais ajustes, os novos valores foram limitados pelos valores constantes na Tabela de Referência vigente.

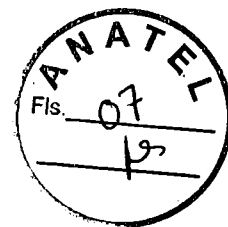
7. Neste contexto, com o objetivo de demonstrar que a aplicação da alíquota de 25% de ICMS indiscriminadamente ocasiona uma distorção relevante nos valores finais da nova Tabela de Referência de EILD Padrão, a Oi identificou os itens cujos valores médios foram baseados nos contratos apresentados pela Oi e que, pela metodologia aplicada pela Anatel, seriam os valores mínimos quando comparadas as demais tabelas, todas com valores brutos³.

7.1. Para transformar os preços selecionados em valores líquidos de impostos, deve-se considerar se a empresa contratante da EILD é isenta do ICMS, conforme Convênio ICMS nº 126.

7.2. Se for isenta, somente é aplicável a alíquota de PIS e COFINS de 3,65%. Caso contrário, aplica-se, além do PIS e COFINS, o ICMS conforme a alíquota da Unidade da Federação (e.g. MG: 25%, PE: 28% e MT: 30%). Como a Anatel adotou um ICMS de 25% para todos os casos, a tabela a seguir mostra as diferenças entre os valores líquidos:

Velocidade	D4	D5	D8
384 Kb			
Preço Médio com Impostos (BRUTO)		R\$ 2.544,65	
Preço Médio sem Impostos (LÍQUIDO)			
Metodologia adotada pela Anatel		R\$ 1.815,61	
Valor correto		R\$ 2.451,77	
Diferença (%)		35,0%	
768 Kb			
Preço Médio com Impostos (BRUTO)	R\$ 3.321,68		R\$ 3.116,41
Preço Médio sem Impostos (LÍQUIDO)			
Metodologia adotada pela Anatel	R\$ 2.370,02		R\$ 2.223,56
Valor correto	R\$ 2.982,97		R\$ 3.002,66
Diferença (%)	25,9%		35,0%

³ Observando a página 10 do Informe 349/2012, destacamos os preços para a velocidade de 768 Kbps, nos degraus D4 (R\$ 3.321,68) e D8 (R\$ 3.116,41) e a velocidade de 384 Kbps no degrau D5 (R\$ 2.544,65). Tais preços são os mínimos, o que pode ser confirmado na página 7 do Informe 1019/2011.



7.3. Considerando somente os preços acima exemplificados, verifica-se uma perda de quase 26% para a velocidade de 768 Kbps no degrau D4 e de 35% para velocidades de 384 e 768 Kbps, para os degraus D5 e D8, respectivamente.

8. Pelo racional aqui exposto, a Oi entende que, para corrigir efeito de não ter sido considerado o Convênio ICMS nº 126 sobre a formação do preço final da EILD, assim como a aplicação indevida e irreal de uma mesma alíquota de ICMS, quando existem valores distintos para cada Unidade da Federação, a Anatel deve efetuar seus cálculos considerando exclusivamente os valores líquidos de tributos.

9. Ademais, não obstante os vícios materiais acima descritos, deve ser considerado que o Ato n.º 2.716 padece de vícios procedimentais que comprometem a sua validade, pois seu conteúdo não foi submetido previamente ao procedimento de Consulta Pública ferindo expressamente as regras do devido processo legal.

9.1. A participação dos particulares na atuação administrativa em audiências e consultas públicas possibilita que as decisões exaradas pelo órgão regulador estejam conforme as especificidades do caso, o que concretiza os princípios da publicidade e da eficiência e evita a existência de erros materiais, como a aqui relatada.

9.2. Ao suprimir a etapa de Consulta Pública, a Anatel impediu que um tema de grande repercussão no setor fosse debatido e, por conseguinte, que os regulados exercessem seu direito de ampla defesa e contraditório, questionando ou ratificando o mérito da decisão.

9.3. Nesse sentido, caso o procedimento tivesse sido submetido à contribuição pública, os dados utilizados pela Anatel não teriam sido analisados de forma incorreta, eis que não foram prestadas com o devido detalhamento necessário, uma vez que haveria a oportunidade de as empresas apresentarem contribuições que certamente, levaria à realização de ajustes.

10. Por todo o exposto, resta claro, portanto, que o Ato n.º 2.716 está eivado de vícios formais, decorrentes de erros fáticos e procedimentais que afastaram e prejudicam o resultado de fato esperado por essa Agência, devendo esta proceder à sua consequente suspensão e, conseqüentemente, revisão.

CONCLUSÃO E PEDIDOS

11. Por todo o exposto, resta claro, portanto, que os atos normativos objeto da presente manifestação estão eivados de vícios formais, decorrentes de erros fáticos e procedimentais que prejudicam o resultado de fato esperado por essa Agência, devendo esta proceder à sua consequente suspensão e, conseqüentemente, revisão.



12. No que diz respeito ao Novo Regulamento de EILD, aprovado pela Resolução n. 590, especialmente seu inciso I de seu artigo 19, trouxe alteração realizada após a submissão à Consulta Pública e sem a apresentação de qualquer estudo ou justificativa técnica que subsidiasse tal alteração e, ainda, em total descompasso com a realidade prática das empresas concessionárias.

13. A definição deste novo critério (distância de cinco quilômetros), combinado com as obrigações de prazo de atendimento, implica diretamente na necessidade de realização de investimentos adicionais por parte da Concessionária, não sendo esta a caracterização adequada para o fornecimento da EILD Padrão.

14. Quanto à determinação de novos Valores de Referência de EILD Padrão para Grupo detentor de PMS na oferta de EILD, discriminados no Ato n.º 2.716, existem inconsistências nos cálculos que prejudicam o resultado final obtido pela Agência para determinação dos valores de referência, uma vez que não retrata a realidade para as empresas inseridas no Anexo do Convênio ICMS n. 126, de 11.12.1998 (CONFAZ), as quais não se aplica o ICMS sobre os valores de EILD.

15. No que diz respeito à necessidade de concessão de efeito suspensivo, é importante esclarecer que, caso as obrigações constantes na Resolução não sejam imediatamente suspensas e revistas, importarão em despesas para a Concessionária, além de afetarem diretamente os contratos já estabelecidos com diversas outras empresas, para o provimento de EILD.

16. Ademais, ao fixar os valores de referência para EILD Padrão na oferta por Grupos detentores de PMS, com preços aproximadamente 17% (dezessete por cento) menores do que os preços que vigoravam desde 2005, o Ato n.º 2.716 trará impacto para todo o setor de telecomunicações, o que torna ainda mais inadmissível sua aprovação sem prévia manifestação dos interessados, que serão diretamente afetados por tal medida.

17. Diante do exposto, a Oi requer a concessão do Efeito Suspensivo, bem como o recebimento do presente Pedido de Anulação, com a conseqüente revisão parcial da Resolução n.º 590 de 18.05.2012 que aprovou o novo Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD), bem como do Ato n.º 2.716, de 15.05.2012, que estabeleceu os valores de referência de EILD Padrão para Grupo detentor de PMS na oferta de EILD.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Simone Vieira Cupello
Gerência de Processos ANATEL

Janaína Diniz da Gama
Gerente de Processos ANATEL

