

	<h1>VOTO</h1>	NÚMERO E ORIGEM:
		33/2012-GCRZ
		DATA:
		03/05/2012

1. ASSUNTO

Proposta de revisão do Regulamento sobre Exploração Industrial de Linha Dedicada – EILD e de Ato que estabelece Valores de Referência de EILD para Grupos Detentores de Poder de Mercado Significativo – PMS na oferta de EILD.

2. REFERÊNCIAS

- 2.1. Análise nº 341/2012-GCER, de 23 de abril de 2012;
- 2.2. Consulta Pública nº 50, de 20 de dezembro de 2010;
- 2.3. Minutas de Resolução, de Regulamento e de Ato; e
- 2.4. Processo nº 53500.007133/2004.

3. RELATÓRIO

3.1. DOS FATOS

- 3.1.1. Trata-se de Proposta de revisão do Regulamento sobre Exploração Industrial de Linha Dedicada – EILD e de Ato que estabelece Valores de Referência de EILD para Grupos Detentores de Poder de Mercado Significativo – PMS na oferta de EILD, depois de submetida ao procedimento de Consulta Pública.
- 3.1.2. A Superintendência de Serviços Privados, por meio do Informe nº 603/2011-PVSTR/PVCPR/PVST/PVCP/SPV, de 21/06/2011, elaborado pelo grupo de trabalho constituído pela Portaria nº 218, de 05/03/2010, do Presidente da Anatel, analisou as contribuições apresentadas na Consulta Pública nº 50 e apresentou nova minuta de Regulamento, a qual foi encaminhada à Procuradoria Federal Especializada e, posteriormente, a este Conselho Diretor por meio da Matéria para Apreciação do Conselho Diretor – MACD nº 1.014/2011-PVSTR/PVCPR/PVST/PVCP/SPV, de 05/10/2011.
- 3.1.3. A Conselheira Relatora da matéria, Emília Maria Silva Ribeiro Curi, analisou a proposta por meio da Análise 341/2012-GCER, de 23/04/2012, na qual propôs alguns ajustes ao texto apresentado pela SPV.

3.2. DO VOTO

- 3.2.1. Entendo que a proposta encaminhada pela área técnica e aperfeiçoada pela Relatora endereçam de forma adequada a maioria dos temas elencados nos Informes e na Análise da Relatora, contudo entendo necessário o aprofundamento de alguns pontos específicos da minuta de Regulamento, visando, em alguns casos, a melhor compreensão do texto, e em outros, o aperfeiçoamento da proposta. Desta forma passo, de imediato, a tratar destes pontos específicos.

Dos preços relacionados à oferta de EILD por um mesmo grupo detentor de PMS

- 3.2.2. A proposta apresentada pela Relatora para este tema, materializada no art. 14 e respectivo parágrafo único, está baseada na versão submetida à Consulta Pública com um pequeno ajuste

redacional, para tentar assegurar que todas as empresas pertencentes a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD em uma determinada região do PGO praticassem os mesmos valores.

- 3.2.3. Entendo, contudo, que a redação original da Consulta Pública assegura com maior clareza que a oferta de EILD de todas as prestadoras do Grupo com PMS possua um único valor dentro da respectiva região do PGO. Desta forma proponho apenas o retorno à versão submetida à Consulta Pública, conforme exposto abaixo:

Art. 14. Os valores de EILD Padrão ofertada por Entidades Fornecedoras pertencentes a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD são estabelecidos pelas Entidades Fornecedoras, observado o disposto neste Regulamento.

Parágrafo único. Os valores referidos no caput serão iguais dentro de uma mesma Região do PGO do STFC e para todas as Entidades Fornecedoras pertencentes a um mesmo Grupo detentor de PMS na oferta de EILD em determinada Região do PGO do STFC.

Da celebração dos contratos

- 3.2.4. Arts. 26 e 29 da proposta encaminhada pela Relatora estabelecem, respectivamente, os prazos e condições para a celebração dos contratos para fornecimento de EILD Padrão e Especial.
- 3.2.5. Contudo, reconheço que em algumas circunstâncias mencionadas na Consulta Pública, a formalização da contratação pode se dar por meio da celebração de aditivos contratuais ou mediante simples adesão a um contrato pré-existente.
- 3.2.6. Para endereçar essas situações, proponho a inclusão de um novo § 6º nesses artigos para equiparar ao contrato outros instrumentos de formalização da contratação da EILD.

§ 6º Aditivos contratuais e outros instrumentos que formalizem a contratação da EILD se equiparam ao contrato mencionado neste artigo.

Das Justificativas para prorrogação de prazo para provimento de EILD Especial

- 3.2.7. Em relação aos dispositivos da minuta de Regulamento que tratam do prazo para início de provimento da EILD Especial, **proponho uma alteração formal no texto do art. 30§ 1º, inciso III, proposto pela Relatora, de modo a dar maior clareza e objetividade ao excludente de responsabilidade nele previsto:**

Art. 30.

§ 1º Será Admitida prorrogação do prazo previsto neste artigo em quaisquer das seguintes condições:

.....

III – se a Entidade Fornecedor demonstrar que o atraso é decorrente de culpa exclusiva de terceiros.

Das condições de oferta de EILD Especial

- 3.2.8. As condições para a oferta de EILD especial por Entidade Fornecedor pertencente a Grupo detentor de PMS são estabelecidas, tanto na minuta de Regulamento em análise quanto na submetida à consulta pública, pelo art. 20, o qual tem por objetivo caracterizar de modo claro e efetivo as situações em que a oferta comercial de EILD Padrão seja inviável, especialmente do ponto de vista econômico, conforme se infere da redação do caput do referido artigo da versão submetida à consulta pública e do caput do art. 20 proposto pela Relatora, c/c com art. 19, bem como o § 3º, incisos III e IV, e § 4º do mesmo artigo.
- 3.2.9. Além disso, destaca-se que, conforme disposto no § 5º do art. 20 proposto pela Relatora, caberá à Anatel avaliar a necessidade de realização de projeto de EILD especial, avaliação esta, que

necessariamente será balizada pelas informações constantes da proposta de EILD Especial apresentada por Entidade Fornecedora pertencente a Grupo detentor de PMS.

- 3.2.10. Sendo assim, julgo oportuno recuperar as disposições contidas no § 5º do art. 20 submetido à consulta pública de modo a possibilitar a efetiva atuação da Anatel no caso de necessidade de avaliação da proposta de EILD Especial, bem como a correta avaliação da Entidade Solicitante sobre a possibilidade ou não se solicitar a arbitragem da Agência, **de modo que proponho que o § 1º do art. 20 passe a ter a seguinte redação:**

Art. 20. A Entidade Fornecedora pertencente a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD somente poderá oferecer EILD Especial nos casos não previstos no art. 19.

*§ 1º A caracterização da EILD como Especial deve ser informada à Entidade Solicitante em até quinze dias corridos contados da data de recebimento da solicitação, **justificando seu não enquadramento nos casos previstos no art. 19 mediante a comprovação da necessidade de investimentos e respectivo cronograma para implantação da rede, por meio do fornecimento de informações sobre sua rede, tais como croquis, plantas e outros documentos hábeis para tanto.***

.....

Cobrança por desistência de celebração do contrato

- 3.2.11. A Relatora propôs a inclusão de dispositivo ao final dos § 5º do Art. 26 e § 5º do Art. 29 com o objetivo de determinar que a Entidade Solicitante deveria ressarcir a Entidade Fornecedora pelos custos incorridos, nos casos de desistência de celebração do contrato para fornecimento de EILD no prazo de 15 dias contados a partir da formalização do pedido, nos casos de EILD Padrão, e a partir do aceite da proposta, nos casos de EILD Especial.
- 3.2.12. Reconheço nesta proposta da Relatora a preocupação de se evitar que solicitações de EILD não efetivas consumissem recursos da Entidade Fornecedora para a elaboração de propostas, sem que houvesse realmente a intenção de contratação, podendo gerar custos não recuperáveis a partir da desistência da Entidade Solicitante.
- 3.2.13. Contudo, entendo que tal proposta é desnecessária, uma vez que no caso da EILD Padrão a oferta não demanda a elaboração de nenhum projeto específico que pudesse consumir recursos significativos da Entidade Fornecedora. Nesses casos, trata-se de uma oferta padrão em condições previamente estabelecidas e, portanto, não há que se falar em ressarcimento em caso de desistência do pedido, já que os custos operacionais para a implantação da EILD só existirão a partir da celebração do contrato.
- 3.2.14. No caso de EILD Especial, poderia se imaginar que a elaboração do projeto consumiria recursos significativos que deveriam ser ressarcidos em caso de desistência do Pedido. Contudo, não é de se imaginar que a Entidade Solicitante, após a análise e o aceite da proposta da Entidade Fornecedora, venha a desistir da contratação. E mesmo neste caso, não seria razoável que a Entidade Solicitante, tendo identificado ofertas melhores no mercado, não pudesse desistir, antes da assinatura do contrato, sem ter que ser penalizada por isto.
- 3.2.15. Nesses casos, trata-se de uma oferta comercial, na qual o ofertante deve assumir os riscos de mercado e conseqüentemente os custos inerentes à elaboração de sua proposta.
- 3.2.16. Dessa forma, em ambos os casos, não parece razoável, onerar a Entidade Solicitante com este ressarcimento somente com a presunção de que a mesma estaria agindo de má fé ao formalizar pedidos de EILDs que eventualmente não venham a ser efetivados.
- 3.2.17. Vale ainda ressaltar, que nos casos de desistência da Entidade Solicitante após a celebração dos contratos, já poderão ser aplicadas multas rescisórias que indenizem eventuais custos já incorridos pela Entidade Fornecedora.

3.2.18. Sendo assim, com intuito de dar maior flexibilidade para a Entidade Solicitante na contratação de EILD, proponho o retorno à redação dos §5º dos artigos 26 e 29 submetida a Consulta Pública e constante da proposta encaminhada pelo GT-EILD.

§5º O descumprimento do prazo previsto neste artigo pela Entidade Solicitante implica desistência da solicitação.

Da concessão de descontos por descumprimento de obrigações contratuais

3.2.19. A minuta de Regulamento proposta pela Relatora prevê a concessão de crédito ou de desconto sobre o valor mensal da EILD por descumprimento de obrigações contratuais em três artigos:

- i. No art. 6º, para os casos: (a) de interrupções não originadas pela Entidade Solicitante; (b) de não atingimento dos níveis de qualidade contratuais e regulamentares; e (c) de não observância do prazo de comunicação prévia de modificação técnica da EILD estipulado no art. 9º da minuta;
- ii. No art. nº 27, para a hipótese de atraso no prazo de início do provimento da EILD Padrão; e
- iii. No art. nº 30, para o descumprimento do prazo de início do provimento da EILD Especial.

3.2.20. Entretanto, verifico a conveniência e oportunidade de adoção de um único peso para a definição dos descontos, destacando-se a adoção do art. 27 como referência, dada a importância de utilização de critério que desestimule o descumprimento contratual, bem como a necessidade de se complementar a redação do art. 6º de modo a prever a metodologia de cálculo do desconto a ser concedido para todas as hipóteses nele elencadas.

3.2.21. Sobre este ponto, destaco ainda a contribuições nº 39 e 240 colacionadas baixo, as quais apresentam importantes considerações de mérito:

Contribuição N° 39 - (ID: 49952)

Contribuidor: Nextel Telecomunicações Ltda.

Empresa: Nextel

Data da Contribuição: 18/03/2011

Contribuição: Art. 6º - Proposta de nova redação nos parágrafos 1º à 3º e inclusão do 5º.

Alterar para:

§1º. Ficam excluídos os créditos nas interrupções em que forem caracterizadas situações de caso fortuito ou força maior, devidamente justificado e comprovado, sendo que o ônus da prova cabe à Entidade Fornecedora.

§2º. Para efeito de concessão de créditos, o período inicial a ser considerado é de 15 (quinze) minutos consecutivos, adotando-se, como início da contagem do tempo, o horário de ocorrência do fato que proporciona à Entidade Solicitante o direito de receber o crédito.

§3º. O valor do crédito a ser concedido à Entidade Solicitante é obtido da seguinte forma:

VC = n/720 x VM sendo,

VC = Valor do Crédito;

VM = Valor mensal da Linha Dedicada, conforme praticado pela Entidade Fornecedora;

n = quantidade de períodos de 15 (quinze) minutos.

Incluir:

§5º. Caso a quantidade de períodos de 15 (quinze) minutos, previsto no 3º (terceiro) parágrafo, seja superior a 8 (oito), dentro do período de 60 (sessenta) dias, de forma contínua ou não, sem prejuízo do crédito previsto, a Entidade Solicitante pode rescindir o

contrato com a Entidade Fornecedora, de forma unilateral e com a isenção total de multas e demais penalidades referentes à rescisão contratual.

Justificativa: *Atualmente a caracterização de caso fortuito ou força maior se dá por mera alegação da Entidade Fornecedora, sendo inviável para a Entidade Solicitante a comprovação de tal alegação, ou seja, absolutamente todas as interrupções são justificáveis como caso fortuito ou força maior.*

Importante ressaltar que mesmo nos casos de interrupção do serviço por caso fortuito ou força maior, cabe à Entidade Fornecedora o restabelecimento do sinal, logo, é viável que essa mesma Entidade colha provas a fim de comprovar sua alegação. Inviável seria a tomadora do serviço, ou seja, a Entidade Solicitante, enviar equipe ao local físico da ocorrência, com a finalidade única e exclusiva de conformar o alegado pela Entidade Fornecedora.

A nova redação proposta para o parágrafo 1º fará com que uma interrupção inevitável e oriunda de caso fortuito ou força maior, seja assim configurada só, e somente só, se for esse seu real motivo.

A nova redação proposta para o parágrafo 2º reduz o tempo de início da contabilização da interrupção, de 30 para 15 minutos, sendo que tal redação virá a regulamentar o que já se pratica no mercado, pois os contratos celebram que a interrupção do sinal pelo período ininterrupto de 15 minutos já consiste em situação relevante e considerada para fins de concessão de crédito.

Ademais as operações ininterruptas das linhas visam garantir a qualidade da EILD e o próprio bem estar da população, usuária última das aplicações das EILDs pois é cada vez mais relevante que os serviços sejam prestados sem interrupção.

Assim, tolerar períodos cada vez menores de interrupção decorre da absorção de novas tecnologias, da dependência de sistemas e serviços cada vez mais integrados, que operam em real time, e do próprio avanço da sociedade, que considerada cada vez mais as questões referentes ao tempo para o funcionamento de suas instituições e facilidades.

E nunca é demais ressaltar que os circuitos de EILD são insumos indispensáveis para a efetivação do serviço prestado pela Entidade Solicitante e, tamanha importância, faz necessárias medidas que impeçam a interrupção do serviço pela Entidade Fornecedora.

O simples desconto do valor proporcional ao tempo em que o serviço não foi prestado não impõe penalidade para a Entidade Fornecedora que não presta um bom serviço, pois a perda dessa receita não é coerciva o bastante para motivar investimentos que garantam o fornecimento de um serviço de boa qualidade e sem interrupções.

O texto proposto para a inclusão do 5º parágrafo visa assegurar um bom serviço, sem deixar de manter a previsão legal de que a queda dos níveis de qualidade ou interrupção ocorrida por motivos justos ou de força maior, não implicará em penalidade para a Entidade Fornecedora.

Assim para garantir o funcionamento do serviço de EILD, propõe-se um texto mais rigoroso para com a Entidade Fornecedora, com a finalidade que o texto normativo cumpra com seu papel de regular a boa qualidade do serviço. (grifou-se)

Contribuição Nº 240 - (ID: 50423)

Contribuidor: TIM CELULAR S.A.

Empresa: TIM Celular S.A.

Data da Contribuição: 18/03/2011

Contribuição: § 7º: *Havendo a reincidência de falha em um período superior a 02 (dois) meses consecutivos, é garantida à Entidade Solicitante uma isenção da multa por cancelamento da mesma.*

Justificativa: *É imprescindível que, para uma determinada Linha Dedicada, o pagamento seja suspenso até que a Entidade Fornecedora corrija o serviço ou providencie melhorias na rede e que a mesma evite a reincidência da falha, ficando a critério da Entidade Solicitante, a partir do 2º (segundo) mês reincidente, cancelar a contratação do circuito, sem qualquer tipo de ônus pelo cancelamento antecipado.*

Após a verificação de um serviço de má qualidade e com reincidência de falhas, a Entidade Fornecedora deve ter o direito de cancelar o serviço sem ônus e a Entidade Fornecedora deve arcar com as penalidades cabíveis em caso de serviços prestados com baixa qualidade. (grifou-se)

Observação: Este item deve vir após o item "Art. 6º."

3.2.22. Deste modo, sugiro que os arts. 6º e 30 passem a ter a seguinte redação:

Art. 6º.....

§ 1º Ficam excluídos os créditos nas **situações em que for caracterizado caso fortuito ou força maior**, devidamente justificado.

.....

§ 3º *O valor do crédito a ser concedido à Entidade Solicitante é obtido da seguinte forma:*

$$VC = 3 \times \frac{n}{1440} \times VM, \text{ sendo:}$$

VC = Valor do Crédito;

VM = Valor mensal devido pela Linha Dedicada, conforme praticado pela Entidade Fornecedora;

n = quantidade de intervalos de trinta minutos de interrupções ou de períodos em que o nível de qualidade não atingir as especificações previstas nas disposições contratuais e regulamentares, ocorridos no mês.

§4º O valor do crédito a ser concedido à Entidade Solicitante por não observância do prazo definido no art. 9º, conforme previsto no inciso III do caput, é igual a um terço do valor mensal da Linha Dedicada.

§ 5º *O prazo para efetivação dos créditos não pode ultrapassar 60 (sessenta) dias corridos contados do término do mês da ocorrência.*

.....

Art. 30.....

§ 2º *Salvo as condições estabelecidas no § 1º, o descumprimento do prazo previsto neste artigo pela Entidade Fornecedora confere a Entidade Solicitante o direito a desconto correspondente **ao triplo** do valor mensal pro rata die ao período de atraso, sem prejuízo da aplicação das sanções administrativas cabíveis.*

.....

Da resolução de conflitos que envolvam EILD

- 3.2.23. Em relação aos instrumentos de resolução de conflitos propostos pela Relatora, gostaria, apenas, de fazer pequenos ajustes de texto de modo a deixar claro que os mesmos se aplicam tanto as ofertas de EILD Padrão como às de EILD Especial e para evitar a necessidade de atos distintos para a intimação das partes e definição da data da audiência de instrução.
- 3.2.24. Com isso, proponho a seguinte redação para os art. 36:

*Art. 36 Os processos de Resolução de Conflitos entre Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, **envolvendo oferta de EILD por Entidade Fornecedora pertencente a Grupo detentor de PMS**, regem-se pelo disposto neste artigo, sem prejuízo do disposto no art. 31.*

§ 1º A autoridade julgadora de primeira instância intimará as partes envolvidas designando a realização de audiência de instrução em data compreendida entre trinta e quarenta dias após a intimação.

.....

Dos valores de referência da oferta de EILD Padrão

- 3.2.25. No que se refere aos novos valores de referência de EILD Padrão a serem praticados por Entidades Fornecedoras pertencentes a Grupo detentor de PMS, a Análise da relatora conclui por propor a expedição de Ato, consoante proposta da SPV, contida no Informe nº 1.019/2011-PVSTR/PVCPR/PVST/PVCP/SPV, de 05/10/2011. Ocorre que tal proposta visa essencialmente a atualização dos valores de referência vigentes, que se restringem a velocidades constantes de tabela originalmente elaborada em 2005, limitados ao máximo de 2 Mbps.
- 3.2.26. É inegável que nos últimos anos, com o advento da massificação do acesso à Internet e a ampla disseminação de redes baseadas no protocolo IP, a demanda por enlaces de mais alta capacidade cresceu, e continua crescendo. A título de exemplo, a capacidade de *backhaul* necessária para uma Estação Radio-Base (ERB) do Serviço Móvel Pessoal (SMP), cresceu significativamente, à medida que a tecnologia evoluiu da segunda geração (2G) para a terceira geração (3G), e crescerá ainda mais com o breve advento da quarta geração (4G) do SMP. Paralelamente, nesse mesmo período tem se observado uma maior disseminação de redes ópticas, que permitem que sejam atingidas velocidades mais altas nesses enlaces.
- 3.2.27. Nesse sentido, considero importante que sejam realizados estudos para que se avalie a conveniência e oportunidade de se definir preços de referência para velocidades mais altas que as atualmente definidas no Ato vigente, inclusive com a possibilidade de especificação de tecnologias de meio físico (metálico ou óptico) que permitam que sejam atingidas essas novas faixas de velocidade na oferta de EILD Padrão por Entidades Fornecedoras pertencentes a Grupo detentor de PMS.
- 3.2.28. **Assim, proponho:**
- i. Aprovar o Ato que estabelece Valores de Referência de EILD, conforme minuta anexa à Análise da Conselheira Relatora;
 - ii. Determinar que a SPV, no prazo de 90 (noventa) dias, realize estudo visando à atualização das velocidades constantes da tabela de valores de referência de EILD Padrão a ser praticada por Entidades Fornecedoras pertencentes a Grupo detentor de PMS, na forma do Anexo II do REGULAMENTO DE EXPLORAÇÃO INDUSTRIAL DE LINHA DEDICADA, considerando, inclusive, a possibilidade de diferenciação tecnológica nos meios físicos de transmissão.

4. CONCLUSÃO

Pelo exposto acima voto por:

- a) Aprovar a minuta de Regulamento sobre Exploração Industrial de Linha Dedicada – EILD e de Ato que estabelece Valores de Referência de EILD para Grupos Detentores de Poder de Mercado Significativo – PMS na oferta de EILD, na forma apresentada pela Relatora, com as alterações sugeridas neste voto; e
- b) Determinar que a Superintendência de Serviços Privados - SPV, no prazo de 90 (noventa) dias, realize estudo visando à atualização das velocidades constantes da tabela de valores de referência de EILD Padrão a ser praticada por Entidades Fornecedoras pertencentes a Grupo detentor de PMS, na forma do Anexo II do REGULAMENTO DE EXPLORAÇÃO INDUSTRIAL DE LINHA DEDICADA, considerando, inclusive, a possibilidade de diferenciação tecnológica nos meios físicos de transmissão.

ASSINATURA DO CONSELHEIRO

RODRIGO ZERBONE LOUREIRO