

# A OBRIGATORIEDADE DE CONEXÃO ÀS REDES PÚBLICAS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO E A REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS

*Ivo César Barreto de Carvalho\**

*Álison José Maia Melo\*\**

1 Introdução. 2 O Artigo 45 da Lei Federal Nº 11.445/07. 3 A Obrigatoriedade de Conexão. 4 O Serviço Público Obrigatório. 5 Taxas. 6 Preço Público. 7 A Remuneração dos Serviços Previstos no Art. 45 da Lei Nº 11.445/07. 8 Soluções Alternativas de Interpretação. 9 Conclusões. Referências.

## RESUMO

O presente artigo examina a questão relativa à obrigatoriedade, ou não, da conexão às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e da remuneração decorrente desses serviços, propondo algumas soluções para a implementação do art. 45 da Lei Federal nº 11.445/07.

Palavras-chave: Saneamento Básico. Serviços Públicos. Obrigatoriedade da Conexão.

## 1 INTRODUÇÃO

O alcance da universalização dos serviços públicos de saneamento básico, em especial o abastecimento de água e o esgotamento sanitário, constitui processo cuja etapa necessária passa pela realização de pesados investimentos em infraestrutura. Tendo em vista que os investimentos privados, ante as características que lhes são peculiares, qualificam-se como fórmula mais eficiente para a satisfação, a curto prazo, do direito ao acesso universal, cabe ao poder público, de modo a estimular a participação da iniciativa privada, disciplinar os serviços públicos mediante regras claras e objetivas.

Nessa perspectiva, pretende-se analisar o artigo 45 da Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais dos serviços públicos de saneamento básico. Referido dispositivo, considerando-se sua redação confusa e a possibilidade de interpretações diversas, pode ser mal

---

\* Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará - UFC, Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Professor da Faculdade Christus, Advogado e Procurador-Chefe da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE. Email: prof\_ivo@hotmail.com

\*\* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC, Advogado e Analista de Regulação da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE.

compreendido como entrave para a participação do setor privado. A questão em exame perpassa dispositivos constitucionais e legais, bem como discussões doutrinárias do Direito Administrativo, Financeiro e Tributário.

## 2 O ARTIGO 45 DA LEI FEDERAL Nº 11.445/07

Antes de introduzir o estudo do dispositivo legal, são necessárias algumas considerações acerca da Lei Federal nº 11.445/07. Decorrente de um período de aproximadamente 20 (vinte) anos de discussão, ou seja, desde a época da redemocratização do país, essa lei buscou trazer um regime jurídico mais próspero para o setor de saneamento básico, adequado aos fundamentos e aos objetivos fundamentais da nova República de acordo com a Constituição de 1988. Nesse processo de discussão, houve participação e defesa de interesses de diversos atores nos referidos serviços, incluindo usuários, empresas privadas prestadoras de serviços públicos, Estados, Municípios e respectivas entidades de regulação.

Na tentativa de convergir interesses por vezes díspares e considerando a realidade institucional do setor e as perspectivas esperadas a longo prazo, pode-se dizer, sem medo de erros, que a Lei Federal nº 11.445/07 é bastante confusa e traz diversos dispositivos conflitantes entre si. Por motivos de políticas públicas decorrentes de projetos governamentais, buscou-se aprovar a referida lei sem, contudo, definir as principais bases do setor. A compreensão adequada de seu conteúdo é medida mais do que necessária para a segurança jurídica, inclusive no que importa aos investimentos privados.

Entre os dispositivos conflitantes, há um que traz em si próprio, mesmo sem o confronto com outros artigos, uma contradição aparentemente irremediável, capaz de pôr em cheque toda a sistemática de remuneração dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Trata-se do artigo 45, que possui a seguinte redação:

Art. 45. Ressalvadas as disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente, toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeita ao pagamento das tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desses serviços.

O conflito ao qual se chama a atenção reside na correlação determinada pela obrigatoriedade de conexão às redes públicas ao lado do pagamento por preços públicos. Esses pontos serão desenvolvidos nos tópicos seguintes.

## 3 A OBRIGATORIEDADE DE CONEXÃO

Com efeito, a primeira parte do dispositivo legal (“toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis”), numa primeira interpretação, traz uma determinação do poder público direcionada aos proprietários de edificações

permanentes urbanas. Referido comando já constava em outras normas federais, como a Lei Federal nº 2.312, de 3 de setembro de 1954, o Código Nacional de Saúde, em seu artigo 11, e o Decreto Federal nº 49.974-A, de 21 de janeiro de 1961, que o regulamentava, no artigo 36, segundo o qual: “É obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede pública de abastecimento de água e aos coletores públicos de esgoto”.

É plenamente viável a interpretação do artigo 45 da Lei nº 11.445/07 no sentido de se tratar de uma limitação administrativa. A partir da lição dos principais manuais de Direito Administrativo, a manifestação da limitação administrativa se caracteriza pela fixação em normas de caráter genérico, sem a individualização de seus destinatários, com a imposição de uma conduta para determinação do direito de propriedade segundo certo interesse público relevante.<sup>1</sup>

No caso do artigo 45 da Lei 11.445/07, o interesse público relevante está consubstanciado em dois pilares constitucionais, a saber: a defesa do meio ambiente (CR/88, artigo 125, caput) e a garantia da saúde pública (CR/88, artigo 196, caput). Ademais, considerando a natureza econômica dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, a elas não escapa também a necessidade de compatibilização dos princípios norteadores da ordem econômica da República, conforme disposto no artigo 170 da Constituição:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- [...]
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- [...] (grifo nosso)

Assim, a limitação administrativa objetiva atender aos princípios da soberania nacional, da função social da propriedade e à defesa do meio ambiente. Como limitação administrativa, não se pode interpretar propriamente como uma restrição à propriedade, mas em verdade como conformação do direito de propriedade à sua função social (CR/88, artigo 5º, incisos XXII e XXIII). Sendo imposição do Poder Público incidindo genericamente sobre o direito de propriedade, trata-se de uma das formas de manifestação do poder de polícia administrativa,<sup>2</sup> “expressão da supremacia geral que o Estado exerce sobre pessoas e coisas existentes no seu território”, na clássica lição de Hely Lopes Meirelles<sup>3</sup>.

Por fim, resta verificar qual a natureza da referida limitação. Segundo a doutrina administrativista, as limitações administrativas podem estabelecer aos

proprietários comandos positivos (fazer), negativos (não fazer) ou permissivos (deixar fazer).<sup>4</sup> Nesse sentido, é de se ver que a determinação legal sob comento implica um “deixar fazer”, qualificando-se como proposição normativa na modalidade permissiva. Deve o proprietário de edificação urbana tolerar que o prestador de serviços efetue a conexão às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

Todavia, entender a primeira parte do artigo 45 da Lei nº 11.445/07 como manifestação do poder de polícia entra em aparente conflito com a natureza jurídica da lei, que objetiva tratar dos serviços públicos de saneamento básico. A dúvida existente pode ser traduzida em saber se a regra em exame configura de fato manifestação do poder de polícia, ou se ela estaria incluída de alguma forma nas regras do serviço público. A questão, portanto, se imiscui no conceito de serviço público obrigatório.

#### 4 O SERVIÇO PÚBLICO OBRIGATÓRIO

A discussão acerca da classificação dos serviços públicos como obrigatórios carece de profundas discussões na doutrina do Direito Administrativo. O tema deve ser analisado a partir da distinção entre serviço público e poder de polícia administrativa. Inicialmente, ambos configuram-se como grandes espécies de atividades do Estado dirigidas aos cidadãos, voltadas à proteção do interesse público e regidas pelo regime jurídico-administrativo. O serviço público e o poder de polícia se diferenciam principalmente de acordo com a forma pela qual o Estado executa essa atividade: quando a atividade estatal consubstancia o oferecimento de utilidade ou comodidade destinada à satisfação de necessidade (intervenção positiva ou prestação), tem-se serviço público; quando a atividade estatal se traduz em imposições para o adequado exercício da liberdade ou da propriedade (intervenção negativa ou prescrição), tem-se exercício do poder de polícia.<sup>5</sup>

Em consequência dessa distinção ontológica, outra diferença entre os institutos é que o exercício do poder de polícia ocorre independente da vontade do cidadão, ao contrário do serviço público, que, em regra, depende do consentimento e da vontade do usuário. Todavia, há uma zona de penetração entre essas duas atividades, sendo um claro exemplo os serviços públicos obrigatórios ou compulsórios. Diógenes Gasparini<sup>6</sup>, classificando os serviços, faz rápida incursão sobre o tema:

Em razão da obrigatoriedade da utilização, são compulsórios e facultativos. Compulsórios são os impingidos aos administrados, nas condições estabelecidas em lei, a exemplo dos serviços de coleta de lixo, de esgoto, de vacinação obrigatória, de internação de doentes portadores de doenças de caráter infectocontagioso. Facultativos são os colocados à disposição dos usuários sem lhes impor a utilização, a exemplo do serviço de transporte coletivo.

A citação, limitando-se a apresentar a classificação, não explica em que consistiria a distinção entre essas duas modalidades de serviço público. Buscando trazer mais algum desenvolvimento ao tema, é digna de nota a citação de Alexandre Santos de Aragão<sup>7</sup> no seguinte sentido:

[...] todos os serviços públicos são de elevado interesse público, mas alguns deles possuem tamanho interesse para a coletividade que o particular não é apenas um beneficiário da sua prestação, mas também um sujeito obrigado a fruí-lo, ou seja, deve se abster de satisfazer aquela determinada necessidade humana através de outro meio que não seja o serviço público.

No caso do artigo supracitado, não há, a princípio, determinação expressa de utilização exclusiva dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, ao tempo em que não veda a utilização de outros meios idôneos, mas estabelecerá tão somente o dever de conexão. No entanto, o § 1º do artigo 45 estipula que:

§ 1º Na ausência de redes públicas de saneamento básico, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários, observadas as normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos.

Uma interpretação a contrario sensu do § 1º permite inferir, como regra geral, que, na presença de redes públicas de saneamento básico, não seriam admitidas soluções individuais. E, dessa maneira, uma limitação administrativa que consistia num simples permissivo (deixar fazer), passa a estabelecer também um comando negativo (deixar de utilizar soluções individuais de abastecimento de água e de esgotamento sanitário).

Pode-se concluir que o serviço público obrigatório é, ao fim e ao cabo, valendo-se da distinção entre as atividades públicas, o oferecimento impositivo de uma utilidade ou comodidade; uma prestação prescrita. Em que pese configure uma síntese das duas principais atividades da Administração, a doutrina dá prevalência ao caráter prestacional, preferindo qualificá-la como uma modalidade especial de serviço público, considerando especialmente que as atividades a serem realizadas se identificam menos com aquelas tipicamente realizadas no exercício do poder de polícia do que com a prestação de serviço.

O tema dos serviços públicos obrigatórios ainda mereceria maiores digressões teóricas. Entretanto, o que há de relevante a se destacar é que o artigo 45 da Lei Federal nº 11.445/07 permite que seja analisado tanto sob a ótica do exercício do poder de polícia por meio de limitações administrativas quanto pelo viés da prestação de serviço público compulsório. E, nesse tocante, a parte final do dispositivo supracitado (“e sujeita ao pagamento das tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desses serviços”) vai, ao menos a princípio, de encontro à interpretação da primeira.

## 5 TAXAS

Para a análise da parte final do art.45 da Lei Federal nº 11.445/07, entendemos necessário estabelecer a seguinte premissa: o que é norma jurídica tributária? Sem este conceito, parece-nos deveras complicado resolver o problema proposto neste trabalho.

A norma jurídica é o enunciado normativo mínimo prescritor de condutas. Tais condutas são disciplinadas mediante os seguintes linguagens jurídicas: permitido, obrigado e proibido. A norma jurídica tributária, por decorrência lógica, é o enunciado normativo mínimo prescritor de condutas da relação jurídica que envolve o Fisco e as pessoas sujeitas à sua imposição tributária. Desta feita, podemos chegar à primeira conclusão: a norma jurídica tributária *stricto sensu*, via de regra, contém um modal deôntico (dever-ser) de cunho obrigatório.

Noutros termos, os tributos são constituídos por normas jurídicas que prescrevem condutas obrigatórias aos contribuintes que se enquadrarem nas suas respectivas hipóteses de incidência. E as taxas, por serem uma dessas espécies tributárias, não fogem à análise dessa regra.

Segundo conceito consagrado na doutrina brasileira, as taxas são espécies de tributos vinculados à atuação estatal. Contudo, esse vínculo não se dá para qualquer atuação estatal, mas apenas a duas modalidades: exercício do poder de polícia ou prestação de serviço público específico e divisível. Nesta senda, Kiyoshi Harada define a taxa, vinculando seu surgimento a uma atuação estatal diretamente dirigida ao contribuinte, além de ressaltar que sua base de cálculo não pode coincidir com nenhum imposto.<sup>8</sup>

Roque Antônio Carrazza conceitua a taxa como uma prestação que se inspira na comutatividade. Nessa relação jurídica tributária, o Estado tem o dever de prestar algo em favor do contribuinte, de modo que dele possa exigir algo (taxa).<sup>9</sup> Diante disso, podemos concluir que as taxas são tributos que têm por hipótese de incidência uma atuação estatal diretamente ligada ao contribuinte.

O art. 4º do Código Tributário Nacional dispõe, expressamente, sobre a interpretação acerca da natureza jurídica específica do tributo, devendo esta ser “determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II – a destinação legal do produto da sua arrecadação.”

Por essa razão, é possível distinguir as taxas dos impostos, pois nestes o fato gerador não possui qualquer vinculação com uma atividade estatal, diferentemente daquelas. Paulo de Barros Carvalho assim leciona:

Nisso diferem dos impostos, e a análise de suas bases de cálculo deverá exibir, forçosamente, a medida da intensidade da participação do Estado. Acaso o legislador mencione a existência de taxa, mas eleja base de cálculo mensuradora de fato estranho a qualquer atividade do Poder Público, então a espécie tributária será outra, naturalmente um imposto.<sup>10</sup>

Característica interessante do instituto jurídico das taxas no Direito brasileiro é que elas não podem, em hipótese alguma, possuir base de cálculo própria de impostos. Tal vedação possui amparo tanto constitucional (art. 145, §2º, CR) como legal (art.77, parágrafo único, CTN).

Bernardo Ribeiro de Moraes pontua alguns elementos que não são adequados para caracterizar as taxas: a) destino da arrecadação; b) benefício especial; c) interesse público ou privado; d) voluntariedade.<sup>11</sup> Mais adiante, o eminente jurista elenca os elementos peculiares às taxas, presentes em todas as espécies tributárias: a) receita derivada; b) compulsoriedade; c) prestação pecuniária; d) contraprestação.<sup>12</sup>

Entendemos que as taxas, como uma das espécies tributárias, são prestações pecuniárias compulsórias, que consistem em receitas derivadas, vinculadas a uma atividade estatal. Salientamos, entretanto, em que pese as respeitáveis opiniões em contrário, que a contraprestação ou a troca não é elemento configurativo da taxa. Não vislumbramos correta a afirmação de que há uma troca entre o Estado e o contribuinte nessa relação jurídica. A taxa deve ser paga independentemente de qualquer condição, posto estabelecida em lei.

Superadas as questões conceituais, é necessária a análise das espécies de taxas. No Brasil, o direito positivo vigente<sup>13</sup> prevê duas espécies de taxas: a) cobradas em razão do exercício do poder de polícia; e b) cobradas pela prestação de serviços públicos. Noutros termos, as taxas se apresentam como regulatórias do poder de polícia ou como remuneratórias de serviços.

Sacha Calmon Navarro Coêlho preceitua que as taxas podem incidir sobre a matriz do poder de polícia ou sobre a matriz dos serviços públicos de utilidades usufruíveis pelos contribuintes. No primeiro caso, o Estado age, ainda que não solicitado; na segunda hipótese, o Estado age somente se solicitado.<sup>14</sup>

Para análise da primeira hipótese para criação das taxas, mister antes definir o que se entende por poder de polícia. O próprio Código Tributário Nacional, em seu art.78, traz uma definição legal do instituto jurídico em comento, verbis:

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Infere-se, portanto, do dispositivo legal supracitado que o poder de polícia se refere a uma atividade administrativa que é desempenhada em razão de interesse público. Tais interesses foram, erroneamente, listados na norma em comento, vinculados à segurança, higiene, ordem, costumes, entre outros. Não é tarefa do legislador exemplificar a norma jurídica, tal ato configura-se em pobre técnica legislativa.

Vale salientar, outrossim, que a cobrança da taxa de poder de polícia somente pode ocorrer a partir de uma ação concreta da Administração Pública, e não apenas no simples exercício do referido poder, em caráter geral e abstrato. Tal raciocínio não difere do exposto por Roque Antonio Carrazza:

Não é qualquer ato de polícia que autoriza a tributação por meio desta modalidade de taxa, mas tão-somente o que se consubstancia num agir concreto e específico da Administração, praticado com base em lei, que levanta uma abstenção ou que mantém ou fiscaliza uma exceção já existente. O simples exercício do poder de polícia – tornamos a repetir – não enseja a cobrança da taxa de polícia. O que enseja tal cobrança é o desempenho efetivo da atividade dirigida ao administrado.<sup>15</sup>

O desempenho efetivo da atividade estatal, por outro lado, não quer dizer sempre presencial, com o deslocamento de agentes administrativos para o exercício da fiscalização in loco. A jurisprudência da Suprema Corte, aliás, já sedimentou este entendimento pautado na irrelevância da fiscalização “porta a porta” para caracterizar o efetivo exercício do poder de polícia.<sup>16</sup>

Quanto às taxas cobradas pela prestação de serviços públicos, estas têm por hipótese de incidência uma prestação de serviço público destinada diretamente ao contribuinte. Como já é cediço, e discorrido no item 4 deste artigo, o serviço público caracteriza-se como a prestação de utilidade material ao cidadão, fruível individualmente por este. Por certo, tal serviço deve estar submetido ao regime jurídico de direito público.

Também sedimentada na doutrina, nacional e alienígena, a distinção entre os serviços públicos gerais e indivisíveis dos específicos e divisíveis. Magistrais e completas são as lições de Renato Alessi acerca do tema:

A primeira (espécie de serviços públicos) compreende as atividades dirigidas a procurar uma utilidade genérica aos cidadãos *uti universi*, sem possibilidade de distinguir a quantidade de utilidade que cada cidadão obtém.

A segunda (espécie de serviços públicos), pelo contrário, compreende as atividades voltadas a procurar utilidades específicas para determinados cidadãos que se servem do serviço oferecido pela Administração. Trata-se, pois, de atividades que se convertem num benefício desfrutado pelos cidadãos *uti singuli*.

Esta distinção dos serviços públicos em serviços desfrutados pelos cidadãos *uti singuli* e *uti universi* tem importância, embora, apenas em relação aos primeiros, é possível configurar a atividade



administrativa como sendo uma prestação administrativa aos particulares em sentido técnico, vale dizer, entendendo em sentido técnico a noção de prestação: atividade pessoal objeto de uma relação de caráter obrigatório, intercorrente entre dois sujeitos, já que unicamente no caso de serviços públicos desfrutados pelos cidadãos *uti singuli* é possível configurar uma concreta relação jurídica que tenha por objeto a atividade administrativa objeto do serviço, entre a Administração que presta o serviço e o particular que o desfruta.<sup>17</sup>

Assim, enquanto os serviços públicos gerais ou universais (*uti universi*) são prestados a todos os cidadãos indistintamente – e por isso devem ser custeados, no Brasil, da arrecadação oriunda das receitas gerais do Estado, e não por meio de taxas –, os serviços públicos específicos ou singulares (*uti singuli*) – por referirem-se a pessoas determinadas ou determináveis, bem como por serem de utilização individual e mensuráveis – são passíveis de serem custeadas por meio de taxas de serviço.

Na mesma esteira, o art. 79 do CTN dispôs sobre os serviços públicos, constituindo hipótese de incidência das taxas apenas aqueles utilizados pelo contribuinte, desde que prestados de forma específica e divisível. A utilização dos referidos serviços pelo contribuinte (inciso I) pode ser efetiva (alínea a – “quando por ele usufruídos a qualquer título”) ou potencial (alínea b – “quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento”).

Esclarece Hugo de Brito Machado que a compulsoriedade está atrelada à utilização efetiva do serviço e, por conseguinte, à cobrança de taxa:

Se o serviço não é de utilização compulsória, só a sua utilização efetiva enseja a cobrança de taxa. Se a utilização é compulsória, ainda que não ocorra efetivamente essa utilização a taxa poderá ser cobrada. Em qualquer caso é indispensável que a atividade estatal, vale dizer, o serviço público específico e divisível, encontre-se em efetivo funcionamento. Em outras palavras, é condição indispensável para a cobrança da taxa a efetiva existência do serviço à disposição do contribuinte.<sup>18</sup>

Em seguida, o CTN esclarece as duas características dos serviços públicos tributáveis mediante taxa: a especificidade e a divisibilidade. São específicos os serviços “quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas” (inciso II). A divisibilidade, por sua vez, ocorre nos serviços “susceptíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários” (inciso III).

Não obstante a aparente clareza da norma retrocitada, Hugo de Brito Machado critica a forma com as duas características dos serviços públicos foram dispostas no código, tendo em vista que são inseparáveis. Para o ilustre jurista, não há qualquer sentido prático em separar tais definições.<sup>19</sup>

Muito se discute acerca da existência ou não da contraprestação estatal no tocante às taxas. A ideia da contraprestacionalidade é útil ou não para caracterizar as taxas?<sup>20</sup>

Juristas brasileiros de expressão nacional entendem que não há a necessidade constitucional de atrelar as taxas à natureza jurídica contraprestacional.<sup>21</sup> Kiyoshi Harada assim desenvolve seu raciocínio acerca das taxas:

Embora incontestável que o móvel da atuação jurisdicional do Estado não seja o recebimento da taxa, o legislador, no plano pré-jurídico, ao elaborar a lei instituindo a sua cobrança, desenvolve a idéia de contraprestação do ponto de vista econômico, para possibilitar a fixação de seu quantum, dentro de bases razoáveis. Nem a Constituição, nem o CTN exigem perfeito equilíbrio na equação custo-benefício, exatamente porque a taxa não tem, juridicamente, natureza contraprestacional. Prevalece certa dose de arbítrio do legislador na fixação do valor da taxa, porém, nunca ao ponto de inverter a relação custo-benefício ou violentar o seu conceito, transformando-a em instrumento de retirada compulsória da parcela da riqueza produzida pelo particular, como se de imposto tratasse.<sup>22</sup>

Para outra parcela da doutrina brasileira<sup>23</sup>, a contraprestação é elemento intrínseco das taxas, a fim de demonstrar o caráter sinalagmático dessas espécies tributárias. Sacha Calmon Navarro Coêlho afirma que o sinalagma é característica essencial da taxa, em que pese a compulsoriedade de sua exigência.

Entendemos que o sinalagma não é característica da relação jurídico-tributária, incluindo aí a das taxas, que envolve o contribuinte e o ente público tributante. É preciso não confundir a bilateralidade com o caráter sinalagmático. A relação jurídico-tributária é bilateral (envolve o Poder Público tributante e as pessoas sujeitas a uma imposição tributária estatal), mas não envolve sinalagma, pois não há uma dinâmica transformação das posições dos sujeitos na relação.

A título de comparação, o contrato de compra e venda é uma relação jurídica que envolve um negócio bilateral sinalagmático. Há direitos e obrigações recíprocos para comprador e vendedor. Cada uma dessas partes figura ora no polo ativo (detentor de direitos), ora no polo passivo da relação jurídica (detentor de deveres). Isto não ocorre no cerne da relação jurídico-tributária. O contribuinte não figura ora no polo passivo, ora no polo ativo da relação. Não estamos afirmando que inexistem direitos e obrigações recíprocos entre o Poder Público tributante e os contribuintes, mas que o direito destes de exigir daqueles a contraprestação estatal não tem natureza tributária, é de caráter administrativo.

Esta singela diferenciação entre a bilateralidade e o caráter sinalagmático de uma relação jurídica é essencial para entender a existência ou não do elemento contraprestacional no âmago das taxas.

## 6 PREÇO PÚBLICO

Ao contrário das taxas – que obedecem ao regime jurídico tributário e, portanto, constituem obrigação ex lege –, os preços públicos (tarifas) são regidos pelo direito privado, não havendo em suas relações jurídicas conteúdo publicístico. Os preços derivam de contrato firmado entre entes da Administração Pública Indireta (ou entidades delegadas) e o administrado (cidadão que pactuou com o ente público ou entidade delegada).

Nota-se, destarte, que os princípios da autonomia da vontade (consensualismo), liberdade contratual e da força obrigatória dos contratos (pacta sunt servanda) são inerentes aos contratos em que haja a previsão de cobrança de preços públicos ou tarifas. Roque Antonio Carrazza alude a essas características ao diferenciar as taxas dos preços públicos:

Se, no entanto, o Estado pretender remunerar-se pelos serviços públicos que presta ou pelos atos de polícia que realiza (tudo vai depender de sua decisão política, expressa em lei), deverá, obrigatoriamente, fazê-lo por meio de taxas (obedecido, pois, o regime jurídico tributário). Nunca por meio de preços públicos (também chamados tarifas ou, simplesmente, preços).

Apenas para tangenciarmos o assunto, os preços possuem regime jurídico diverso das taxas, não sendo dado ao legislador transformar estas naqueles, e vice-versa. De feito, enquanto os preços (tarifas) são regidos pelo direito privado, as taxas obedecem ao regime jurídico público. Nelas não há relação contratual, mas relação jurídica de conteúdo manifestamente publicístico.

Noutras palavras, o preço deriva de um contrato firmado, num clima de liberdade, pelas partes, com o fito de criarem direitos e deveres recíprocos. Sobremais, as cláusulas desta obrigação convencional não podem ser alteradas unilateralmente por qualquer dos contraentes, que devem observar, com fidelidade, o que pacturaram. Destarte, as prestações de cada uma das partes equivalem-se em encargos e vantagens, sendo umas causa e efeito das outras.<sup>24</sup>

Na mesma linha, Geraldo Ataliba distingue, de forma precisa e concisa, os dois institutos:

[...] se o serviço é público, deve ser desempenhado por força da lei, seu único móvel. O pagamento (taxa) é-lhe logicamente posterior: é mera consequência; não é essencial à relação de prestação-uso do serviço [...] Se o serviço não é público – o que só seu regime jurídico pode definir, e não preconceitos políticos, administrativos etc. – então pode ter mola ou força impulsionadora o pagamento (preço) do particular que recebe esse serviço.<sup>25</sup>

Verifica-se, portanto, que a observância do regime jurídico atribuível ao serviço é essencial para a configuração do pagamento. Tal definição do regime não é uma questão política, que deva ficar a cargo de uma decisão da autoridade

administrativa, mas trata-se de um balizamento inerente à lei. Noutros termos, tratando-se de serviço cujo regime jurídico é de direito público, cabe à lei estabelecer todas as suas premissas, inclusive a questão remuneratória – por meio das taxas – devendo estas obedecerem a todos os ditames do sistema tributário brasileiro, mormente os princípios constitucionais tributários.

A diferença entre preços públicos e taxas já se encontra sedimentada na jurisprudência brasileira, mormente na Súmula nº 545 do Supremo Tribunal Federal: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.” Percebe-se, claramente, no entendimento sumulado da Excelsa Corte a alusão aos princípios da anualidade (financeira) e da legalidade (tributária).

Não obstante, para Hugo de Brito Machado, não é tão fácil assim a distinção prática entre taxa e preço público. Isto porque, no âmbito jurídico, o regime jurídico ao qual se submeterá a atividade estatal será formulado no plano político e, portanto, ao alvedrio do Poder Legislativo:

Não é fácil, nos domínios da Ciência das Finanças, estabelecer a diferença entre taxa e preço público. No âmbito jurídico, porém, a questão se resolve em admitir-se que a distinção entre atividade própria do Estado e atividades que podem ser exercidas por particulares há de ser formulada no plano político, vale dizer, há de ser fixada pelo Legislativo. Assim, admite-se que a lei estabeleça a fronteira entre a taxa e o preço, instituindo o que se pode entender como taxa por definição legal. Assim, temos que:

- a) se a atividade estatal situa-se no terreno próprio, específico, do Estado, a receita que a ela se liga é uma taxa;
- b) se a atividade estatal situa-se no âmbito privado, a receita a ela vinculada deve ser um preço;
- c) havendo dúvida, pode a lei definir a receita como taxa ou como preço.<sup>26</sup>

A solução apresentada ao embate entre as taxas e as tarifas é magistral e bastante atual, tendo em vista a dinâmica da administração pública brasileira. Com as privatizações de inúmeras empresas públicas por todo o país, vários dos serviços antes prestados, de forma indubitável, pelo Estado, hoje são atividades ligadas ao âmbito privado e, portanto, remuneráveis por meio de tarifas.

Para Hugo de Brito Machado, no caso sob enfoque no presente trabalho, a remuneração dos serviços públicos de água e esgoto pode ser realizada tanto por meio de taxa como por tarifa, dependendo da característica do serviço (compulsoriedade ou facultatividade) adotada por sua lei instituidora:

O mesmo pode ser dito do serviço de água e esgoto. Se há norma proibindo o atendimento da necessidade de água e de esgoto por outro meio que não seja o serviço público, a remuneração correspondente é taxa. Se a ordem jurídica não proíbe o fornecimento

de água em pipas, nem o uso de fossas, nem o transporte de dejetos em veículos de empresas especializadas, nem o depósito destes em locais para esse fim destinados pelo Poder Público, ou adequadamente construídos pela iniciativa privada, então a remuneração cobrada pelo serviço público de fornecimento de água e esgoto é preço público. Se, pelo contrário, existem tais proibições, de sorte a tornar o serviço público o único meio de que se dispõe para o atendimento da necessidade de água e de esgoto, então a remuneração respectiva será taxa.<sup>27</sup>

Em verdade, cabe ao ente político competente para prestar o serviço público a atribuição, por meio de lei, da natureza jurídica do serviço prestado e sua consequente remuneração.

## 7 A REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS PREVISTOS NO ART. 45 DA LEI Nº 11.445/07

Enfrentadas as questões teóricas acerca dos institutos jurídicos administrativos e tributários envolvidos, mister desvendar a natureza jurídica da remuneração dos serviços previstos no art. 45 da Lei Federal nº 11.445/07. Afirma-se, textual e peremptoriamente, que a remuneração dos sobreditos serviços será efetivada por meio de “tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desses serviços”.

Como visto, a primeira parte do dispositivo legal, numa leitura inicial da norma, encerra uma determinação do poder público direcionada aos proprietários de edificações permanentes urbanas. Seu fundamento pode ser observado no recente Decreto Federal nº 7.217, de 21 de junho de 2010, no art. 3º, que explicita o caráter essencial dos serviços de saneamento básico, ligando-se fortemente ao princípio fundamental do art. 2º, inc. III, da Lei, para proteção da saúde pública e do meio ambiente. Tal comando pode ser interpretado sob duas óticas distintas. A primeira delas entende que a lei teria tornado compulsórios os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, já que teria obrigado à conexão. E a segunda, numa interpretação mais difícil, no sentido de que esse comando seria uma limitação administrativa, expressão do poder de polícia que visa a dar o contorno dos direitos constitucionais de propriedade e de sua função social (art. 5º, incs. XXII e XXIII, CR).

Observe-se, ainda, que a própria lei traz os condicionamentos mínimos para tal obrigação. Primeiramente, somente se pode exigir a conexão caso as redes públicas estiverem disponíveis. Na ausência de redes disponíveis, o § 1º do art. 45 autoriza a adoção de soluções individuais, respeitadas as normas regulamentares referentes ao serviço público, ao meio ambiente, à saúde e aos recursos hídricos. Outra condição para a obrigatoriedade de conexão está na ausência de ressalvas na legislação específica do serviço, que poderá dispensar no todo ou em parte a conexão, de acordo com a política pública que o titular adotar para os serviços. Uma última condição, apon-

tada por Roque Carrazza, no sentido de que, quando se trata do serviço de fornecimento de água e esgotamento sanitário, a cobrança da taxa somente é possível se tal atividade puder ser traduzida em unidades de medida e atribuída ao sujeito passivo.<sup>28</sup>

Entretanto, a parte final do dispositivo vai de encontro à interpretação da primeira. Ora, se a obrigatoriedade de conexão é nítida manifestação do poder de império da Administração, tanto sob a ótica de serviço público compulsório quanto de poder de polícia, qualquer cobrança pela realização dessa atividade administrativa deve passar pela aplicação de normas tributárias.

Caso se entenda tratar a primeira parte do dispositivo como indicativo da compulsoriedade do serviço, com base no qual seria possível, conforme a segunda parte, a cobrança pelo uso do serviço decorrente da conexão, inclusive o potencial, há aqui a perfeita identificação da hipótese genérica de aplicação da taxa de serviços, quando postos à disposição. A doutrina tributária é quase unânime quanto à obrigatoriedade da cobrança de taxa nessa situação, a saber, pela mera disponibilidade do equipamento, caso a lei instituidora da taxa considere obrigatória a utilização de referido equipamento.<sup>29</sup>

No outro sentido, caso se interprete a primeira parte do dispositivo como manifestação do poder de polícia por meio de uma limitação administrativa à propriedade urbana, sob pena de multa, haverá um ato comissivo (conexão) por parte da autoridade responsável, e a cobrança deverá ser, a princípio, relacionada ao custo dessa atividade. Nesse caso, vislumbrar-se-ia uma taxa de polícia. Todavia, traduzindo-se num ato de polícia, não poderá um delegatário do Poder Público fazer as vezes deste, com entendimento pacificado no Pretório Excelso<sup>30</sup>.

Em suma, caso o titular dos serviços deseje cobrar algum valor pela conexão, ou pelo uso (ainda que potencial) desses serviços diante de sua disponibilidade (em razão da conexão obrigatória), deverá fazê-lo mediante taxa, nos termos do art. 145, inc. II, da Constituição e dos arts. 77 e 79 do Código Tributário Nacional. Além disso, a cobrança do uso das redes públicas apenas será tarifária se o proprietário assim concordar e contratar com o prestador de serviços, revelando-se o caráter voluntarístico da relação jurídica custeada por tarifa.

O Decreto Federal nº 7.217/2010, quando poderia ter solucionado o conflito ao regulamentar a Lei, nos arts. 6º e 11, manteve a mesma determinação, e, não bastasse isso, qualificou o proprietário como usuário do serviço<sup>31</sup> e, ainda, determinou prazo para que este se conecte, sob pena de multa<sup>32</sup>.

Portanto, a interpretação do dispositivo, segundo os métodos clássicos, não permite, em primeiro plano, uma aplicação racional e juridicamente possível. Faz-se necessário, nesse diapasão, buscar algumas soluções alternativas para a aplicação da norma.

## 8 SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE INTERPRETAÇÃO

As soluções alternativas de interpretação deverão buscar possíveis aplicações não no texto da norma em si, mas questionando-se as premissas, decorrentes dos métodos literal e lógico, das quais partimos inicialmente para chegar ao entrave observado.

1. Uma primeira solução, sempre presente nesse tipo de raciocínio, está em questionar a constitucionalidade do dispositivo. Ora, ao fazer de um lado uma imposição aos proprietários, típica do poder de império da Administração, e, de outro, instituir a cobrança mediante preço, essencialmente vinculado a um compromisso de pagá-lo, o dispositivo estaria confrontando o art. 145, II, da Constituição, que determina a instituição de taxa (e não de tarifa).

Ademais, ainda que se reconhecesse, numa interpretação extensiva ou analógica de “outros preços públicos” a inclusão das taxas, de modo a salvaguardar o dispositivo sob o crivo constitucional, ainda é possível vislumbrar no art. 45 da lei violação ao pacto federativo (arts. 1º e 18 da Constituição), uma vez que a União estaria determinando aos titulares (Estados e Municípios<sup>33</sup>), pela via indireta (a saber, mediante diretrizes gerais), a obrigação de instituir tributo. Somente estes detêm a competência para instituir ou não as taxas em razão de serviços públicos que prestem. A obrigação tributária é *ex legis*, a despeito de haver certa discricionariedade na escolha (pré-legislativa) de instituir ou não uma taxa.

Todavia, entender pela inconstitucionalidade do dispositivo é medida bastante confortável para o intérprete descompromissado com a realidade social. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico, dado seu caráter essencial para a vida humana digna, reveste-se de relevo jurídico-constitucional que impede ou ao menos dificulta uma solução nesse sentido. Outrossim, a constitucionalidade dos dispositivos legais é presumida até que o Poder Judiciário diga o contrário, e, dessa maneira, os titulares dos serviços, enquanto antes da Administração Pública submetidos ao princípio da legalidade (art. 37, caput, CR/88), eventualmente aplicarão o comando.

Logo, caberá ao titular dos serviços a solução do problema inserido no art. 45 da Lei Federal nº 11.445/07, devendo garantir a segurança jurídica necessária aos investimentos no setor, diante do dilema dos riscos existentes entre a existência de demandas judiciais discutindo a natureza da cobrança e a sustentabilidade econômica da prestação. Sob a ótica do usuário, ele não tem o dever de pagar tarifa (preço público) por algo que é obrigatório. Viola os direitos fundamentais e as garantias dos princípios da tributação protegidos na Constituição da República. Por outro lado, sob a ótica do prestador, este não pode ter prejuízos nos serviços, devendo ser respeitado o equilíbrio econômico-financeiro da delegação.

2. Nessa perspectiva, uma segunda solução seria o titular dos serviços reconhecer na primeira parte do art. 45 uma manifestação da potestade pública, como espécie de atividade de polícia, podendo optar por sujeitar ou não o proprietário

ao pagamento de taxa. Contudo, ao proceder dessa forma, a princípio, somente a Administração Pública poderá tanto realizar a conexão quanto proceder ao lançamento do tributo, sendo vedado ao prestador de serviços delegatário do Poder Público. Nada obstante, duas subsoluções emergem.

2.1. Tendo em vista a primazia do direito à saúde (arts. 5º, caput, e 196 a 200 da Constituição Federal) e da proteção do meio ambiente (art. 225 da Constituição da República), o titular dos serviços poderá optar por dispor de uma estrutura própria da Administração Pública de direito público (Secretaria, Departamento ou Autarquia) para realizar o serviço público. Nesse caso, vislumbrando-se a conexão obrigatória como qualificação do serviço público como compulsório, seria legítima a instituição de taxa de serviço público, tendo como hipótese de incidência o uso efetivo ou potencial, este último pela mera disponibilidade.

2.2. A Administração poderia, ainda, optar por dispor de uma estrutura própria tão somente para executar as conexões obrigatórias, cabendo ao delegatário a prestação dos serviços eventualmente contratados; nessa situação, a instituição de taxa de polícia seria também aceitável, fundada na limitação administrativa, cujo valor deveria corresponder ao custo da simples conexão.

Contudo, vislumbra-se um conflito na presente solução. A conexão aos serviços de água e esgoto, não obstante obrigatória, serviria justamente para possibilitar ao respectivo proprietário sua utilização a qualquer instante, notadamente num momento de necessidade, por força dos princípios da precaução e da prevenção ambientais e sanitárias. E, uma vez utilizando-se efetivamente o serviço, que, como dito, seria prestado pelo delegatário do Poder Público, o prestador seria incapaz de buscar junto ao usuário específico o ressarcimento, pela ausência de vínculo contratual. Também não poderia fazê-lo com base em responsabilidade civil, uma vez que a culpa redundaria sempre na Administração Pública.

O prestador de serviços também não poderia cobrar pela chamada tarifa mínima (também objeto de discussões jurídicas quanto a sua legitimidade), uma vez ausentes requisito mínimo para sua cobrança, a saber, a existência de contrato firmado com o usuário do serviço.

Assim, a responsabilidade pelo ressarcimento recai sobre titular dos serviços, não podendo ter repercussões para o prestador ou para o usuário. E a Administração Pública teria a obrigação de ajustar contratualmente com o titular dos serviços como se daria o pagamento. Por outro lado, questionamos quanto à possibilidade de a Administração Pública, nessa específica situação, custear o ressarcimento ao prestador de serviços mediante a instituição de taxas de serviço.

Ora, a redação constitucional e legal das taxas não explicita quem irá prestar o serviço público; uma vez que é a Administração Pública quem assume o ônus (ainda que financeiro) pela prestação dos serviços, não vislumbramos óbices jurídicos para a instituição de taxa de serviço, tanto nos casos de utilização efetiva quanto nos casos de utilização potencial,



facultando-se a possibilidade de celebração de contrato com o prestador de serviços, mediante o pagamento de tarifas, momento em que deixará de incidir a taxa. Aliás, a Administração poderia inclusive colocar o valor da taxa em um patamar um pouco acima do valor da tarifa, como uma forma extrafiscal de estimular os proprietários a contratar com o prestador de serviços e, assim, fomentar a modicidade tarifária.

Dessa maneira, os recursos da taxa poderiam ser destinados ao pagamento dos custos do prestador, devendo, nesse caso, a lei que a institui vincular a destinação de uma parcela, uma vez que a vinculação das receitas, como visto, não é da essência desse tributo. A rigor, ao titular caberia o compromisso de pagar com recursos orçamentários ao prestador pelos custos despendidos com as ligações obrigatórias, independentemente de onde vierem esses recursos orçamentários (tributos e outras receitas correntes).

É preciso alertar, porém, que não é o prestador que irá proceder ao lançamento; a Administração é quem deverá identificar a utilização dos serviços, podendo o prestador auxiliá-la com a instalação de hidrômetros, por exemplo. Além disso, o valor arrecadado com essa taxa de serviço não deve ser totalmente destinada ao ressarcimento do prestador, uma vez que haveria aí uma descaracterização da finalidade da taxa (que, em princípio, não pode ter finalidade lucrativa). Por fim, o pagamento ao prestador pelo titular do serviço não pode ser de valor superior ao devido segundo os índices tarifários aplicáveis.

3. Mais uma alternativa, ao decidir o titular pelo custeio dos serviços por meio de “tarifas e de outros preços públicos”, considerando o princípio da autonomia da vontade nas relações contratuais, seria a opção pela ressalva total à obrigatoriedade da conexão, devendo, sem quaisquer prejuízos, dar continuidade às fiscalizações sanitária e ambiental. Em vez de instituir um aparato para prestar o serviço ou realizar as conexões, a Administração do titular faria seu enfoque na fiscalização ambiental.

Não se está dizendo aqui que, caso o titular adote esta última opção, os cidadãos estariam autorizados a jogar o esgoto nas ruas. Trata-se de infração grave à legislação ambiental, podendo a fiscalização servir como incentivo para o usuário celebrar contrato com o prestador.

Outrossim, haveria, nessa hipótese, um conflito de normas jurídicas; de um lado, as de âmbito federal, considerando a essencialidade dos serviços públicos de saneamento básico, fundamento suficiente para torná-los obrigatórios; e de outro, as oriundas do titular, no sentido de que, não obstante o caráter essencial dos serviços, não há necessidade de fazê-los compulsórios aos cidadãos.

Tendo em vista que a criação de tributo por lei e a elaboração de regras legais específicas acerca da metodologia de conexão são medidas difíceis sob o ponto de vista prático, forçoso concluir que o dever de conexão obrigatória disposto no art. 45 somente poderá ser cobrado dos cidadãos quando o titular dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário confirmá-lo

em lei específica referente à política pública de saneamento básico, conforme o art. 9º, inc. IV, da Lei Federal nº 11.445/2007. E, na elaboração da política, caso mantenha a obrigatoriedade da conexão, deverá determinar os meios para sua cobrança, não podendo fazê-lo por tarifas.

4. Por fim, uma última solução a ser aventada diz respeito a uma interpretação razoável do art. 45. Colocando em cheque a premissa do destinatário do comando legal, inicialmente afirmado como o proprietário de “edificação permanente urbana”, passa-se a desconstruir a noção de conexão da propriedade às redes públicas com o qual se trabalhou ao longo do presente estudo, para dar uma interpretação coerente ao comando legal.

Nesse diapasão, pode-se observar (sendo uma visão juridicamente possível) que a Lei Federal nº 11.445/07 possui normas relativas à estruturação do serviço público, cuja quase totalidade dos capítulos e dos artigos reporta-se seja ao titular dos serviços, que deverá organizá-los, seja aos agentes públicos envolvidos (prestador e regulador), estabelecendo relações de cooperação e de competência entre uns e outros. Sob essa via lógica, o art. 45 encontra-se no capítulo relativo aos aspectos técnicos, ou seja, num capítulo cujas regras possuem como destinatário, a princípio, o prestador dos serviços.

Considerando a aparente incoerência do dispositivo, no caso de o art. 45 ser compreendido como comando ao usuário dos serviços, conforme foi exposto neste trabalho, deve-se perquirir se essa norma não seria destinada ao prestador de serviços. Nesse raciocínio, o texto do dispositivo legal em comento poderia ser compreendido como um dever ao prestador de serviços para, sempre que solicitada pelo usuário, proceder imediatamente à conexão.

Ao estatuir que “toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas”, a Lei pode estar determinando ao prestador de serviços que este deverá atender ao princípio da universalização do acesso aos serviços de saneamento básico (art. 2º, I, da Lei Federal nº 11.445/07), traduzido sob dois comandos específicos: a) que o prestador deverá expandir as redes públicas de modo a deixá-las à disposição de todos os proprietários de edificações permanentes urbanas; b) que o prestador não se escuse de realizar a conexão e prestar o serviço quando solicitado pelo usuário interessado.

Tal solução coaduna-se com uma análise sistêmica da norma, adequando-se com a parte final, autorizando a cobrança de tarifas e de outros preços públicos. Por outro lado, o Decreto regulamentador não caminhou nesse sentido, razão pela qual esta última solução parece não ter sido aquela querida pelo regulamentador<sup>34</sup>.

## 9 CONCLUSÕES

Partindo da premissa da universalização dos serviços de saneamento básico, a questão da conexão às redes públicas de água e esgoto deve ser vista sobre o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana.

Na interpretação do art. 45 da Lei Federal nº 11.445/07, propomos as seguintes soluções hermenêuticas ao dispositivo legal citado, alternativas entre si:

- a) declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal em comento, ante o confronto com o art. 145, II, da Constituição Federal, que dispõe sobre taxas;
- b) identificar, na primeira parte do art. 45, uma manifestação da potestade pública, como espécie de atividade de polícia, podendo optar por sujeitar ou não o proprietário ao pagamento de taxa, ora vislumbrando-se a conexão obrigatória como qualificador da compulsoriedade do serviço público, ora dispondo de uma estrutura própria tão somente para executar as conexões obrigatórias, cabendo ao delegatário a prestação dos serviços eventualmente contratados;
- c) flexibilizar a “obrigatoriedade da conexão” às redes públicas de água e esgoto, caso o titular decida por custear os serviços por meio de tarifas e outros preços públicos, sem prejuízo das fiscalizações sanitária e ambiental;
- d) interpretar o conteúdo da norma *sub examine* como um dever ao prestador de serviços para, sempre que solicitado pelo usuário, proceder imediatamente à conexão.

Por fim, quanto à remuneração desses serviços, caso o titular dos serviços deseje cobrar algum valor pela conexão, ou pelo uso (ainda que potencial) desses serviços diante de sua disponibilidade (em razão da conexão obrigatória), deverá fazê-lo mediante taxa, nos termos do art. 145, inc. II, da Constituição e dos arts. 77 e 79 do Código Tributário Nacional. Além disso, a cobrança do uso das redes públicas apenas será tarifária se o proprietário assim concordar e contratar com o prestador de serviços, revelando-se o caráter voluntarístico da relação jurídica custeada por tarifa.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COÊLHO, Sacha Calmon. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **A Taxa no Sistema Tributário Brasileiro**. São Paulo: RT, 1968.

- 
- 1 Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 676-679; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 117-119; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 815; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 744-745; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 632-633; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 882-883.
  - 2 DI PIETRO, op. cit., p. 119; FURTADO, op. cit., p. 815; MEIRELLES, op. cit., p. 633.
  - 3 Op. cit., p. 632.
  - 4 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 676; DI PIETRO, op. cit., p. 119; FURTADO, op. cit., p. 815; GASPARINI, op. cit., p. 744; MEIRELLES, op. cit., p. 633. Em sentido contrário, entendendo que as limitações administrativas importam apenas numa determinação negativa (não fazer), MELLO, op. cit., p. 883.
  - 5 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 148, 166-169; DI PIETRO, op. cit., p. 108; FURTADO, op. cit., p. 665-667; MELLO, op. cit., p. 667-669.
  - 6 Op. cit., p. 296-297.
  - 7 Op. cit., p. 551.
  - 8 HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 333.
  - 9 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p.499.
  - 10 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.71.
  - 11 MORAES, Bernardo Ribeiro de. *A Taxa no Sistema Tributário Brasileiro*. São Paulo: RT, 1968, p.38-39.
  - 12 Ob.cit., p. 54. Em relação ao último elemento, o autor entende a contraprestação como resposta do Estado ao tributo recebido. Noutros termos, a contraprestação consiste na utilização das receitas tributárias para os fins ou atividades estatais, o que é característica de qualquer receita derivada.
  - 13 Constituição Federal, Art. 145, inciso II; Código Tributário Nacional, Art. 77.
  - 14 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.614.
  - 15 Ob. cit., p.503.
  - 16 Vide AgR no RE 361009/RJ, Rel.Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, julg. em 31.08.2010, publ. no DJe de 12.11.2010; RE 416.601, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, DJ de 30.09.2005; RE 588.332-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgado em 16.06.2010.
  - 17 Apud Roque Antonio Carrazza. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
  - 18 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 451.
  - 19 Ob. cit., p.451.

- 20 A contraprestação ora aludida é no sentido de troca, ou seja, de uma atividade estatal prestada ao contribuinte.
- 21 Fazem parte dessa corrente doutrinária: Hugo de Brito Machado e Kiyoshi Harada.
- 22 HARADA, Kiyoshi. *Ob.cit.*, p. 334.
- 23 Paulo de Barros Carvalho, Sacha Calmon Navarro Coêlho, Edvaldo Brito e Alberto Xavier são os expoentes dessa corrente doutrinária.
- 24 *Ob. cit.*, p. 509-510.
- 25 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.166.
- 26 *Ob. cit.*, p. 455.
- 27 *Ob. cit.*, p. 456-457.
- 28 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.502.
- 29 COÊLHO, Sacha Calmon. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 614.
- 30 Vide, a título de exemplo desse entendimento, a ADI 1717, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, julgado em 07.11.2002, DJ 28.03.2003, p.61.
- 31 A esse respeito, a indicação do proprietário como usuário do serviço é nitidamente uma opção do legislador por um sujeito passivo ficto, ou, se melhor analisado, de um responsável, sendo uma técnica típica do Direito Tributário. No âmbito da prestação de serviços por meio de contrato, o usuário (de direito) será sempre aquele que se assume o compromisso contratual com o delegatário de efetuar os pagamentos das tarifas em virtude da utilização, não havendo vínculo necessário com a propriedade do imóvel ou com os usuários de fato.
- 32 A indicação de sanção administrativa (multa) pelo descumprimento, como uma forma de execução indireta, traduz-se claramente como uma consequência do atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos. Não cabendo a delegatários do Poder Público a lavratura de auto de infração, tal sanção também corrobora no sentido de se entender a conexão obrigatória como uma limitação administrativa.
- 33 O tema da titularidade é nebuloso, havendo entendimentos em diversos sentidos (não somente em sentidos opostos). Indicamos esses dois níveis federativos em razão da plausibilidade jurídica de defesa das respectivas competências, aliados à indefinição pelo Judiciário, pendente de decisão no Supremo.
- 34 Paire sobre o Decreto Federal nº 7.217/10 uma razoável suspeita de ilegalidade e de inconstitucionalidade, porquanto o Poder Executivo federal estaria determinando como a Lei Federal nº 11.445/07 deve ser aplicada pelos titulares dos serviços públicos, que indubitavelmente não são federais. Se a atribuição constitucional dada à União foi para instituir diretrizes nacionais do saneamento básico, não haveria cabimento para especificação das diretrizes sem violação à repartição de competências constitucionais entre os entes federativos.

## THE MANDATORY CONNECTION TO WATER AND SEWERAGE PUBLIC SYSTEMS AND THE SERVICE COST

### ABSTRACT

This article studies the matter of mandatory connection to water and sewerage public systems and the payment of such services, proposing solutions for the implementation of art. 45 of Federal Law n. 11.445/07.

**Keywords:** Water and Sanitation. Public Services. Mandatory Connection.