

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE DIRETOR DE EMPRESA PRIVADA. Cabimento contra ato de diretor de empresa privada que executa serviço público, embora com tácita permissão do poder competente. Serviço de abastecimento de água às populações urbanas é público por natureza e se contém na competência do Município. Ilegalidade do corte determinado pelo diretor da empresa permissionária, embora visando impedir edificação clandestina em terreno do usuário do serviço.

Antônio José Didonet

Promotor Público junto à 1.^a Vara da Fazenda Municipal

A sucessão de H. B. T. pede mandado de segurança contra a administração de A. B., que, para impedir uma ampliação clandestina no prédio de propriedade da impetrante, sito no Balneário Atlântida, município de Osório, fez cessar, mediante “corte”, o fornecimento de água ao mencionado prédio.

Naquele balneário, a hidráulica, reservatórios e rede pública é de propriedade da impetrada, que, ao prestar informações, em preliminar, suscita o descabimento da medida, seja por ver uma relação exclusivamente de direito privado entre ela e seus usuários, seja porque a religação liminarmente ordenada, efetivada como foi, estaria a prejudicar o prosseguimento do processo. No mérito, confirma a prática do ato impugnado.

Preliminarmente, é de observar que a sucessão impetrante está em juízo por meio de quem presumivelmente seja sua inventariante, mas que não comprova essa condição. Assim, para que a representação se regularize (art.º 12, V, do CPC), é necessário que a certidão do compromisso de inventariante venha aos autos.

Das preliminares argüidas, a segunda não oferece a menor relevância. O cumprimento da medida liminar não extingue o pedido.

A primeira, no entanto, comporta exame mais acurado. Diz a impetrada que em Atlântida explora o fornecimento de água sem qualquer contrato com o Município de Osório; que as relações com seus usuários são estritamente contratuais e de direito privado; e que, de conseqüência, seus atos, inclusive o impugnado, não são “atos de autoridade”, nem ensejam mandado de segurança.

Necessário é determinar, por isso, se a impetrada, ao fornecer água à população de Atlântida, está preposta à execução de um serviço público.

Na tarefa de realizar o bem comum, o Estado comparece e atua em diferentes áreas. Na que diz com a realização do progresso social, atra-

vés de uma infundável série de serviços públicos, é freqüentemente admitida a atividade, ou competência concorrente de entidades privadas. Assim é no ensino, na produção e distribuição de energia elétrica, na exploração do sub-solo, e em tantos outros setores.

“Serviço público é todo o serviço existencial, relativamente à sociedade, ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestada aos componentes daquela, direta ou indiretamente pelo Estado, ou outra pessoa administrativa” (LIMA, Cirne. **Princípios de Direito Administrativo brasileiro**, 3. ed. § 10.º, n.º 3, p. 84).

O conteúdo da existencialidade do serviço, diz ainda o autor citado, corresponde à sua utilidade pública, cujo conceito, ou medida, é variável no tempo e no espaço. (Op. cit., § 10.º, n.º 5).

Para Gaston JÈZE “Cuando la satisfacción de una necesidad de interés general no está asegurada por el procedimiento del servicio público, y la autoridad pública competente, em las condiciones y formas legales, acepta la colaboración de particulares con un **patrimonio privado especial** a ese efecto, se dice que hay un **establecimiento de utilidad pública**. El establecimiento de utilidad pública no debe confundirse con el establecimiento público.” (**Principios generale de Derecho Administrativo**; trad. de 1.ª 3. ed. francesa. De Palma, v. 2, t. 1, p. 42).

Adotando essa distinção, José CRETELLA JUNIOR adverte: Não confundir, portanto, **serviços públicos** com **serviços de utilidade pública**, que diferem pela fonte de que promanam. Serviços de utilidade pública são os serviços públicos ou coletivos exercidos por pessoas jurídicas de direito privado.” (**Manual de Direito Administrativo**. Forense, p. 188).

Assim, embora exercido por pessoa natural ou jurídica de direito privado, público será o serviço de utilidade pública.

E o serviço de fornecimento de água potável que, segundo resultará demonstrado, por sua natureza deve considerar-se público, assim é também referido em algumas fontes legais e doutrinárias.

Ao permitir organizações próprias de previdência, em situações que define, o Decreto Federal n.º 26.778/49, em seu art. 1.º menciona, entre outros, os **serviços públicos de água**, mesmo quando explorados por entidades particulares.

Hely Lopes MEIRELLES, ao identificar na higiene pública o esteio da salubridade das populações, considera “as redes de água potável” entre os pontos de especial atenção da polícia sanitária administrativa. (**Direito Administrativo brasileiro**, 2. ed. RT, p. 117).

No Código de Águas (Decreto Federal n.º 24.643/34), enquanto disciplina o uso e aproveitamento das águas, especialmente para a produção de energia, o legislador se preocupa sempre em ressaltar e reservar as que se destinam às primeiras necessidades da vida.

A Lei Estadual n.º 5.167/65, em seu art. 1.º autorizou a constituição da Companhia Riograndense de Saneamento - CORSAN, com o fim de, entre outros, explorar os **serviços públicos de água**, cujas tarifas, anteriormente, eram fixadas em lei (n.º 2.823, de 30.12.55), e cuja importância no saneamento do meio transparece na Lei Estadual n.º 6.503, de 22.12.72 (arts. 15, 18 e 28).

É de Hely Lopes MEIRELLES o entendimento segundo o qual... "A água, como elemento vital indispensável, fica sujeita à mais rigorosa polícia sanitária municipal, desde a sua captação até o consumo domiciliar. Não só a potável merece ser policiada e tratada tecnicamente, mas toda água destinada a utilização doméstica, por ser veículo das mais diferentes moléstias e infecções provocadas por micróbios, fungos e bactérias, que penetram no organismo humano, não só pela boca, como e principalmente pela pele, o que exige rigorosa fiscalização..." (Op. cit., p. 120).

Reconhecendo a importância da água para a vida humana, o legislador foi particularmente rigoroso com os agentes de sua poluição (C. Penal, art. 271; C. Civil, art. 584; Código de Águas, arts. 98 e 109 a 116).

Daí a assertiva de que o serviço de abastecimento de água às populações é público por natureza. Difere de outros, em que ao prestador do serviço, ou fornecedor do bem de consumo é permitido usar os expedientes normais da atividade comercial. Não oportuniza ao usuário o direito de escolha: só há um fornecedor, e é obrigatória a ligação de toda construção habitável à rede pública de água (art. 18 da Lei Estadual n.º 6.503, de 22.12.72).

A execução, ou prestação desse serviço público não está expressamente reservada a qualquer das esferas do poder. É de se entender, no entanto, estar contida na competência do Município, por força do que dispõe o art. 15, II, "b", da Emenda Constitucional n.º 1/69.

A lei ordinária estadual considera o abastecimento d'água problema básico de saneamento, e problema municipal, tanto que se propõe prestar assistência ao Município, visando a correspondente solução (art. 15, § 1.º, da Lei Estadual n.º 6.503/72). Na lei que autorizou a criação da CORSAN, vê-se que, até então, os serviços de saneamento eram executados pelo Estado em convênio com os Municípios (art. 8.º da Lei n.º 5.167/65). Nesta capital e em várias cidades, tais serviços são realizados pelo Município, diretamente ou por suas autarquias. É a empresa estadual que deles se ocupa só os assume se expressamente autorizada pelo Município interessado.

São serviços públicos tipicamente locais, principalmente por motivos técnicos: parece inviável, ao menos por ora, o funcionamento de rede d'água servindo a diversas cidades distantes.

No caso em exame, a impetrada, empresa particular, explora o serviço público de fornecimento de água às habitações do balneário Atlântida. Serviço público que se contém na competência do Município de Osório, e que não se sabe — nada o diz nos autos — a que título foi cometido à requerida.

Embora se desconheça a origem da preposição da impetrada — se concessão, autorização, ou permissão — o certo é que ela está, expressa ou tacitamente autorizada, no ostensivo desempenho de atividade tipicamente pública; substituindo-se ao Poder Público, prestando um serviço de utilidade pública, que caracteriza o contrato de direito público. (NUES, Castro. **Do mandado de segurança**. 6. ed. Forense, p. 162).

Por isso, o ato impugnado, embora praticado por representante de empresa privada, há de ser entendido como ato de autoridade, passível de exame em mandado de segurança.

No mérito, é de ser concedida a ordem. Ilegal e abusivo é o corte, desde que a sucessão impetrante está em dia com o pagamento da tarifa devida pelo fornecimento da água.

A motivação do corte é ilegal. Não se pode, à toda evidência, admiti-lo como meio de impedir edificações não licenciadas, mesmo que comprovadamente clandestinas. Não há qualquer relação ou correspondência entre o serviço público de fornecimento de água e as exigências do Plano Diretor. Estas, por certo, devem ser respeitadas. Mas sua execução compulsória compete ao Município, que para tanto dispõe de meios eficazes, inclusive da ação demolitória das construções não licenciadas.

ASSIM, regularizada a representação processual da sucessão impetrante, o parecer é pelo conhecimento e pela CONCESSÃO do mandado de segurança.

PORTO ALEGRE, 8 de setembro de 1977.