
CACHOEIRAS, EXPLORAÇÃO ECONÔMICA E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Vladimir Passos Freitas

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná.
Professor de Direito Ambiental do Mestrado/Doutorado da PUC/PR.
Desembargador Federal aposentado.
Ex-presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.
E-mail: vladimir.freitas@terra.com.br

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar o tratamento jurídico dado às quedas d'água no Brasil, em especial às cachoeiras, tema praticamente ignorado pela doutrina e que, atualmente, adquire maior importância por força do crescimento populacional, da busca de lazer e também da crise da água, com reflexos sobre o consumo e a geração de energia. Para tanto, estudou-se a complexa relação entre o bem ambiental águas, que é de natureza pública, os imóveis que o cercam, via de regra propriedades particulares, a exploração econômica e os aspectos sociais. O método empregado foi o dedutivo, com pesquisa legislativa, bibliográfica e jurisprudencial. Por meio dessa abordagem pretende-se, como resultados, o reconhecimento da relevância do tema e o aprofundamento de seu estudo. Em conclusão, propõe-se que o uso e a exploração das cachoeiras se faça de modo a conciliar os aspectos sociais, econômicos e ambientais, assegurando-se o lazer juntamente com a preservação do meio ambiente.

Palavras-chave: Direito Ambiental; quedas d'água; cobrança; servidão de passagem.

*WATERFALLS, ECONOMIC EXPLOITATION
AND ENVIRONMENTAL PROTECTION*

ABSTRACT

The present article aims to analyze the legal treatment given to the waterfalls in Brazil, which is a topic almost ignored by the doctrine and that, nowadays, has greater importance due to the population growth, the search for leisure and also the water crisis, with reflections over the power consumption and generation. Therefore, a study was carried out about the complex relationship regarding the environmental asset water, which is of public nature, the buildings around it, usually private properties, the economic exploitation and the social aspects. A deductive methodology was used, with legal, bibliographic and case law research. Through this approach, it is intended to have, as a result, the recognition of the importance of this issue and its study in depth. The conclusion is that the use and exploitation of the waterfalls should conciliate the social, economic and environmental aspects, ensuring, at the same time, leisure and environmental preservation.

Keywords: *Environmental Law; waterfalls; collection; right of way.*

INTRODUÇÃO

O Direito tem alguns temas tratados à exaustão, milhares de artigos a dizer o que outros milhares já disseram e tem também alguns que, apesar de grande importância, são praticamente ignorados. O tratamento jurídico das quedas d'água é um deles. Certamente porque é assunto complexo e não pode ficar confinado à área jurídica, exigindo pesquisa na área da Geografia Ambiental, da Economia e do Turismo.

A primeira dificuldade é fazer a distinção entre os diversos tipos de queda d'água, que podem ir de um pequeno salto a uma gigantesca catarata. Na linguagem clara de estudo sobre Geografia Física, “queda d'água é a precipitação de uma massa d'água em consequência do desnivelamento da superfície terrestre”, sendo que “segundo características ou circunstâncias locais, as quedas d'água recebem denominações diversas, como cachoeira, cascata, catarata, salto e corredeira”. (BIOMANIA, acesso em 23 nov. 2014).

Estas espécies de precipitação de águas têm utilização diferente e, conseqüentemente, despertam interesse diverso para o Direito. Por exemplo, uma queda d'água de grande altura pode ser utilizada para produzir energia elétrica. Já uma corredeira, que nada mais é do que a velocidade maior alcançada por um rio pelo aumento da inclinação do solo, não apresenta nenhum interesse especial.

As cataratas, que são as precipitações mais abruptas e com expressivo volume de água (v.g., a de Foz do Iguaçu) e os saltos, que são quedas d'água verticais em ambiente rochoso, são utilizadas, via de regra, como paisagem turística ou para a produção de energia elétrica. As cascatas, que, segundo o Dicionário Socioambiental Brasileiro (PIZZATO, 2009, p. 59), consistem em uma “inclinação irregular no sentido vertical, no qual a água desliza sobre uma série de declives acidentados”, podem ser utilizadas para turismo ecológico, na modalidade de *rafting*.

Do ponto de vista da análise jurídica, o interesse maior repousa nas cachoeiras, que se conceituam como “queda abrupta de água no curso de um rio, ocasionada pela existência de um degrau no seu perfil longitudinal. As causas da presença de uma cachoeira num rio podem ser as mais variadas, mas, geralmente, estão relacionadas ao controle litoestrutural, como, por exemplo, a presença de falha, dobra, dique ou erosão diferencial”. (LIMA E SILVA, 2002, p. 34).

1 NATUREZA JURÍDICA DOS BENS AMBIENTAIS

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, no seu artigo 3º, inciso V, dispôs que são recursos ambientais a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora. Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 estabelece, no artigo 225, *caput*, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Os recursos naturais, entre eles a água, fazem parte de uma categoria maior, a dos recursos ambientais e, conseqüentemente, são parte do meio ambiente protegido pela Constituição e que é considerado bem de uso comum do povo. Por isso, Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2009) define o bem ambiental da seguinte forma:

O bem ambiental é, portanto, um bem de uso comum do povo, podendo ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais, e, ainda um bem essencial à qualidade de vida. Devemos frisar que uma vida saudável reclama a satisfação dos fundamentos democráticos de nossa Constituição Federal, entre eles, o da dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o art. 1º, III. É, portanto, da somatória dos dois aspectos – bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida – que se estrutura constitucionalmente o bem ambiental. (FIORILLO, 2009, p.109)

Todavia, a análise revela-se mais complexa porque a Constituição Federal de 1988 atribui a propriedade de determinados bens ambientais a certas pessoas. É o caso das águas, que os artigos 20, inciso III, e 26, inciso II, do texto constitucional dispõem que são bens da União ou dos Estados membros. Pertencem à União os lagos, os rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais. Os Estados são proprietários das águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

Como lembra José Ribeiro (2002, p. 42), “as águas que integram o domínio dos particulares passaram a integrar pela nova ordem constitucional, o domínio público”. Persiste, todavia, uma exceção ao domínio público das águas. Refiro-me às nascentes localizadas na Serra do Araripe,

na região do Cariri, Estado do Ceará, onde, desde 1854, há um sistema no qual os proprietários dos imóveis “possuidores de títulos de direitos de uso da água - negociam estes direitos e legitimam as transações com água no Cartório Público da Cidade do Crato”. (ABREU; PINHEIRO, 2007).

Portanto, as cachoeiras que se encontrem em rios que banhem mais de um Estado ou sirvam de limites com outros países (v.g., rio São Francisco) pertencem à União. Já as que se encontrem em rios que não estejam em tais condições, que tenham seu nascedouro e sua foz no território de um mesmo Estado, são propriedade estadual (v.g., rio Tibagi, no Paraná).

Evidentemente, é difícil conciliar o texto constitucional, que, em um momento, atribui propriedade a um ente público (União ou Estados) e em outro afirma que os bens ambientais são de uso comum do povo. Para Paulo Affonso Leme Machado (2014, p. 148) “o meio ambiente é um bem coletivo de desfrute individual e geral ao mesmo tempo”. Clarissa Ferreira Machado D’Isepe (2010, p. 262) observa que as águas são patrimônio comum da nação, bem de uso comum do povo.

Em minha opinião, a regra especial da Constituição Federal (artigos 20, III, e 26, II) prevalece sobre a geral (artigo 225, *caput*, dessa mesma Constituição), segundo antiga regra de hermenêutica. Consequentemente, as águas no Brasil são públicas e de propriedade da União e dos Estados, e não bem de uso comum do povo, conforme regra geral para todos os bens ambientais. Porém, evidentemente, isto não significa que os detentores do domínio (União ou Estado membro) possam exercer sobre elas poder absoluto. Muito ao contrário, eles se submetem a todas as normas ambientais, exatamente como o particular. A condição de detentores do domínio não lhes dá qualquer direito de comportamento privilegiado.

A conclusão, portanto, é que as cachoeiras que se encontrem no interior ou na divisa de propriedades, com ou sem vias de acesso, são de domínio público, podendo pertencer à União ou a um dos Estados que compõem a Federação brasileira.

2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DO MEIO AMBIENTE

O direito à propriedade vem sofrendo transformações ao longo da história. No início considerado absoluto, o direito à propriedade vem-se adaptando aos novos tempos e às necessidades sociais e econômicas,

inclusive sob a pressão do aumento populacional.

A Constituição Federal de 1988 assegurou, em seu artigo 5º, inciso XXII, o direito à propriedade; porém, no inciso XXII, condicionou-o ao atendimento da função social. Com clareza, observa Eugênio Facchini Neto (2013) que,

Na verdade, a propriedade não consubstancia mais um direito subjetivo *justificado exclusivamente pela sua origem*, no sentido de que bastaria ao seu proprietário comprovar a aquisição da propriedade por uma das formas legais, para automaticamente poder invocar a tutela forte do Estado. Ao contrário, a propriedade que se pretende dotada de uma função social é tutelada apenas à medida que é exercida em consonância com objetivos sociais que ultrapassam o interesse individual do proprietário. (FACCHINI NETO, 2013, p. 316)

Alargando a lição citada e passando-a a bens ambientais de valor turístico, vale lembrar as palavras de Guilherme Purvin de Figueiredo (2011, p. 305), para quem esses bens “constituem patrimônio público, nos termos da Lei da Ação Popular. Esse novo enquadramento legal dado a esses bens é considerado pela doutrina como um extraordinário avanço legislativo”.

O Código Civil brasileiro seguiu na mesma trilha, pois, em seu artigo 1.275, inciso III, declarou o abandono como causa de perda da propriedade urbana, devendo ele ser presumido quando o proprietário não exercer os atos de posse e não recolher os tributos devidos.

Além disto, esse Código Civil, em seu artigo 1.228, § 1º, adicionou à propriedade uma função ecológica. Vale dizer, além da função social, a propriedade deve atender também à função ambiental que, no caso, significa utilizá-la com respeito à legislação que protege a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, além de evitar a poluição do ar e das águas.

Portanto, o dever de proteção ambiental do proprietário de locais ao redor de cachoeiras consiste, entre outras coisas, em manter a mata ciliar nas suas margens, em não permitir que se lancem resíduos sólidos ou líquidos nas águas, em controlar o exercício ilegal da pesca, em evitar a abertura de fossas que possam contaminar o solo e as águas.

Caso o proprietário aja de forma contrária ao Direito ou, simplesmente, se omita, poderá ser responsabilizado civilmente. E não poderá justificar-se alegando residir em outro local, ter arrendado o imóvel, não

explorar comércio no local ou outro motivo semelhante, porque a responsabilidade, no caso, é solidária. Fábio Dutra Lucarelli (2001), ao analisar quem pode ser responsabilizado pelo dano ambiental, observa, com clareza, que

Toda e qualquer pessoa em relação à qual se possa atribuir uma relação de causa e efeito entre sua ação, omissão ou atividade profissional e o prejuízo ambiental verificado pode ser responsabilizada. Portanto, é legítima a figurar no polo passivo da relação jurídica qualquer pessoa física ou jurídica ou ideal cujas atividades impliquem em prejuízo à coletividade. Essa legitimação de toda e qualquer espécie de pessoa se dá a fim de respeitar-se a necessária isonomia, princípio basilar de nosso ordenamento jurídico. (LUCARELI, 2001, p. 255)

O Superior Tribunal de Justiça assim decidiu, em acórdão relatado pelo Ministro Hermann Benjamin, muito embora diversa a hipótese fática, mas, de qualquer forma, de interesse para que se avalie o alcance da responsabilidade civil:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. NATUREZA JURÍDICA DOS MANGUEZAIS E MARISMAS. TERRENOS DE MARINHA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ATERRO ILEGAL DE LIXO. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PAPEL DO JUIZ NA IMPLEMENTAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL. ATIVISMO JUDICIAL. MUDANÇAS CLIMÁTICAS.
DESAFETAÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO JURÍDICA TÁCITA. SÚMULA 282/STF. VIOLAÇÃO DO ART. 397 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ART. 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981.

(...)

13. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem.

14. Constatado o nexo causal entre a ação e a omissão das recorrentes com o dano ambiental em questão, surge, objetivamente, o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes, na forma do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81. (STJ. RESP 650728/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 23.10.2007).

3 A NATUREZA JURÍDICA DAS CACHOEIRAS

O uso e gozo do lazer nas cachoeiras e a exploração comercial na área de entorno são matérias pouco discutidas na doutrina. Da parte da população, pode ser invocado o direito ao lazer e a condição de bem público das águas, conforme os artigos 6º, *caput*, 20, inciso III, e 26, inciso II, da Constituição Federal. Do ponto de vista do proprietário, é possível invocar ser dono da área terrestre e seu dever de manter protegido o meio ambiente local. Vejamos.

3.1 O acesso às cachoeiras e a servidão de passagem

O aumento da população e a concentração da maior parte das pessoas nos centros urbanos fez com que o interesse pelas áreas de lazer tenha crescido continuamente, por permitir um contato direto com a natureza. Disso resulta que pessoas da vizinhança, ou mesmo de locais distantes das cachoeiras, procurem acesso para usufruir de seus encantos. A questão que se coloca é se o proprietário está obrigado a permitir a passagem.

O acesso às cachoeiras não tem marcos legais precisos e, portanto, rege-se pelas regras do Código de Águas, do Código Civil, de leis que dispõem sobre recursos hídricos, de leis municipais e de atos administrativos. Como se vê, a regulamentação é precária e importa em uma mescla de Direito Público e Privado.

O Código de Águas de 1934 foi revogado por várias normas posteriores, inclusive pelas disposições da Constituição Federal de 1988, mas alguns dispositivos ainda permanecem em vigor. Cid Tomanik Pompeu (2006, p. 209) dá-nos bom exemplo disto ao afirmar que “as disposições do art. 129 do mencionado Código permanecem válidas, devendo ser aplicadas em consonância com o art. 1.295 do CC/2002”. Na mesma linha conclui Eduardo Coral Viegas (2005, p. 77). Ocorre que, no que se refere às cachoeiras, especificamente, e às quedas d’água em geral, os artigos do Código de Águas que tratam da matéria (arts. 145 a 149) destinam-se exclusivamente à exploração hidráulica; portanto, sem nenhum interesse para a análise que aqui se faz.

Sob a ótica do Código Civil de 2002, o acesso pode ter duas perspectivas: existir por concordância ou por tolerância do proprietário, ou não existir e ser reivindicado por terceiros. Na primeira hipótese, admite-se a discussão do direito dos que transitam pelo local e utilizam a área de lazer,

invocando-se a servidão de passagem. Na segunda, poder-se-ia cogitar da reivindicação de passagem forçada.

O artigo 1.378 do Código Civil de 2002 trata da matéria e assim dispõe: “A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.”

Segundo Sílvio de Sálvio Venosa (2013, p. 451), “As servidões de notícia mais antiga são as de trânsito e de aqueduto. Essa modalidade de direito real sobre coisa alheia não possui enumeração legal. Tal como no Direito Romano mais recente, as servidões são estabelecidas segundo a necessidade dos prédios”.

A busca de acesso a uma cachoeira pode dar-se para lazer ou para a simples busca da água do rio, para uso próprio. A servidão de passagem para consumo de água encontra previsão no Código de Águas, Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, que, em seu artigo 34, inciso I, afirma que “é assegurado o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de águas para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho público que a torne acessível”. Para a busca das águas da cachoeira com fins lúdicos, como já afirmado, não há qualquer previsão no Código de 1934, época em que a população brasileira era pequena, e os recursos ambientais, mais disponíveis a todos.

Coisa diversa é prevista no artigo 1.385 do mesmo Código, que, na lição de Arnold Wald (2011, p. 263), “é o direito de passagem forçada, estudado nos direitos de vizinhança. Emanada da lei, e sem ele, seria impossível ao proprietário do prédio encravado entrar e sair livremente do seu terreno”. Portanto, a passagem forçada destina-se ao dono do prédio que não tem acesso à via pública, nascente ou porto, e que pode exigir do vizinho seu direito de acesso.

Este permissivo da lei civil, evidentemente, adequa-se ao uso da água para consumo próprio, que deve ser a todos assegurada pelo direito à vida e em face do princípio da dignidade humana. No entanto, não se ajusta à utilização de cachoeira como forma de lazer. Resumindo, não têm os vizinhos ou terceiros o direito de exigir passagem para que possam utilizar cachoeira como parte de seu entretenimento.

Outrossim, registre-se que a Lei nº 6.938/81 viu introduzido em seu texto o artigo 9º-A, por força da redação que lhe deu a Lei nº 12.651, de 2012. Nele se fala em servidão ambiental, que nada tem a ver com a

que serve de acesso a bens ambientais como os rios e cachoeiras. Com clareza, Édis Milaré (2014, p. 882) registra que “a servidão ambiental é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente e envolve, basicamente, a renúncia voluntária do proprietário rural ao direito de uso, exploração ou supressão dos recursos naturais existentes em determinado prédio particular”.

Finalizando, resta repetir antiga, mas atual, lição de Washington de Barros Monteiro:

De tudo quanto ficou exposto, extrai-se a conclusão de que as servidões se acham efetivamente impregnadas daquela ideia de submissão de um prédio a outro, de sujeição permanente de uma propriedade a outra, como de início se acentuou. Nelas se descobre, portanto, certa analogia com a servidão humana, o que justifica o vocábulo sugestivamente empregado pelo legislador. (MONTEIRO, 1972, p. 289)

3.2 A proteção ambiental das cachoeiras

As cachoeiras regem-se pelas mesmas normas que os demais bens ambientais, ou seja, a partir do artigo 225 da Constituição Federal até as normas estaduais e municipais, além de resoluções e outros atos administrativos. Importante, todavia, é frisar a importância da legislação municipal em tais casos, pois são esses entes que detêm o conhecimento das peculiaridades locais e o interesse em manter atividades que ofereçam lazer à população, empregos e recolhimento de tributos.

Sendo grande o afluxo de pessoas, evidentemente corre-se o risco de impacto sobre a mata ao redor da área, lançamento de dejetos, vazamento de líquidos e outras formas de poluição do solo ou das águas. A preservação exige a criação de sanitários, serviços de limpeza, vigilância, estacionamento e outros tantos.

E as cautelas vão além do aspecto ambiental. Também se revela necessário o fornecimento de segurança aos que buscam o local. Para ficar apenas em um exemplo desse risco, registre-se a morte do estudante universitário Guilherme Reche, com 20 anos de idade, no dia 24 de novembro de 2013, nas cachoeiras do rio São Marcos, Município de São Marcos, Rio Grande do Sul (L'Attualità, 2013). Alguns municípios possuem regras específicas para a frequência.

O Município de Brotas, localizado no centro do Estado de São Paulo, tem forte manancial hídrico, com destaque para o rio Jacaré

Pepira, sobressaindo-se pelo turismo ecológico praticado em suas represas, corredeiras e cachoeiras. Buscando conciliar o turismo e a proteção de seus recursos naturais, na busca de sustentabilidade foi editada a Lei Municipal nº 1.874, de 2003, que dispõe sobre o Licenciamento Turístico Ambiental - LTA - das atividades e empreendimentos turísticos do Município. A referida lei, nos artigos 1º, 3º, I, II, IV, V, VI, e parágrafo único, 19, dispõe sobre as atividades turísticas que necessitam de Licenciamento Turístico Ambiental; e entre elas estão as que se exercem nas cachoeiras.

O Município de Prudentópolis, no Paraná, destaca-se pela beleza de suas cachoeiras gigantes, como o Salto São Francisco, com 196 metros, o Salto Barão, com 64 metros, o Salto São João, com 84 metros, e o São Sebastião, com 120 metros de altura. A Lei nº 1.450, de 1990, institui a Política do Meio Ambiente do Município de Prudentópolis e, através de leis especiais, como as números 1.463, 1.464 e 1.467, de 9 de agosto de 2005, o Município protege suas cachoeiras, proibindo a pesca e qualquer atividade que possa pôr em risco a integridade dos ecossistemas e a harmonia da paisagem, bem como competições esportivas, atividades que possam perturbar a fauna ou provoquem impactos ambientais na área, a utilização de barracas ou qualquer tipo de acampamento, sem prévia autorização do órgão gestor da unidade.

Portanto, proprietários, frequentadores e poder público devem adaptar-se aos novos tempos e atender às exigências da proteção ambiental a que estamos todos sujeitos, sem prejuízo de outras que se revelem necessárias.

3.3 A cobrança pelo uso das cachoeiras

A questão da cobrança pelo uso das cachoeiras é o epílogo de todas as considerações feitas. Põe-se na discussão tal possibilidade, porque as águas são públicas, ainda que as terras que as cercam possam ser particulares.

As cachoeiras podem receber um número variável de pessoas, dependendo de estarem ou não localizadas próximas de centros urbanos, bem como da população do local ou das proximidades. Evidentemente, uma cachoeira localizada no meio da selva amazônica não atrairá pessoas como outra situada em área próxima de Belo Horizonte ou de Porto Alegre.

Quando a área em que se acha a cachoeira situa-se em uma uni-

dade de conservação (p. ex., o Parque do Itatiaia, RJ), a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, conhecida como Lei do SNUC, permite, em seu artigo 34, a cobrança pelo ingresso no local. Por isso, Márcia Dieguez Leuzinger observa que,

Muito embora a visitação a unidades de conservação em geral cause impacto, ela é admitida pela Lei do SNUC na grande maioria das categorias de manejo, excetuando-se apenas as estações ecológicas e as reservas biológicas. Isso porque a visitação, além de possibilitar a disseminação de educação ambiental e lazer em contato com a natureza, também pode gerar renda para a UC e para a população local, por meio, respectivamente, da cobrança de ingressos e da exploração de serviços ligados ao turismo. Todavia, como o principal objetivo de qualquer UC é a proteção do ambiente natural, com especial destaque para os recursos da biodiversidade, a visitação deve estar prevista no plano de manejo da unidade, que abarca o plano de uso público, e ser realizada de acordo com as restrições nele impostas. (LEUZINGER, 2013, s/p.)

Este tipo de exploração, muitas vezes, gera conflitos. Na vila de Maromba, Município de Visconde de Mauá, RJ, região que se caracteriza por ter grande quantidade de cachoeiras, houve tentativa de implantação de cobrança pelo uso da cachoeira do Escorrega, gerenciada pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBIO. O fato gerou polêmica entre a população local e a Associação de Moradores e Amigos de Maringá, Maromba, Vales do Pavão e Cruzes - ASSOMAR, que convidou os moradores para uma audiência pública no dia 21/11/2012. Sem decisão, o tema pendente de análise nas instâncias administrativas (ASSOMAR, 2012).

Para as áreas particulares, não há previsão legal explícita. Todavia, a cobrança deve ser permitida com base nos motivos seguintes:

a) na falta de regulação explícita na lei civil, autoriza-se o uso da analogia e dos princípios gerais do Direito, conforme permite o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil;

b) o artigo 34 da Lei do SNUC, de nº 9.985/2000 pode ser invocado pelo proprietário particular, por analogia;

c) o artigo 844 do Código Civil, que veda o enriquecimento sem causa, pode ser também utilizado como fundamento à cobrança, pois nele está o mandamento de que a ninguém é dado enriquecer-se pelo esforço alheio ou beneficiar-se sem contrapartida em prejuízo de outrem.

d) a permissão de que terceiros utilizem o bem ambiental, impondo ao dono o ônus de suportar sua presença em área de sua propriedade, sem poder exercer qualquer tipo de controle, poderia levar ao paradoxo de que, se eventuais danos ambientais vierem a ser causados por frequentadores, o dono será civilmente responsável. Aplica-se aqui o princípio: “na interpretação, deve preferir-se a inteligência que faz sentido à que não faz”.

Portanto, ao proprietário assiste o direito de exploração econômica do local e de cobrança pelo uso do bem situado no interior de seu imóvel. Todavia, essa exploração sujeita-se aos regramentos administrativos e ambientais. Conforme o porte do empreendimento poderá, inclusive, ser exigida avaliação do impacto ambiental, como previsto na Lei nº 6.938, de 28 de agosto de 1981, art. 9º, inc. III. E, ainda, em determinadas circunstâncias, que seja facultado o ingresso gratuito para que se promova a educação ambiental, tendo em vista a função social da propriedade, o dever de todos de zelar por um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a proposta mandamental de que se promova a educação ambiental e a conscientização pública, tudo conforme o art. 5º, inc. XXII, e o art. 225, *caput*, e § 1º, inc. VI, ambos da Constituição Federal de 1988.

4 A JURISPRUDÊNCIA NOS CONFLITOS SOBRE A MATÉRIA

Os conflitos que envolvem a utilização das cachoeiras começam a ser levados ao Poder Judiciário. Todavia, como as situações são muito diferentes entre si, ainda não se pode falar em jurisprudência consolidada sobre a matéria. Vejamos alguns precedentes.

O Tribunal de Justiça de São Paulo examinou, em sede de agravo de instrumento, os limites de visitação pública à Cachoeira Paraíso, situada na Estação Ecológica Jureia-Itatins, no litoral sul do Estado, com 82.000 hectares e abrangendo o Município de Peruibe e outros três. Estação Ecológica é um tipo de unidade de conservação de proteção integral e, portanto, não sustentável. As únicas atividades permitidas são a pesquisa científica e a visitação, desde que a título educacional (Lei nº 9.985, de 18/7/2000, art. 9º). O Ministério Público propôs Ação Civil Pública, sustentando a impossibilidade de uso da Estação Jureia-Itatins para visitação, atribuindo ilegalidade à Portaria Normativa FF/DE 121/09, que regulamenta a matéria. A Câmara Reservada do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça paulista, examinando liminar concedida em primeira instância, considerou a Portaria impugnada como ato regulamentar e admitiu que ela

regulasse o acesso ao parque ecológico. Todavia, a Corte exigiu que a finalidade fosse de educação ambiental, vedado o comércio no local e o uso da cachoeira para banhos (TJSP, Agravo de Instrumento nº 990.10.240000-0, Peruíbe, Câmara Reservada do Meio Ambiente, rel. Des. Torres de Carvalho, j. 16/9/2010).

No Estado de Santa Catarina, Comarca de São Bento do Sul, foi proposta uma ação de desapropriação contra empresa que detinha uma área no Município de Campo Alegre, na qual estava localizada a Cascata Paraíso da Serra. Ocorre que o Corpo de Bombeiros advertiu o proprietário do imóvel dos inúmeros afogamentos e acidentes que estavam ocorrendo no local. Diante de tal fato, o proprietário da área proibiu a circulação de pessoas na área. Mas como aquele já era um ponto turístico muito frequentado, surgiu um conflito de interesses, com repercussão social. O Município propôs, em 14 de março de 2008, uma ação de desapropriação e depositou R\$ 67.993,50 (sessenta e sete mil novecentos e noventa e três reais e cinquenta centavos), a título de indenização. A discussão deixou de ser ambiental por causa da expropriação, mas o precedente é interessante, porque mostra como se deu solução ao caso. A Corte catarinense manteve a liminar dada pelo Juízo de Primeiro Grau ao Município, porém determinou que se fizesse avaliação prévia do imóvel para fins de depósito (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2008.035143-7, Terceira Câmara de Direito Público, relator Des. Pedro Manoel Abreu, j. 28/1/2011).

Outra decisão judicial que envolveu o uso turístico de local com cachoeira, utilizado para fins de recreação, vem do mesmo Tribunal catarinense. Examinando recurso de apelação, no qual se discutia indenização pela morte de adolescente por afogamento, nas proximidades da cachoeira e de piscina natural, a Corte estadual entendeu ser indevido qualquer pagamento, porque ela se destinava apenas a atividade gastronômica, e o acesso ao balneário era gratuito e indistinto, além de contar com placas indicativas de perigo (TJSC, Apelação Cível n. 333540 SC 2005.033354-0, Primeira Câmara Cível, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j.11/11/2009).

O Superior Tribunal de Justiça teve ocasião de julgar recurso especial, dirigido contra acórdão da 11ª Câmara do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, no qual se discutia o direito de acesso a uma área de lazer chamada de “Cachoeira”, situada no Bairro das Laranjeiras, Município de Juitiba, Comarca de Itapeverica da Serra. O conflito posto em juízo originou-se de um condomínio com várias chácaras, no qual havia uma área de uso comum, com uma cachoeira, churrasqueiras e tri-

lhas em um bosque. Por permissão do proprietário, essa área de lazer era utilizada pelos demais condôminos e também por terceiros, inclusive grupos de escoteiros. Todavia, a chácara foi vendida, e o comprador cercou-a, impedindo o acesso de todos ao local. Proposta ação possessória (interdito proibitório) por pessoas que utilizavam esse local, foi esta julgada improcedente em primeira instância. Em recurso de apelação, a Corte estadual deu provimento ao recurso, para manter o livre trânsito na área. Julgando o recurso especial, o STJ (STJ. REsp nº 316.045, SP, 3ª. Turma, Rel. Ministro Villas Bôas Cueva, j. 23/10/2012) reformou o acórdão, afirmando que servidão, por ser forma de limitação de propriedade, deve ser interpretada restritivamente e que “Não identificada, no caso dos autos, hipótese de passagem forçada ou servidão de passagem, inviável a proteção possessória pleiteada com base no alegado direito”. Portanto, a Corte afastou o direito de acesso à cachoeira, inclusive por não haver autorização expressa do novo proprietário, que não se vinculava à tolerância do antigo dono (STJ. REsp nº 316.045, SP, 3ª. Turma, rel. Ministro Villas Bôas Cueva, j. 23/10/2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de muito já se ter dito, na literatura, sobre a propriedade e suas limitações, entre elas aquelas de caráter ambiental, o tema da exploração turística das cachoeiras ainda é pouco discutido nos tribunais. Na verdade, paira sobre o assunto um desconhecimento quase absoluto, muito embora sua relevância seja notória e com tendência de crescimento em futuro próximo.

Os resultados que podem advir dessa pesquisa são positivos e de fácil percepção. Primeiro porque, sendo evidentes os conflitos que surgirão das águas de cachoeiras, possivelmente não apenas para o lazer, mas também para o abastecimento e para a captação de energia elétrica, a análise que ora se faz servirá de ponto de partida para as discussões, indicando aos atores envolvidos quais as posições divergentes e facilitando, assim, o debate e a tomada de decisões.

A pesquisa realizada, desde logo, permite chegar algumas conclusões:

a) as águas das cachoeiras são bens públicos, pertencem à União ou ao Estado em que eles se situam, tudo a depender das características do rio em que elas se encontrem;

b) o acesso às cachoeiras, situem-se essas em locais públicos (p. ex., parque nacional) ou em propriedades particulares, não pode ser exigido por terceiros, incondicionalmente.

c) é, em princípio, admissível a exploração econômica na área de entorno das cachoeiras, com comércio, vestiários e vigilância, desde que autorizada pelo poder público e avaliado, nos casos de significativo dano, o impacto ambiental;

d) em face da função social da propriedade e do mandamento constitucional que impõe a todos o dever de zelar pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado (Constituição Federal, arts. 5º, XXVII, e 225, *caput*, e § 1º, inc. VI), revela-se possível que o ato permissivo da exploração a condicione à permissão de utilização gratuita em casos de educação ambiental;

e) o poder público, caso queira possibilitar o acesso da população a cachoeiras que se situem no interior de propriedades particulares, poderá desapropriar área de acesso necessária a tal finalidade.

Em síntese, o cipoal legislativo que envolve a matéria deverá ser interpretado sempre com foco no tripé desenvolvimento econômico, aspectos sociais e proteção ambiental. As premissas resultantes desse estudo, que ora se apresentam, visam a assegurar ao proprietário o uso econômico de área de sua propriedade que circunda a queda d'água, permitindo-se que ela seja frequentada por terceiros mediante a cobrança de valores controlados pelo poder público municipal e adequados à realidade socioeconômica local, sujeitando-se à visitação gratuita de estudantes, para que se promova a educação ambiental e, finalmente, protegendo-se o meio ambiente, dotando-se a área de serviços de limpeza, de proteção e de trilhas que causem o menor impacto possível, bem como de outros que se revelem necessários.

REFERÊNCIAS

ABREU, Inah Maria de; PINHEIRO, José César Vieira. *Aspectos Econômicos e Legais do Modelo de Gestão das Águas na Região do Cariri-CE*. Resumo. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/3626/1/2007_art_jcvpinheiro.PDF>. Acesso em: 23 nov. 2014.

ASSOMAR. *Cachoeira do Escorrega - ASSOMAR realizou assembleia para debater o tema com moradores da região de Visconde de Mauá*.

Disponível em: <http://assomaritatiaia.blogspot.com.br/search/label/Cachoeira%20do%20Escorrega>. Acesso em: 2 dez. 2014.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*, v. 3. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BIOMANIA. *Geografia física – queda d'água*. Disponível em <http://www.biomania.com.br/bio/conteudo.asp?cod=2332>. Acesso em: 23 nov. 2014.

D'ISEPE, Clarissa Ferreira Macedo de. *Água Juridicamente Sustentável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. *A função social da propriedade como direito fundamental*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de. *Curso de Direito Ambiental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2009.

L'ATTUALITÀ. *Jovem morre afogado no Rio São Marcos*. Disponível em: <http://www.lattualita.com.br/noticia.php?Id=1604>. Acesso em: 28 nov. 2014.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Uso público em unidades de conservação*. Disponível em: <http://www.nima.puc-rio.br/aprodab/artigos/uso_publico_em_unidades_de_conservacao_marcia_leuzinger.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014.

LIMA E SILVA, Pedro Paulo de, e outros. *Dicionário Brasileiro de Ciências Ambientais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

LUCARELLI, Fábio Dutra. Responsabilidade civil por dano ecológico. In: *Doutrinas Essenciais. Direito Ambiental*, v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2014.

PIZZATO, Luciano; PIZZATTO, Raquel. *Dicionário Socioambiental Brasileiro*. Curitiba: Tecnodata Educacional, 2009.

POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de Águas no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIBEIRO José. Propriedade das águas e o Registro de Imóveis. In: Freitas, Vladimir Passos de (Coord.). *Águas. Aspectos Jurídicos e Ambientais*. Curitiba: Juruá, 2002.

STJ. *REsp n° 316.045, SP*. 3ª. Turma. Rel. Ministro Villas Bôas Cueva. J. 23.10.2012.

STJ. *REsp n° 650728/SC*. Rel. Min. Herman Benjamin. J. 23.10.2007.

TJSC. *Agravo de Instrumento n. 2008.035143-7*. Terceira Câmara de Direito Público. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu. J. 28.01.2011.

TJSC. *Apelação Cível n. 333540 SC 2005.033354-0*. Primeira Câmara Cível. Rel. Des. Joel Figueira Júnior. J.11.11.2009.

TJSP. *Agravo de Instrumento n° 990.10.240000-0*. Peruíbe, Câmara Reservada do Meio Ambiente. Rel. Des. Torres de Carvalho. J. 16.09.2010.

VENOSA, Sílvio de Sálvio. *Direito Civil – Direitos Reais*. v. 5. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão Jurídica da Água*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WALD, Arnold. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Artigo recebido em: 18/03/2015.

Artigo aceito em: 31/08/2015.