

## ACESSO ÀS CACHOEIRAS: UM ESTUDO DO DIREITO AO *COMMONING* APLICADO AOS BENS NATURAIS

Vanessa de Castro Rosa<sup>1</sup>

**Resumo:** as águas são reconhecidas como bem ambiental, de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e ao equilíbrio ecológico, nos termos constitucionais. No Direito das Águas, ramo específico do direito ambiental que conta com constante desenvolvimento e aprimoramento diante das questões urgentes que o meio ambiente reclama solução, a questão das águas vem ganhando novas dimensões e novos contornos e jurídicos, filosóficos e políticos, no sentido de se buscar a proteção deste recurso natural, a fim de garanti-la como direito para as presentes e futuras gerações e condição de dignidade. Neste sentido, objetiva-se compreender as águas, como bem comum, à luz do direito ao *commoning*, a fim de fornecer-lhe um sistema próprio de gestão coletivo, democrático, com sistemas próprios de vigilância, proteção, colaboração, cuidado e resolução de conflitos, de modo que o acesso seja garantido a todos seres vivos. A abordagem teórica do presente trabalho se faz a partir de Chirstophe Aguiton, Christiam Laval e Pierre Dardot no conceito de bem comum e na crítica do neoliberalismo sobre os comuns. Conclui-se que a água é um bem comum transgeracional, que deve ser tratado sob a lógica atual dos *commons*, inclusive no tocante ao acesso às cachoeiras, a fim de democratizar o seu acesso a todos.

**Palavras-chave:** cachoeiras; direito de acesso; bem comum, *commoning*.

**Abstract:** waters are recognized as an environmental asset, for common use by the people, essential to a healthy quality of life and ecological balance, under constitutional terms. In Water Law, a specific branch of environmental law that has constant development and improvement in the face of urgent issues that the environment demands a solution to, the water issue has been gaining new dimensions and new legal, philosophical and political contours, in the sense of seek the protection of this natural resource, in order to guarantee it as a right for present and future generations and a condition of dignity. In this sense, the objective is to understand waters, as a common good, in light of the right to *commoning*, in order to provide it with its own collective, democratic management system, with its own systems of surveillance, protection, collaboration, care and resolution of problems. conflicts, so that access is guaranteed to all living beings. The theoretical approach of this work is based on Chirstophe Aguiton, Christiam Laval and Pierre Dardot in the concept of common good and the critique of neoliberalism on the commons. It is concluded that water is a transgenerational common good, which must be treated under the current logic of the commons, including with regard to access to waterfalls, in order to democratize access to it for everyone.

**Keywords:** waterfalls; right of access; very common, *commoning*.

---

<sup>1</sup> Professora efetiva da Universidade do Estado de Minas Gerais, Departamento de Ciências Jurídicas de Ituiutaba. Doutora em Direito Político e Econômico (Mackenzie). Mestra em Direitos Humanos (FIEO). Bacharela em Filosofia. Bacharela em Direito (UNESP).

## Introdução

O tema acesso às cachoeiras reflete um problema social existente na realidade brasileira, em que muitas cachoeiras se localizam em áreas públicas ou privadas, cujo acesso é proibido à população. Nas áreas privadas, há proprietários que alegam, entre outros argumentos, direito à segurança para cercar a propriedade impedindo o acesso de turistas e visitantes às cachoeiras. O fato não é diferente em propriedades públicas, em que muitas vezes a instalação de cercas e muros barram o acesso às cachoeiras, sem um aparente e justificável motivo.

Embora a água seja um bem de domínio público, cuja gestão deva sempre proporcionar o uso múltiplo das águas, nos termos da lei 9.433/97, no qual se inclui o direito de lazer, recreação, turismo, bem-estar, educação ambiental, uso democrático dos recursos naturais comuns, o fato de a cachoeira se encontrar numa propriedade privada não pode significar a sua apropriação privada, tendo em vista que ela é um bem público, cuja titularidade enseja uma certa polêmica, se se trataria de bem do Estado, da União ou de uso comum do povo.

Ademais, não se pode esquecer que sempre deve ser garantido o uso múltiplo das águas, conforme a lei nº 9.433/97, de modo que a apropriação pública ou privada das cachoeiras deve ser justificada e explicada, sob pena de configurar medida ilegal.

As águas são classificadas como recurso ambiental, nos termos da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) logo, são bens ambientais seguindo o art. 225 da Constituição da República de 1988 e na mesma linha bem de uso comum do povo, conforme o Código Civil.

A Constituição de 1988 coloca os bens ambientais como bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, o qual conjugado com a lei nº 9433/97, que garante o uso múltiplo das águas, torna-se possível pensar novas dimensões para o uso da água, inclusive com a satisfação de outros direitos sociais, necessários para a efetivação da dignidade humana, tais como, lazer, transporte, recreação, educação ambiental, bem-estar, qualidade de vida, turismo, desenvolvimento sustentável, etc.

Neste movimento de se reconhecer a água como bem de natureza pública, no sentido de pertencer a toda coletividade, o direito internacional ambiental, cada vez mais, tem reconhecido a água como bem comum da humanidade, diante de sua imprescindibilidade para a vida e seu caráter finito que está sendo agravado a cada dia e do aumento de conflitos e guerras por água no mundo.

Ainda sobre a titularidade dos recursos hídricos, considerar a água como bem de uso comum do povo, bem difuso, bem ambiental, etc. ressalta a natureza de bem comum, o que é diferente de bem público. E considerando a água como bem comum, o seu direito de acesso a todos fica ainda mais evidente, e, por outro lado, sendo um bem comum também se sujeita a tragédia dos comuns e a sua nova versão de superexploração dos bens naturais na dinâmica neoliberal.

O conceito de bem comum não deve dizer respeito somente a titularidade coletiva, seja indeterminada ou determinável – mas deve significar uma redefinição de direitos e deveres sobre o bem, ou seja, as relações sociais inerentes a este bem devem ser redefinidas a partir de valores comuns, o que faz um instituto próprio: os *commons*.

Neste sentido, os *commons* podem ser definidos como bens comuns cuja titularidade seja coletiva – indeterminada ou determinável – capaz de redefinir relações sociais instituindo direitos e deveres de matriz coletiva, a ser exercida em prol do interesse público intergeracional de todos os seres vivos e do próprio planeta.

Assim, para construir o caráter original e inédito da presente pesquisa, o direito das águas será tratado como bem comum, à luz do direito ao *commoning*, fornecendo sólida base teórica para propor solução ao problema do cerceamento do acesso às cachoeiras amparado no Direito das Águas, e, compreendendo a raiz do problema, nos conceitos trazidos por Christophe Aguiton, Christiam Laval e Pierre Dardot sobre bem comum e na análise do impacto do neoliberalismo sobre os comuns.

A pesquisa tem como método de abordagem dedutivo, do qual a análise parte do campo teórico-filosófico sobre os comuns e do direito ao *commoning* para se chegar a uma possível compreensão das águas como bem comum e suas consequências jurídicas, políticas, sociais e culturais. E como métodos de procedimento serão adotados: o método filosófico para conceituação e análise dos comuns e sua moldura plástica à luz do neoliberalismo.

Sem prejuízo, em toda elaboração do trabalho será utilizado o método histórico-crítico, a fim de compreender e explicitar a *mens legislatoris*, desvelando interesses políticos, econômicos, sociais e culturais que pautam a própria construção - ou não-construção - do direito de acesso às cachoeiras.

## 1 NOVA DEFINIÇÃO DE BEM COMUM

No direito romano clássico havia uma diferenciação entre *res communis omnium* (coisas que pertenciam a todos) das *res nullius* (coisas que não pertencem a ninguém), sendo que as primeiras eram protegidas por ação popular, garantindo sempre o seu uso comum, a fim de que não fossem apropriadas, garantindo-se que as praças, o alto-mar, as águas dos rios e aquedutos tivessem seu uso livre para o povo, já a segunda categoria podia ser objeto de aquisição por ocupação, tais como os peixes, os animais selvagens e os produtos da floresta (Capra; Mattei, 2018, p. 120).

O conceito moderno de propriedade transformou os elementos da natureza em bem ou recurso ambiental e os transformaram em bens públicos ou privados, revelando a mercantilização da natureza, que sob uma ordem economicista deturpou o que era de toda a humanidade para ser compreendido sob a óptica da propriedade (Pes; Irigaray, 2023).

Esse processo de coisificação, mais especificamente, de mercantilização da natureza é ínsito à dinâmica capitalista, o que já fora descrito por Marx, especialmente no seu famoso capítulo 24 “A assim chamada acumulação primitiva”, em que se mostra como o processo de espoliação das riquezas naturais serviu para expulsão dos trabalhadores do campo gerando mão-de-obra barata para as cidades e para a acumulação de terras e bens materiais necessários para o processo de industrialização.

Vale a pena registrar,

O processo que cria a relação capitalista não pode ser senão o processo de separação entre o trabalhador e a propriedade das condições de realização de seu trabalho, processo que, por um lado, transforma em capital os meios sociais de subsistência e de produção e, por outro, converte os produtores diretos em trabalhadores assalariados. A assim chamada acumulação primitiva não é, por conseguinte, mais do que o processo histórico de separação entre produtor e meio de produção. Ela aparece como “primitiva” porque constitui a pré-história do capital e do modo de produção que lhe corresponde. [...] Com isso, o movimento histórico que transforma os produtores em trabalhadores assalariados aparece, por um lado, como a libertação desses trabalhadores da servidão e da coação corporativa, e esse é único aspecto que existe para nossos historiadores burgueses. Por outro lado, no entanto, esses recém-libertados só se convertem em vendedores de si mesmos depois de lhes terem sido roubados todos os seus meios de produção, assim como todas as garantias de sua existência que as velhas instituições

feudais lhes ofereciam. E a história dessa expropriação está gravada nos anais da humanidade com traços de sangue e fogo. (Marx, 2013, p. 515).

Mas também é na Modernidade, que se pode encontrar a origem dos comuns, na Inglaterra, numa alteração da Magna Carta, ocorrida em 1225, pela “Carta dos bosques” a fim de garantir acesso dos comuneiros aos pastos e bosques (Aguiton, 2019, p. 86). Por mais que o processo neoliberal de avanço e acirramento do capitalismo se imponha, a forma totalizante do capital não significa sagrado, nem absoluto, nem soberano. Sempre haverá outros modos de ser e de existir, além de outras formas embrionárias de organização social, assim, como já havia a forma incubada do capital no feudalismo.

A questão é lutar para defendê-las do processo cotidiano de aniquilação que sofrem a todo instante, pois “o sistema dominante também faz as alternativas desaparecerem apagando ou destruindo a realidade que elas tentam representar. [...] O saber dominante também destrói as próprias condições para a existência de alternativas” (Shiva, 2013, p. 25).

Nesse processo de destruição de realidades alternativas, o comum se apresenta como uma nova estratégia contra a política neoliberal de destruição e de apropriação privada da natureza.

Pierre Dardot e Christian Laval contextualizam o ressurgimento do *common*,

As reivindicações em torno do comum apareceram nos movimentos altermundialistas e ecologistas. Tomaram como referência o antigo termo *common*, procurando opor-se ao que era percebido como uma “segunda onda de cercamentos”. Essa expressão remete ao processo multissecular de apropriação das terras utilizadas coletivamente (“comunais”) e à supressão dos direitos consuetudinários nas regiões rurais da Europa em consequência do “cercamento” de campos e prados. O espírito geral do movimento está bem resumido nesta frase dos protagonistas da “batalha da água” de Cochabamba: “Sofremos um grande roubo, apesar de não sermos proprietários de nada. (2017, p. 17).

Valorizar bens comuns passa necessariamente por um processo de criação de valores sociais comuns que levam as pessoas a outras dinâmicas sociais, um novo process político. A retomada de espaços comuns exige um compromisso social das pessoas que foi perdido, substituído por outros empreendimentos empresariais, por exemplo, a convivência social em espaços coletivos, como ruas e praças, foi perdida pelo suposto motivo de falta de segurança pública, e o problema coletivo foi

substituído por soluções individuais em condomínios fechados, casas repletas de ofendículos, carros blindados, segurança privada, entre outras medidas que geram o esvaziamento de espaços públicos coletivos.

Nesse sentido,

[...] os sintomas do tipo “condomínial” são sintomas transversais, ou seja, eles se mostram em modalidades de sofrimento tais como isolamento, solidão, esvaziamento e exclusão, mas também em formas de mal-estar como o sentimento paranoico de rapto do gozo pelo vizinho, de angústia transformada em compulsão legislativa, em sentimentos permanentes de estranhamento, conversões articuladas entre insegurança e violência (Dunker, 2015, p. 400-401).

O processo de isolamento, a perda de sentimentos e vínculos sociais, atrelado ou não ao sentimento de ódio e/ou medo também impactam na saúde mental individual e coletiva, embora este não seja o objetivo do presente artigo, não poderia deixar de ser mencionado, por se tratar de importante dimensão do processo de perda do comum.

Tanto o capitalismo, como o socialismo foram regimes de propriedade que excluíram o comum, o projeto de construção do comum não é privado, nem público, não é socialista, nem capitalista, mas sim um projeto político, conforme as palavras de Michel Hardt e Antonio Negri (2016, p. 9). Esta é uma afirmação importante para desarmar resistências e abrir espaço para pensar novos modos de existência.

A resposta à pergunta “O que é comum?” não é simples, além de uma dimensão psicológica, há uma dimensão social, cultural, política, econômica, moral, organizacional, ecológica, ética e jurídica; dimensões que estão imbricadas reciprocamente.

A definição de bem comum não pode ser compreendida exclusivamente a partir do critério da titularidade. A simples identificação de que o bem pertença a uma pluralidade de pessoas está mais perto da noção jurídica de condomínio do que da proteção e do reconhecimento da essencialidade deste bem, reconhecidos geralmente como direitos fundamentais.

De igual modo, identificá-lo como bem público não resolve a questão, pois não se identifica quem seja este “público” se a pluralidade de pessoas físicas e/ou jurídica ou se o Estado. Ademais, atribuir determinado bem comum ao Estado não significa que seu uso esteja garantido efetivamente a coletividade de pessoas seja das presentes ou futuras gerações.

Por exemplo, as florestas públicas, reconhecidas como bem público, nos termos da Lei 11.284/06, que apesar de serem consideradas bens públicos não gozam de uma proteção real e efetiva, como patrimônio público de interesse da humanidade, sendo exploradas via concessão por entes privados, estão longe de ser um modelo em prol da coletividade.

De igual modo, o reconhecimento da categoria bem da humanidade, por si só, não é garantidor de acesso coletivo, nem de proteção intergeracional, como por exemplo,

Mas os oceanos e os fundos marinhos são reconhecidos como patrimônio comum da humanidade, nos termos da Convenção de Montego Bay, ratificada pelo Brasil no Decreto 99.165/1990. Esta Convenção, base fundamental do Direito do Mar, vai além de declarar o mar e seus recursos como patrimônio comum da humanidade, ela o coloca como bem jurídico fundamental do qual depende a vida do e no planeta, apto a ser a fonte vinculante das normas do direito do mar.

Nesse sentido,

o fundamento do Direito do Mar reside na compreensão de que existe um bem comum inalienável da humanidade, cujo valor está ligado à manutenção da vida na Terra e que está no núcleo estrutural de todo o sistema. [...] Assim, por se tratar de um patrimônio da Humanidade e da vida, é, pois, uso coletivo e compartilhado. O mar é o espaço para comunhão patrimonial de todos os Estados, povos e nações que dele usufruem e consiste em força motriz da vida no planeta. Ele corresponde à essência que justifica todas as coisas no planeta e é elemento do qual a norma extrai sua autoridade normativa, como um axioma superior, fundamental e impositivo. (Menezes, 2015, p. 47).

Da essencialidade do mar nasce suas regras específicas e vinculantes, cunhando novas formas de relação social, que devem garantir a liberdade de acesso a todos, deveres de proteção e preservação para as futuras gerações e para todas as formas de vida, este é um exemplo de *common*, a luz do conceito de Christophe Aguiton:

Os comuns são um modo particular de relação social com os bem materiais ou imateriais. Elementos naturais, como a água e o ar, existem como tais, e só se convertem em comuns quando uma comunidade humana administra suas relações com esses elementos de maneira coletiva. (2019, p. 87).

A própria Encíclica *Laudato Si*, editada pelo Papa Francisco em 2015, ao tratar do bem comum o fez ao lado indissociável da Ecologia Integral, além de

englobar o clima e a justiça intergeracional e destacar a necessidade de respeito à pessoa humana como direito fundamental e inalienável orientado ao desenvolvimento integral.

*In verbis,*

156. A ecologia integral é inseparável da noção de bem comum, princípio este que desempenha um papel central e unificador na ética social. É «o conjunto das condições da vida social que permitem, tanto aos grupos como a cada membro, alcançar mais plena e facilmente a própria perfeição».

157. O bem comum pressupõe o respeito pela pessoa humana enquanto tal, com direitos fundamentais e inalienáveis orientados para o seu desenvolvimento integral. Exige também os dispositivos de bem-estar e segurança social e o desenvolvimento dos vários grupos intermédios, aplicando o princípio da subsidiariedade. Entre tais grupos, destaca-se de forma especial a família enquanto célula basilar da sociedade. Por fim, o bem comum requer a paz social, isto é, a estabilidade e a segurança de uma certa ordem, que não se realiza sem uma atenção particular à justiça distributiva, cuja violação gera sempre violência. Toda a sociedade – e, nela, especialmente o Estado – tem obrigação de defender e promover o bem comum. (Papa Francisco, 2015).

Neste ponto, faz-se um recorte teórico e metodológico para tratar pensar o comum sob uma perspectiva essencialmente jurídica, é claro que não se ignora o fato de que o jurídico determina e é determinado por valores e construções sociais pré-existentes, isto porque “o princípio político do comum emerge das lutas democráticas e dos movimentos sociais. Inaugura-se com ele um novo tempo da emancipação; está se formando um novo discurso teórico” (Dardot; Laval, 2017, p. 59).

As lutas democráticas e sociais são elementos fulcrais no reconhecimento de um elemento natural como bem comum, e por mais que o direito possa categorizar a água como um bem ambiental de uso comum do povo, como bem difuso essencial à vida e ao equilíbrio ecológico, a questão do acesso às cachoeiras mostrará a dificuldade da efetivação deste direito, como se verá a seguir.

Nesta linha, “o princípio organizacional básico do *commoning*, em qualquer lugar, é o de cuidado, dever, reciprocidade e participação” (Capra; Mattei, 2018, p. 222), transformar algo em bem comum requer o compromisso democrático de acesso, informação e participação real e efetiva.

Atualmente, não há uma definição legal de *commons*, eles podem ser pensados e definidos pelo objeto ou pela relação social (Aguiton, 2019, p. 85). O ar, o oceano, os corpos celestes são bens comuns que podem ser definidos a partir do



objeto, visto que sua essência está na coletividade inerente a toda humanidade; já outros bens ambientais passíveis de apropriação precisam ser definidos e trabalhados a partir da relação social e jurídica, pois podem ser privatizados, tais como, as florestas, a terra, as praças e praias, embora a lógica e o valor ético apontem para a coletividade, estes bens podem ser facilmente segregados da coletividade.

Desta forma, bens comuns, não são públicos, nem privados e não podem ser trabalhados sob a lógica capitalista do valor de troca, são o contrário da propriedade e devem ser usados e protegidos em prol dos interesses e dignidade de todos, inclusive das gerações futuras (Capra; Mattei, 2018, p. 211-212).

A distinção entre o que é público e privado está no centro de quaisquer discussões democráticas (Papy, 2022, p. 108), de modo que definir o que é comum pode se mostrar como um importante indicador do grau de amadurecimento do Estado Democrático de Direito, colocando como paradigma para as decisões jurídicas, políticas e administrativas, ou seja, envolvendo a atuação dos Três Poderes.

Conforme Ricardo Luis Lorenzetti, o paradigma coletivo busca identificar e proteger bens coletivos, que não estão regulado pelo direito civil clássico, o qual ainda está sob a lógica binária de bens públicos e privados, enquanto os bens coletivos são reconhecidos pelos Tratados de Direitos Humanos e pelas normas constitucionais e normas especiais (2009, p. 271).

O jurista argentino aponta como características do que ele chama de bens coletivos a indivisibilidade dos benefícios, o uso comum sustentável, a não exclusão de beneficiários, o status normativo, a qualificação objetiva, a legitimação para atuar difusa ou coletivamente, a precedência da tutela preventiva, o ressarcimento através de patrimônios de afetação e a localização na esfera social (Lorenzetti, 2009, p. 272-273).

Contudo, os espaços naturais têm sido aniquilados pela lógica individualista e pelas instituições jurídicas (Capra; Mattei, 2018, p. 218), que mercantilizaram a natureza, de modo que

a modificação na maneira de conceber a água produz novas formas e intencionalidades de apropriação e uso. Nesse sentido, as bases que garantiam um controle comunitário sobre a natureza local foram alijadas com a consubstanciação dos Estados Nacionais modernos e seus respectivos recortes e controles territoriais. (Souza; Machado, 2018, p. 558).

Controles estes que privatizam fontes de sobrevivência como a água, gerando conflitos, contrariando a própria essência do direito que seria a pacificação social. Longe disso, o direito se torna um instrumento opressor e garantidor de um estado de iniquidades em que bens coletivos são excluídos do acesso às pessoas.

Neste sentido,

O sistema jurídico atual se baseia numa mentalidade extrativista, que atomiza a sociedade com base na noção do indivíduo, pela qual toda relação humana é redutível a uma relação de propriedade. Em contraste o direito ao *commoning* é gerador, ou criado, porque se baseia em relações de cooperação, reprodução, acesso e inclusão, e promove novas práticas sob uma lógica criativa para o desenvolvimento dos comuns. Ou seja, o *commoning* promove conceitos-chave para o funcionamento dos comuns. (AGUITON, 2019, p. 97).

O direito ao *commoning* estabelece paradigma para a compreensão, aplicação e proteção dos bens comuns, exigindo uma atualização do direito privado para abertura a novos valores sociais e fundamentais, inerentes a dignidade humana e a preocupação com a garantia da vida humana e não humana no planeta.

A partir destes novos valores e paradigma, o Direito Internacional passa a pensar em formas jurídicas de se reconhecer e proteger estes bens, como o Direito do Mar, e com outras formas, por exemplo, no conceito de bem público global (ou mundial), o qual é usado, entre outros, para a defesa do patrimônio histórico, artístico e natural mundiais.

A noção de Bem Público Global deriva da Teoria Pura dos Gastos Públicos, desenvolvida por Paul Samuelson e aprofundada por Mancur Olson ao longo da década de 1950 (Papy, 2022, p. 19).

Embora não haja um consenso em torno de um conceito ou uma tipologia de BPG, nota-se que algumas características são recorrentes em todas as definições (Bodansky, 2012). De tal sorte que elas constituem um núcleo-duro ao qual se pode recorrer para traçar uma definição elementar. Essas características são, primeiramente, a não-rivalidade e a não-exclusão no consumo. Soma-se a elas a dimensão espacial, resumida na ideia de que existem Bens Públicos em diferentes escalas espaciais (nacional, regional e global) e a dimensão temporal, que aborda os efeitos intergeracionais e transgeracionais dos bens públicos. (Papy, 2022, p. 23-24)

Em consonância com o *commoning*, reconhece-se como traços gerais dos bens públicos globais a não-rivalidade, a não-exclusão no consumo, o nível espacial,

o qual ultrapassa a lógica das fronteiras e a dimensão geracional que impõe o dever de garantir condições de vida adequadas para as futuras gerações.

Os bens comuns possuem valores próprios que transcendem a interesses individuais e ao próprio Estado Nacional, a crescente quantidade de desastres ambientais, o aquecimento global, a perda de espécies são apenas alguns dos inúmeros exemplos de questões que o Direito, enquanto ciência e enquanto técnica deveria colocar a condição da vida humana no centro de valores e não o capital.

Ainda para Delmas-Marty (2010, p. 380), se os direitos do homem estão presos entre uma hominização unificadora e uma humanização relativista, são os bens públicos mundiais que poderão reduzir as tensões entre hominização e humanização e contribuir para a emergência de valores universalizáveis para cuja construção o paradigma da tradução deverá exercer papel fundamental na condição de um instrumento político a serviço da ética. Todas essas modificações demonstram que o Estado-Nação soçobrou e cedeu lugar à globalização, em que os direitos humanos pleiteiam o seu reconhecimento, não mais nas fronteiras do Estado, mas em razão da condição humana. Tal desiderato é mais ambicioso e de implementação e efetividade mais complexas. (Limberger; Bunchaft, 2016, 351).

Este processo de colocar a vida humana no centro das questões, já esteve em voga em outros momentos na história da humanidade, contudo, agora é a vez de se colocar não apenas o ser humano no centro das atenções, mas sim as condições de vida digna humana e não humana, é preciso pensar de forma ecológica a partir da proteção da vida no planeta, o que significa que se deve pensar coletivamente e colocar o bem comum como categoria essencial no Direito.

Conforme adverte Fritjof Capra e Ugo Mattei,

Recuperar a consciência de que o sistema jurídico é um bem de propriedade coletiva – isto é, abordar o sistema jurídico como um bem e recursos comum (*common*) – é uma parte crucial da estratégia de, finalmente, pôr as leis humanas em sintonia com a natureza e a comunidade. O direito não é um sistema morto de princípios e normas escritos em livros que só os iniciados são capazes de entender. Ao contrário, tem presença viva e é uma expressão de nosso comportamento ético e social, formados pelas obrigações que temos uns para com os outros e para com os *commons*. (2018, p. 257).

Não é possível que o Direito continue impondo uma multidão de pobres, famintos e sedentos, deslocados ambientais, que imponha um quadro gritante de desigualdade de renda, e se quede inerte diante do processo de perda de solos, extinção de espécies animais e vegetais, patenteamento de seres vivos, contaminação do ambiente e adoecimento de pessoas e animais por agrotóxicos,

privatização de terras e florestas, praias, espaços públicos e de recursos hídricos. O bem comum não pode ser desprezado juridicamente, nem subjugados por interesses privados, como tem acontecido com os recursos hídricos, sendo as cachoeiras um exemplo significativo.

## 2 ÁGUA COMO BEM COMUM

A água é um elemento primordial da natureza, elemento sagrado em diversas culturas tradicionais devido a sua conexão essencial com a vida de animais, vegetais, com o bem-estar dos seres vivos, com a umidificação do ar e com a regulação do clima do planeta, o que denota sua extrema relevância o equilíbrio ecológico e para a manutenção da vida sobre o planeta.

Desde os primórdios da humanidade a água sempre esteve sob controle da comunidade, basta ter em mente que a própria existência das pessoas e das águas antecede o surgimento, na Modernidade, do Estado e do capitalismo.

O controle da comunidade indicava que a água era administrada localmente e como um recurso comum. Sistemas desse tipo, baseados na comunidade, ainda podem ser encontrados nos Andes, no México, na África e na Ásia. O controle da comunidade foi corroído quando os Estados tomaram o controle sobre as reservas de água. (Shiva, 2006, p. 69)

O capitalismo produz novas sociabilidades, determinadas por valores individuais, que mudam a forma com que a sociedade se relaciona com a natureza, conseqüentemente, impacta negativamente “a transformação na maneira de representação da água pelas sociedades, ao longo do tempo e do espaço, produz novas formas de apropriação, que respondem a novas intencionalidades” (Souza; Machado, 2018, p. 559), nos termos da dinâmica capitalista.

Após a consolidação do capitalismo, especialmente, após a Revolução Industrial, a água tem perdido o seu valor intrínseco e se tornado um bem, uma mercadoria, como adverte Vandana Shiva:

A palavra valor é derivada do termo latino *valere* e significa “ser forte ou valioso”. Em comunidades onde a água é sagrada, o valor desse recurso vem de seu papel e função como força vital para animais, plantas e ecossistemas. Entretanto, a mercantilização da água a reduz apenas a seu valor comercial. O *Oxford English Dictionary* define, atualmente, valor principalmente em termos econômicos: “a quantidade de uma mercadoria, meio de troca, etc. que se considera como equivalente a outra coisa qualquer; o equivalente ou retorno adequando e justo”. Como o termo valor, recursos também tem uma

raiz interessante. O termo originou-se da palavra *surge*, que significa “aquilo que tem a capacidade de nascer de novo”. Infelizmente, o termo agora significa aquilo que ganha valor como material bruto industrializado. (2006, p. 159).

Assim, a própria adoção da nomenclatura dada juridicamente à natureza, já revela o tratamento jurídico destinado, ou seja, a redução da natureza a recursos ambientais, dotados de valor econômico, conforme o fundamento da Política Nacional de Recursos Hídricos (art. 1º, II da Lei 9.433/97).

Como recurso imprescindível à vida no Planeta, a água deve ser acessível a todos, como condição para a vida e dignidade, assim,

O acesso individual à água merece ser entendido como um direito humano universal, significando que qualquer pessoa, em qualquer lugar do planeta, pode captar, usar ou apropriar-se da água para o fim específico de sobreviver, de não morrer por falta de água e ao mesmo tempo fruir do direito à vida e do equilíbrio ecológico (MACHADO, 2018, p. 22).

Assim, diversos tratados internacionais têm sido elaborados e ratificados no sentido de se reconhecer a água como direito humano fundamental e de se compartilhar o seu uso entre Estados fronteiriços, a fim de evitar conflitos. Na linha dos tratados internacionais, vários Estados vêm estabelecendo em suas constituições o direito à água como direito fundamental.

Por exemplo, na França a Lei de Águas estabelece que o uso das águas pertence a todos, na Bélgica, a Corte de Arbitragem reconheceu que todos tem direito a uma cota mínima gratuita de água, com base na Constituição belga que dispõe a proteção de um meio ambiente sadio (Vieira, 2016, p. 44).

A comparação com o Brasil é inevitável, quando o direito tranquilamente chancela a possibilidade de corte de serviços essenciais por falta de pagamento, fato que merece a reflexão sobre o que realmente importa? E o que o direito está protegendo? Será que pensando a questão a partir do bem comum e de forma pragmática e direta, ou seja, considerando a realidade fática e não subterfúgios sobre serviços e contratos, seria possível privar uma pessoa do acesso à água?

Também no constitucionalismo latino-americano, especialmente pelas constituições de Bolívia e Equador, sob influência das noções de *buen vivir* e *Pachamama*, a natureza é reconhecida como sujeito de direitos de modo a implicar no respeito aos seus elementos e conferindo o direito de uso coletivo, dando

tratamento de bem comum, com destaque para a Constituição do Equador (2008) pelo seu “giro biocêntrico” (WOLKMER, 2014, p. 82).

O constitucionalismo latino-americano, a partir do reconhecimento dos bens comuns como patrimônio da humanidade busca novos valores e novas socialidades para o Direito, valorizando o conhecimento tradicional e criando bases reais para a construção do Estado Democrático de Direito Socioambiental.

O novo Constitucionalismo – Constitucionalismo de tipo pluralista – que se instaurou na América Latina a partir de mudanças políticas e novos processos sociais de lutas na região, nas duas últimas décadas, tem, principalmente nas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), o espaço estratégico de inspiração e legitimação para impulsionar o desenvolvimento de paradigmas de vanguarda no âmbito das novas sociabilidades coletivas (povos originários, indígenas e afrodescendentes) e dos Direitos ao patrimônio comum (recursos naturais e ecossistema equilibrado) e culturais (Estado pluricultural, diversidade e interculturalidade). [...] Uma cosmovisão marcada por solidariedade mais ampla e flexível, das coletividades presentes e futuras, no sentido de preservar não só os recursos comuns naturais (água como bem supremo e patrimônio da humanidade), mas de sociabilizar e resolver os problemas sociais e culturais comuns de todos no futuro. (Wolkmer, 2012, p. 67)

Atualmente, se reconhece o constitucionalismo ecológico em três ciclos – embrionário (normas ambientais como normas programáticas), antropocêntrico (Constituição brasileira de 1988) e biocêntrico em que se reconhecer a natureza como sujeito de direitos possibilitando uma proteção autônoma em seus direitos (Martins, 2021, p. 143).

Neste cenário, destacam-se a sentença da Corte Constitucional da Guatemala e da Colômbia que reconheceram a água e o rio, respectivamente, como sujeitos de direito. Na Guatemala, a Corte Constitucional reconheceu a omissão legislativa do Estado em elaborar a sua lei de águas, provocada a Corte exortou o Congresso para que em prazo razoável legislasse sobre o regime jurídico das águas e estabeleceu balizas valorativas para tal atividade, devendo reconhecer a percepção material e espiritual dos povos indígenas sobre a água, tendo em vista que para eles a água é sagrada.

**II)** En razón de lo considerado, se formula **exhortación** al Congreso de la República para que, en un **plazo razonable** y en atención a lo considerado en esa sentencia, **emita la ley a que hace referencia el artículo 127 de la Constitución Política de la República, en la cual se regule lo relativo al régimen de aguas**, “de acuerdo con el interés social”; para ello, deberá tener en cuenta: **i)** la naturaleza fundamental del derecho al agua; **ii)** la singular percepción –material y espiritual–

de los pueblos indígenas sobre el agua; y **iii**) lo expresado sobre ese tema en observaciones, resoluciones y declaraciones emanados de órganos de la Organización de Naciones Unidas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en otros estándares internacionales. (Guatemala, 2019, p. 63) (destaques do original).

Na sentença T-622 de 2016, a Corte Constitucional colombiana, diante de um quadro de exploração ilegal de mineração no rio Atrato, em que as entidades estatais falharam em seus deveres de fiscalização e de defesa do meio ambiente sadio, bem como de proteção dos povos tradicionais residentes na bacia hidrográfica do rio, reconheceu que o rio Atrato como sujeito de direito com seus direitos fundamentais violados pela omissão do Estado, nomeando os povos tradicionais como sujeitos especiais de direito e com a função de guardiães do rio Atrato.

Vale conferir,

10.2. A continuación, se reseñan las órdenes a proferir en la presente sentencia:

1.- **Se reconocerá al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos** a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído en los fundamentos 9.27 a 9.32.

En consecuencia, la Corte ordenará al **Gobierno nacional que ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río** (a través de la institución que el Presidente de la República designe, que bien podría ser el Ministerio de Ambiente) **en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó**; de esta forma, el río Atrato y su cuenca -en adelante- estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Gobierno colombiano, **quienes serán los guardianes del río**. (Colombia, 2016) (destaquei)

No Brasil, a possibilidade de se reconhecer as águas como sujeito de direitos não se apresenta no horizonte, inclusive a própria efetivação do direito fundamental à água está muito longe de ser alcançado, tendo em vista 32.000.0000 de brasileiros não tem acesso à água tratada, 44, 5% da população não tem acesso a esgoto, sendo o equivalente a 5.253 piscinas olímpicas de esgoto jogadas na natureza por dia (Instituto Trata Brasil, 2024), acarretando poluição dos recursos hídricos e doenças para a população, especialmente, as crianças.

O regime jurídico das águas – composto especialmente pela Lei 9433/97 – não dispõe de uma política específica e rigorosa sobre poluição das águas, e seu regime supostamente democrático de gestão dos recursos hídricos a partir das bacias

hidrográficas ainda carece de aprimoramento e efetivação, sendo que ainda há muitas omissões legislativas para serem sanadas, por exemplo, o acesso às cachoeiras.

A Constituição da República não trata especificamente sobre um regime jurídicos para as águas, limitando-se a dividir a titularidade deste bem entre União e Estado, respectivamente, nos art. 20, III e art. 26, II, e no art. 225 dispõe do meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

O art. 3º, V da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6938/81) estabelece expressamente as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários e o mar territorial como recurso ambiental, o que logicamente atrela as águas a proteção constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado do art. 225 da Constituição da República.

O Código Civil não trata da categoria jurídica de bem comum, em seu art. 99, estabelece quais bens são públicos, exemplificando os rios, mares, estradas, ruas e praças como bens de uso comum do povo (BRASIL, 2002). Já a Lei 9.433/97 trata as águas como bem de domínio público.

Embora reconhecida como bem público, sujeito ao domínio público, passou-se a discutir sobre a titularidade dos recursos hídricos, se seria a água como bem ambiental e, portanto, bem de uso comum do povo, nos termos do art. 225 da Constituição da República, ou se seria bem público de titularidade do Estado ou União, também nos termos da Constituição.

Ilustrando a polêmica, o professor Vladimir Passos Freitas:

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. (2015, p. 221).

Ao largo desta discussão, se as águas seriam bem ambiental de uso comum do povo ou bem público da União e do Estado, defende-se que se trata, na verdade, de bem comum, o que se aproxima do conceito de bem ambiental de uso comum do povo, mas indo além do mero uso, mas sim reconhecendo a titularidade, responsabilidade e gestão destes bens pelo povo, ou seja, “os comuns são o espaço no qual os interessados atuam de maneira direta, envolvidos de forma totalmente



diferente [do bem público]” (Aguiton, 2019, p. 91), semelhante ao reconhecido pela Corte colombiano sobre o rio Atrato.

### 3 ACESSO ÀS CACHOEIRAS

As cachoeiras fazem parte do gênero queda-d'água, que é ponto em um rio ou córrego onde a água flui sobre uma queda vertical ou uma série de quedas íngremes, a queda de água direta é chamada de cachoeira, que também pode ocorrer por conta do degelo; já as quedas com níveis diferentes são chamadas de cascatas; as quedas muito altas com alto potencial de dispersão da água (como um spray) são chamadas de salto e as quedas muito caudalosas, com aparência de cortina são chamadas de cataratas (Queda de água, 2024).

As quedas de água, sejam grandes ou pequenas, possuem uma suntuosa beleza, impactando em todo conjunto da paisagem, formando verdadeiros espetáculos cênicos,

A paisagem é o conjunto daquilo que podemos visualizar naquele momento, podendo trazer sensação desagradável ou agradável. Já a beleza cênica natural pode ser definida como **“o resultado visual e audível harmônico agradável formado pelo conjunto dos fatores naturais de um local ou paisagem”** ou ainda **“o resultado da representação cênica da Natureza”**. É formada assim pelo cenário harmônico criado pelos bens da Natureza, que compreendem os bens visíveis e invisíveis como os sons, já que um pode completar o outro formando uma sensação única harmoniosa daquele local. A beleza cênica é, portanto, um dos atributos da paisagem e um dos fatores determinantes de sua valorização e utilização principalmente pelo ramo turístico, como veremos. (Santos, 2004) (destaque do original).

A paisagem natural engloba o patrimônio cultural brasileiro, nos termos da Constituição da República,

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

[...]

V - os conjuntos urbanos e **sítios de valor** histórico, **paisagístico**, artístico, arqueológico, paleontológico, **ecológico** e **científico**. (Brasil, 1988).

De forma específica, a paisagem natural de beleza cênica também chama a proteção jurídica, por englobar o patrimônio nacional, tanto na Lei da Ação Civil

Pública (Lei 7347/85), como bem de valor estético, turístico e paisagístico, como objetivo do Sistema Nacional de Unidades de Conservação proteger as paisagens naturais e pouco alteradas de notável beleza cênica (Lei 9.985/00).

Ademais, as cachoeiras além de seu impacto cênico na paisagem, elas formam vínculos afetivos com a comunidade, seja por questão de bem-estar, de lazer, de turismo, de pesquisa científica do ecossistema em que elas estão inseridas, de identidade e memória da comunidade.

Todavia, muitas vezes, estas quedas de água estão inseridas em propriedades rurais, cujos proprietários impedem o uso, seja com placas de proibição, com cercamentos e até com segurança privada para negar o acesso das pessoas às cachoeiras, sob alegação de segurança, de proteção à cachoeira ou simplesmente pela lógica da apropriação privada.

Neste sentido, Vladimir Passos Freitas reconhece a natureza de bem público da água, de titularidade da União ou do Estado, e sobre as cachoeiras em áreas públicas ou privadas entende que seu acesso não pode ser franqueado incondicionalmente a terceiros, devendo em tal situação o Poder Público desapropriar a área necessária para garantia de acesso (FREITAS, 2015, p. 231-232).

De fato, a questão de acesso às cachoeiras encontra muita resistência por parte dos proprietários rurais e o regime jurídico das águas não resolve tal questão, especialmente por ter normas antigas no Código de Águas, muitas das quais nem foram recepcionadas pela Constituição de 1988, o que gera insegurança e conflitos. Tanto as normas internacionais quanto as nacionais, não respondem adequadamente à complexidade que envolve a questão hídrica como um todo e os conflitos por acesso e uso da água (Souza; Machado, 2018, p. 565).

O Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934) destina um capítulo sobre a propriedade das quedas d'água, esta preocupação decorre do fato de que as quedas d'água representam fornecem o potencial de energia hidráulica, principal matriz energética do país.

Sobre a propriedade das quedas d'águas, dispõe a vetusta normativa:

Art. 145. As quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica são bens imóveis e tidas como coisas distintas e não integrantes das terras em que se encontrem. Assim a propriedade superficial não abrange a água, o álveo do curso no trecho em que se acha a queda d'água, nem a respectiva energia hidráulica, para o efeito de seu aproveitamento industrial.

Art. 146. As quedas d'água existentes em cursos cujas águas sejam comuns ou particulares, pertencem aos proprietários dos terrenos marginais, ou a quem for por título legítimo.

Parágrafo único. Para os efeitos deste Código, os proprietários das quedas d'água que já estejam sendo exploradas industrialmente deverão manifestá-las, na forma e prazo prescritos no art. 149.

Art. 147. As quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica existentes em águas públicas de uso comum ou dominicais são incorporadas ao patrimônio da Nação, como propriedade inalienável e imprescritível. (Brasil, 1934).

Na década de 1930, o intuito da disciplina foi o de separar o potencial de energia hidráulica, para que este ficasse sob titularidade da União, independentemente da titularidade da queda d'água, isto porque existia no Código de Águas, a categoria de águas particulares, assim, a cachoeira seguia a titularidade do leito do rio.

Neste sentido,

Em linha de princípio, podemos afirmar que a queda d'água não se separa do conjunto que a integra, para isolar-se do mesmo. Formam-na fisicamente o leito do rio, a água corrente e o desnível; de sorte que, juridicamente, ela deve participar do domínio do curso d'água, cabendo a sua propriedade àquele que tiver a do rio. Destarte, as cachoeiras que se situam em rios públicos são do domínio público também, como pertencem ao domínio privado as que se localizam em rios particulares, eis que não é possível separá-las arbitrariamente das águas que as constituem. (Rodrigues, 1951, p. 343).

Cumprir registrar que a categoria de água particular não foi recepcionada pela Constituição, assim, “hoje prevalece que inexistem águas de propriedade particular no Brasil, uma vez que, de acordo com os art. 20, III, VI e VIII e 26, I da CRFB, as águas, quando não forem bens da União, serão dos Estados e, por analogia, do Distrito Federal, não havendo previsão de titularidade municipal” (Amado, 2020, p. 367).

Seguindo a separação, promovida pelo Código de Águas, entre a titularidade da queda d'água e do seu potencial de energia hidráulica, todas as Constituições seguiram em tal linha, garantindo à União a titularidade do potencial de energia hidráulica. Mas somente as Constituições de 1934 e 1937 buscaram a nacionalização das quedas d'água. A Constituição de 1946 vedou a delegação de leis sobre quedas d'água e a partir das constituições militares não se mencionou mais no texto constitucional a expressão queda d'água, apenas referência ao potencial de energia hidráulica.

Em relação ao tratamento constitucional sobre as quedas d'água:

**Quadro 1 – Normas constitucionais sobre quedas d'água**

Constituição	Disposição
1988	<p>Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.</p> <p>1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. <u>(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)</u></p> <p>§ 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.</p> <p>§ 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.</p> <p>§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.</p>
1969	<p>Art. 168. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.</p> <p>§ 1º A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependerão de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dadas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.</p> <p>§ 2º É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.</p> <p>§ 3º A participação de que trata o parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto sobre minerais.</p> <p>§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.</p>
1967	<p>Art 161 – As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.</p> <p>§ 1º - A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei,</p>

	<p>dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.</p> <p>§ 2º - É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados, da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.</p> <p>§ 3º - A participação referida no parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto único sobre minerais.</p> <p>§ 4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.</p>
1946	<p>Art 152 – As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as <b>quedas d'água</b>, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.</p> <p>Art 67 – A iniciativa das leis, ressalvados os casos de competência exclusiva, cabe ao Presidente da República e a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.</p> <p>§ 6º Não poderão ser objeto da autorização prevista no § 5º os projetos sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 17, de 1965)</p> <p>I – atos da competência exclusiva do Congresso Nacional, assim como os de competência privativa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados</p> <p>II – organização dos juízos e tribunais e garantias da magistratura</p> <p>III – nacionalidade, cidadania e direito eleitoral;</p> <p>IV – matéria orçamentária;</p> <p>V – minas, riquezas do subsolo e <b>quedas-d'água</b></p> <p>VI – estado de sítio.</p>
1937	<p>Art 143 – As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as <b>quedas d'água</b> constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.</p> <p>Art 144 – A lei regulará a <b>nacionalização progressiva</b> das minas, jazidas minerais e <b>quedas d'água</b> ou outras fontes de energia assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação.</p>
1934	<p>Art. 118. As minas e demais riquezas do sub-sólo, bem como as quedas dagua, constituem propriedade distinta da do sólo para o effeito de exploração ou aproveitamento industrial.</p> <p>Art. 119</p> <p>§ 4º A lei regulará a <b>nacionalização progressiva</b> das minas, jazidas mineraes e <b>quédas dagua</b> ou outras fontes de energia hydraulica, julgadas basicas ou essenciaes á defesa economica ou militar do paiz.</p>
1891	Sem previsão.
1824	Sem previsão.

Fonte: elaboração própria.

Assim, a questão sobre o acesso às cachoeiras passa por identificar a titularidade do recurso hídrico em que ela se situa, sendo que será público – da União, do Estado, de uso comum do povo ou bem comum (como defendido neste artigo) – visto que a categoria de águas privadas não foi recepcionada pela Constituição, ressalvando que o potencial hidráulico é de titularidade da União.

Não há no arcabouço legislativo do direito das águas, norma que regule expressamente a titularidade das quedas d'água, seguindo a regra constitucional da divisão dos recursos hídricos entre União e Estados, entende-se que a mesma sistemática se aplica às cachoeiras.

Contudo, conforme apresentado no capítulo anterior sobre a compreensão da água como um bem comum, nos termos do *common*, a mesma lógica deve se aplicar às cachoeiras, ainda mais que ela tem um interesse nitidamente coletivo, com ganhos para toda comunidade desde desenvolvimento das cidades, via turismo e comércio/serviços, até ganhos psicológicos de saúde mental, como lazer, paisagem de beleza cênica, educação ambiental, equilíbrio ecológico para preservação de espécies vegetais e animais, regulação do clima e temperatura mais amenas nas cidades, entre tantos outros benefícios para toda coletividade.

Estas infinidades de possibilidades sobre o uso das cachoeiras, vai ao encontro da Lei 9433/97 que estabelece como fundamento da Política Nacional de Recursos Hídricos o uso múltiplo das águas, ou seja,

O uso múltiplo das águas deve ser procurado através do Plano de Recursos Hídricos, quando for abordar as prioridades para outorga de direitos de uso de recursos hídricos (art. 7º, VIII da lei 9433/97). A multiplicidade dos usos é imensa e não está enumerada na sua totalidade pela Lei 9433/97. [...] Acrescentem-se outros usos: irrigação, esportes ou lazer, piscicultura. Há vedação legal de ser privilegiado um uso ou somente alguns usos. (Machado, 2020, p. 541-542).

Destarte, aprisionar uma cachoeira em uma propriedade privada, impedindo que as pessoas lhe tenham acesso, significa impor um uso único, contrariando o dever de uso múltiplo das águas, conforme Lei 9.433/97. Ademais, significa uma apropriação indevida de um bem público do Estado, que tem por imperativo constitucional o dever de uso comum pelo povo em nome da sadia qualidade de vida.

Nesta esteira,

Ser comum é ser um direito coletivo. Não é uma questão de propriedade. Não é “de ninguém”, mas de todos. Não é só ser público

que garante ser de todos. O ar é comum porque é de todos, mas é difícil imaginá-lo público ou, ainda mais difícil, privado. A rua é comum porque pública, também de todos, mas temos experiências de sobra sobre a sua privatização, com cancelas e guardas armados. A água é um direito coletivo porque comum, só que pode ser privatizada na medida em que pode ser aprisionada. Não é automático que a gestão pública da água a trate como um bem comum, mas estar sobre gestão pública muda a natureza do conflito pelo direito coletivo à água. O privado é o que é controlado privadamente, segundo interesses particulares. O que é público, controlado ou não pelo Estado, deve atender a interesses coletivos, de todas e todos. Mas para isto necessariamente precisa ser visto e tratado como um comum, um direito igual de todos e todas da coletividade. Só a cidadania em ação pode garantir o caráter comum de um bem. A água merece ser mais do que uma tragédia, por sua falta ou excesso. Está na hora de instituímos publicamente a água como um bem comum. Não esqueçamos que somos gestores de 12% da água doce do mundo! (Grzybowski, 2014).

Permitir o acesso às cachoeiras significa democratização do acesso a um bem ambiental essencial a sadia qualidade de vida, significa instituir políticas de cuidado com a natureza, de educação ambiental, de formação de eco-cidadãos, implica em permitir que permaneça vivo a conexão afetiva de uma comunidade com seus rios e cachoeiras.

No direito escandinavo de “livre circulação” os proprietários de terras não podem expulsar as pessoas de suas terras não cultivadas, pois as pessoas têm direito de acessar à natureza, por razões ecológicas e de saúde de todos. Neste sentido, informa Fritjof Capra e Ugo Mattei

[...] os proprietários rurais, os donos de um jardim, de um parque privado ou de terras não cultivadas não tem o direito de interditá-los por meio de cercamentos. Todos têm o direito de entrar nessas terras sem que nada lhes obstrua o caminho, e os proprietários são legalmente responsáveis pela garantia de acesso livre e seguro a sua propriedade privada. As pessoas têm, inclusive, o direito de acampar nas terras de alguém por um período moderado de tempo, e só não podem permanecer nas dependências imediatas da moradia do proprietário. (2018, p. 195-196).

Para tentar resolver este problema de acesso, embora a interpretação sistêmica e valorativa da Constituição e do direito ambiental permitam compreender que o acesso às cachoeiras deva ser de todos, assim, como as praias, praças, ruas etc. tramita no Congresso Nacional um Projeto de lei nº 7486/2017, que dispõe sobre o trânsito por propriedades privadas para o acesso a sítios naturais públicos, de autoria do deputado Chico D’Angelo (PT/RJ), o qual foi alterado para ser incluída a possibilidade de cobrança por parte dos proprietários rurais.

O texto ainda aguarda ser pautado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, por ora, o projeto tem o seguinte teor:

**Art. 1º** É direito do cidadão o livre trânsito, nas propriedades privadas, por caminhos, trilhas, travessias e escaladas que conduzam a montanhas, paredes rochosas, praias, rios, cachoeiras, cavernas e outros sítios públicos de grande beleza cênica e interesse para a visitação pública.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos caminhos já existentes, tradicionalmente utilizados por montanhistas e demais praticantes de esportes ao ar livre, bem como àqueles que necessitem ser constituídos para possibilitar o acesso a sítios públicos ainda não explorados.

**Art. 2º** A delimitação de novos caminhos, trilhas, travessias e escaladas necessários para o acesso a sítios públicos ainda não explorados será estabelecida pelo órgão ambiental do Município ou, quando inexistente, pelo órgão ambiental estadual, assegurada a participação dos proprietários privados e de representantes das associações de montanhistas e outros praticantes de esportes ao ar livre diretamente interessados.

§ 1º A delimitação de novos caminhos, trilhas, travessias e escaladas poderá ser feita pelos proprietários privados, de acordo com boas práticas que assegurem mínimo impacto.

§ 2º Em havendo conflito entre a delimitação proposta pelo proprietário privado e aquela proposta pelos usuários, aplica-se o disposto no caput deste artigo.

**Art. 3º** Os cidadãos que transitarem pelos caminhos de que trata esta lei, deverão zelar pela conservação dos ecossistemas locais, mediante a adoção de práticas de mínimo impacto, bem como não ultrapassar os limites estabelecidos pelos proprietários privados ou pelo órgão ambiental competente, conforme o caso.

**Art. 4º** O estabelecimento de regras para o uso dos caminhos de que trata esta lei deverá ser feito pelo órgão ambiental competente, de forma participativa, envolvendo os proprietários privados e as instituições representativas dos praticantes da atividade esportiva.

§ 1º O proprietário privado poderá cobrar pelo ingresso e trânsito por sua propriedade para fazer frente a despesas com conservação dos caminhos e proteção da propriedade.

§ 2º Os horários eventualmente estipulados para o uso dos caminhos deverão ser compatíveis com a prática segura e operacionalmente viável das atividades em questão.

**Art. 5º** O descumprimento ao estabelecido nesta lei sujeitará o infrator ao pagamento de multa, de acordo com o disposto nos arts. 70 a 76 da Lei nº 9.606, de 1998, sem prejuízo de outras penalidades cabíveis. (Brasil, 2017).

Talvez o projeto de lei seja realmente necessário, para garantir o acesso da população às cachoeiras e outros sítios ecológicos, tendo em vista a grande resistência e os conflitos existentes em torno das águas. Mas a lei vem positivar um direito que já existe, só que não é respeitado devido ao processo de privatização que atingem as águas brasileiras.



#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Originariamente, as águas e os rios, independentemente, da categoria jurídica, eram bens comuns para todos os povos e seres vivos, a própria comunidade cuidava das águas para atender a todos, e em culturas tradicionais tinham o valor do sagrado. Com o capitalismo e o Estado Nacional a questão muda radicalmente, as pessoas são privadas das águas e o assume a sua propriedade e gestão.

Porém, sob a alegação de o Estado não ter meios para gerir as águas diretamente, repassa o serviço para entidades privadas, via concessão ou alienação, processo que se denomina privatização das águas, e que tem significado uma nova política de cercamentos, ou seja, de expropriação da população em prol de empresas, e a mercantilização pura e simples da água.

A partir deste cenário, surge no movimento altermundialistas, a necessidade de se retomar os bens da natureza como *common*, ou seja, devolvidos ao povo, geridos pela própria comunidade, com amparo do Estado, no sentido de se garantir do acesso destes bens a todas as pessoas.

A lógica do *common* está em se contrapor às práticas neoliberais expropriativas da natureza, ela parte da configuração de novas relações comuns entre as pessoas e as pessoas e a natureza, com valores democráticos e solidários, como forma de garantir a dignidade humana e a proteção dos bens ambientais para as presente e futuras gerações.

Não se trata de nova reconfiguração do capitalismo ou de socialismo, mas sim um projeto político de redefinição do político, calcado na construção de relações sociais solidárias, éticas, com reconstrução de afetos e de valores coletivos, para colocar o que realmente importa a dignidade e bem-estar humanos junto com a proteção da natureza, do equilíbrio ecológico, a preservação de todas as formas de vida no centro da ordem jurídica e política.

Basta olhar o quadro de desigualdades instalado ao redor do mundo, a multidão de pobres, o avanço das catástrofes ambientais, o envenenamento da população e do ambiente, a perda de espécies animais e vegetais, o aquecimento global e todas suas manifestações na desregulação do clima e da temperatura do planeta, para se ter noção de que o direito não pode continuar como mero instrumento de opressão, é preciso adotar novos valores sociais coletivos e ecológicos.

O Direito - enquanto ciência e técnica jurídicas - não pode continuar atrelado a bases metodológicas do séculos XVIII e XIX, posto que o mundo atual tem outras necessidades imperativas, devendo se pensar não apenas no presente, mas nas consequências para as futuras gerações, sob pena de inviabilizar a vida de parte significativa de seres humanos e não humanos no planeta, de modo que de nada adianta discursos comprometidos com a sustentabilidade se não se adota novos paradigmas, novos valores e novas técnicas jurídicas.

Assim, há de se pensar as bases teóricas do conceito de bem comum, a partir do seu uso social de modo coletivo, colaborativo e democrático, o que é incompatível com a privatização das águas e com o fechamento de acesso a determinados recursos hídricos, como as cachoeiras.

As cachoeiras, como as demais formas de quedas de água, constituem um bem ambiental próprio, merecedor de proteção jurídica própria, não apenas pelo seu potencial de energia hidráulica, mas por sua beleza cênica, por ser *habitat* específico de espécies animais e vegetais, portanto, essencial ao equilíbrio ecológico, e por sua importância social para as comunidades, podendo desenvolver o turismo, comércio e serviços, projetos de educação ambiental, ser fonte de lazer e bem-estar para a coletividade.

Sem falar da importância de conexão social e afetiva, apta a manter um vínculo de identidade e memória na construção social da comunidade, as cachoeiras são patrimônio nacional, defendidas via Lei de Ação Civil Pública e Lei do Sistema de Unidades de Conservação, por serem bem ambiental, que deve ser tratado como um bem comum (*common*).

Diante de sua importância ecológica, social, política e ambiental as cachoeiras não podem continuar privatizadas em propriedades particulares cujos donos neguem o acesso deste bem à população. Tal prática não deve ser aceita socialmente, devendo os órgãos ambientais – Secretarias de Meio Ambiente, Turismo, Desenvolvimento, Ministério Público e Defensoria Pública – garantirem a acessibilidade deste bem ambiental de uso comum do povo, verdadeiro bem comum, a todas as pessoas, garantindo a efetividade da Constituição.

A aprovação de eventual projeto de lei, ajudará na operacionalização, visto que apenas positivará um direito que já existe e é descumprido pelo apego à lógica da privatização e do assenhoreamento de bens públicos. Mas o importante é a conscientização de que a água é um bem comum que deve ser de todos e gerida a

partir das necessidades de todos os seres vivos humanos e não humanos de forma digna, ecológica e no interesse e no bem-estar das presentes e futuras gerações.

### Referências

AGUITON, Christophe. Os bens comuns. *In*: SÓLON, Pablo (org.). **Alternativas sistêmicas**: bem viver, decrescimento, comuns, ecofeminismo, direitos da Mãe Terra e desglobalização. Tradução: João Peres. São Paulo: Elefante, 2019. p. 85-110.

AMADO, Frederico. **Direito ambiental**. 11. ed. Salvador: Juspodivum, 2020.

BRASIL. **Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934**. Decreta o Código de Águas. Rio de Janeiro, 10 de julho de 1934. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d24643compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643compilado.htm). Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9433.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm). Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9985.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm). Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. **Projeto de lei nº 7486/2017**. Dispõe sobre o trânsito por propriedades privadas para o acesso a sítios naturais públicos. Autor: Chico D'Angelo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1548541&filename=PL%207486/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1548541&filename=PL%207486/2017). Acesso em: 12 abr. 2023

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica**: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-622/16**. Bogota, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>. Acesso em: 10 maio 2024.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **Comum**: ensaio sobre a revolução no século XXI. São Paulo: Boitempo, 2017.

DUNKER, Christian Ingo Lenz. **Mal-estar, sofrimento e sintoma**. São Paulo: Boitempo, 2015.

FREITAS, Vladimir Passos. Cachoeiras, exploração econômica e proteção do meio ambiente. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, p. 217-234, janeiro/junho 2015. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/453>. Acesso em: 28 jan. 2023.

GRZYBOWSKI, Cândido. **Água**: um bem comum. Portal tratamento de água, [s. l.], 03 de abril de 2014. Disponível em: <https://tratamentodeagua.com.br/artigo/agua-um-bem-comum/>. Acesso em: 04 fev. 2024.

GUATEMALA. Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General parcial. **Expediente 452-2019**, Guatemala, 07 de novembro de 2019. Disponível em: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload958.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. São Paulo: Boitempo, 2016.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Painel saneamento Brasil**. São Paulo, 2024. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/>. Acesso em: 10 mar. 2024.

LIMBERGER, Têmis; BUNCHAFT, Maria Eugenia. Novas tecnologias e direitos humanos: uma reflexão à luz da concepção de esfera pública. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 843-868, set./dez. 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito de acesso à água**. São Paulo: Malheiros, 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros; JusPodivum, 2020.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: livro I: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.

MENEZES, Wagner. **Direito do mar**. Brasília : FUNAG, 2015.

PAPA FRANCISCO. **Laudato Si**: sobre o cuidado da casa comum. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2015. Disponível em: [https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si.html](https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html). Acesso em: 10 mar. 2024.

PAPY, Luiza Nogueira. **Bens Públicos Globais**: uma leitura crítica da doutrina e prática contemporânea. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) - Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/ca5fb739-9cd5-4f53-8f96-0d71dabd5132/content>. Acesso em: 20 jan. 2024.

PES, João Hélio Ferreira; IRIGARAY, Michell Capuano. **Privatização e mercantilização da água**: bem comum sob domínio privado. São Paulo: Dialética, 2023.

QUEDA DE ÁGUA. *In*: WIKIPEDIA: the free encyclopedia. [San Francisco, CA: Wikimedia Foundation, 2024]. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Queda\\_de\\_%C3%A1gua#cite\\_note-1](https://pt.wikipedia.org/wiki/Queda_de_%C3%A1gua#cite_note-1). Acesso em: 20 mar. 2024.

RODRIGUES, José Martins. Condição jurídica das quedas d'água. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 23, p. 342-349, 1951. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/11932>. Acesso em: 23 jun. 2022.

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. A beleza cênica como patrimônio nacional. **A última arca de Noé**, [S. l.], 2004. Disponível em: <https://www.aultimaarcadenoe.com.br/a-beleza-cenica/>. Acesso em: 20 maio 2024.

SHIVA, Vandana. **Guerras por água**: privatização, poluição e lucro. São Paulo: Radical Livros, 2006.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da mente**. São Paulo: Gaia, 2013.

SOUZA, Ygor Azevedo Soares de; MACHADO, Pedro José de Oliveira. Os descaminhos das águas: do sagrado ao mercado. **Bol. Goia. Geogr. (Online)**, Goiânia, v. 38, n. 3, p. 551-568, set./dez. 2018.

VIEIRA, Andréia Costa. **O direito humano à água**. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sergio; WOLKMER, Maria de Fátima S. O "novo" direito à água no constitucionalismo da América Latina. **R. Inter. Interdisc. INTERthesis**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 51-69, jan./jul. 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. *In*: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E. (Org.). **Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica**. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2014. **Agradecimentos**

Nos termos Edital PROPPG 10/2022 da Universidade do Estado de Minas Gerais, agradeço o apoio para a realização da presente pesquisa.