

A tomada da decisão ambiental no Chile: o papel do órgão regulador e da participação cidadã no processo administrativo de avaliação de impactos ambientais

Environmental Decision Making in Chile: The Role of the Regulatory Agency and Citizen Participation in the Environmental Impact Assessment

Submetido(submitted): 18/07/2017

Parecer(revised): 17/08/2017

Aceito(accepted): 20/10/2017

Jorge Aranda Ortega *

Resumo

Propósito – Explicar casos de processos administrativos de avaliação ambiental, nos quais a cidadania consegue se opor aos grupos de interesse de interesse privado, obtendo decisões que não respondem à captura, no contexto da lógica da ação coletiva.

Metodologia/abordagem/design – Análise de casos.

Resultados – Evidência de dois casos pontuais, no Chile, nos quais a captura do órgão não acontece.

Implicações práticas – Gerar evidência contrária à inevitável captura do órgão proposta pela teoria da escolha pública.

Originalidade/relevância do texto – O texto implementa conexões entre a prática processual administrativa ambiental chilena com rudimentos de política pública.

Palavras-chave: tomada de decisão ambiental, processo administrativo, participação cidadã, escolha pública, lógica da ação coletiva.

Abstract

Purpose – This study explains administrative process cases on environmental assessment, in which citizens create opposition to private interest groups, reaching decisions not tainted by capture, considering the logic of collective action.

Methodology/approach/design – Case analysis.

Findings – The article highlights two concrete cases, in Chile, where capture did not occur.

Practical implications – It generates evidence contrary to the unavoidable capture proposed by the theory of public choice.

Originality/value – It depicts connections between Chilean environmental administrative procedural practice and public policy underpinnings.

Keywords: environmental decision making, administrative process, citizen participation, public choice, logic of collective action

*Profesor asistente, Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, Universidad de Chile. Abogado. E-mail: joaranda@ug.uchile.cl.

Introdução

O presente artigo se propõe explicar, brevemente, como a evolução da institucionalidade ambiental chilena, elemento importante para a integração comercial internacional, não foi capaz de resolver a questão da tomada da decisão nas políticas públicas, sendo, na prática, realizada pelos órgãos implementadores. Logo, os órgãos implementadores são alvo de pressões de grupos de interesse privado, que tentam captura-los, para obter decisões favoráveis aos seus próprios interesses. Sendo isso uma questão verificável, é possível determinar que, particularmente nos processos administrativos de avaliação ambiental, uma comunidade organizada consegue se opor aos grupos de interesse privado, obtendo decisões que não respondem à captura.

Visando explicar o que fora dito acima, o roteiro a seguir é o seguinte: primeiramente, explicarei a evolução das instituições ambientais chilenas, e porque elas não são capazes de resolver o problema da tomada de decisão. No caso da Lei 19.300/1994, é porque o órgão tomador de decisão e o órgão implementador são o mesmo, existindo prioridade na avaliação ambiental por sobre a criação de políticas, planos e programas na prática. No caso das leis 20.417/2010 e 20.600/2012, porque a prioridade do órgão tomador de decisões foi preferir, dentro das suas atribuições, a função reguladora, omitindo a função de tomada de decisão no ciclo das políticas públicas (1). A continuação, explicarei brevemente as ideias da lógica da ação coletiva de Mancur Olson como explicação da captura dos órgãos implementadores, e como as ideias sobre o processo administrativo de S. P. Croley podem contestar essas afirmações (2). Depois, farei uma breve exposição de dois casos concretos de avaliação ambiental no Chile, nos quais, a comunidade se organizou e conseguiu enfrentar, por meios legais, aos grupos de interesse privado. O primeiro é de uma comunidade indígena contra um projeto de mineração de grande tamanho, denominado “El Morro”, e o segundo, sobre um projeto de uma usina hidroelétrica que causou, inclusive, protestos sociais na capital, denominado “Hidroaysén” (3). Finalmente, apontarei, como conclusão, que essa pequena amostra abre um campo possível de pesquisa, de exceções à lógica da ação coletiva nos processos de avaliação ambiental. Assim, é possível considerar a lógica da ação coletiva como uma generalização importante, mas que também se apresenta como uma explicação dedutiva que não explica todos os resultados possíveis de um processo administrativo de avaliação ambiental.

1. A questão da implementação da política pública ambiental no Chile: quando o implementador se torna indiretamente o tomador de decisão

Na presente seção, apresentarei a evolução das instituições ambientais chilenas, e por que elas não têm conseguido resolver, na prática, a questão da tomada da decisão. Na legislação dos anos noventa, foi porque o órgão tomador de decisão era também o órgão implementador, enquanto na legislação mais recente, o órgão tomador de decisão preferiu, na prática formular regulações, e não de criar políticas públicas. Revisarei, na sequência, como aconteceu essa questão.

1.1. Da ditadura até o ingresso de Chile à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Da inexistência de institucionalidade à diferenciação de funções

A história da evolução das políticas públicas ambientais no Chile, e consequentemente, da legislação ambiental, é, em boa parte, a história da abertura comercial do país pós-ditadura (ARANDA ORTEGA, 2015, p. 145). A necessidade do país de se integrar à comunidade internacional, levou a adoção de um marco legislativo para a criação das políticas públicas ambientais, caracterizado, no começo, pela Lei 19.300/1994 de ‘bases generales del medio ambiente’, e depois pela Lei 20.417/2010, que cria o ministério de meio ambiente, o serviço de avaliação ambiental, e a superintendência de meio ambiente. Adicionalmente, também foi aprovada a Lei 20.600/2012 dos Tribunais Ambientais. Essas legislações sucessivas respondem a diferentes necessidades institucionais, e a diferentes momentos da abertura comercial do Chile.

No começo, durante a ditadura, os militares tinham uma abertura às ideias liberais da Escola de Chicago, (CASTRO, 1992, p. 7) não se abriram totalmente ao comércio internacional, pois uma abertura comercial significaria, no futuro, ab-rogar e modificar normativas sobre produção que envolvem um verdadeiro ‘dumping’ ambiental, favorável à produção nacional. Assim, a proteção ambiental era considerada como desnecessária, pois se o Chile optasse por ressaltar o meio ambiente, seria um verdadeiro contrassenso, tirando uma vantagem comparativa em relação aos países desenvolvidos que detêm normativas de proteção ambiental (QUIROGA MARTÍNEZ, 2001, p. 256-257).

Com a redemocratização, se optou por uma continuidade das reformas dos militares em matéria econômica, inclusive aprofundando-as, porém com um viés de abertura ao comércio exterior. Nesse cenário, era importante dotar o Chile de uma institucionalidade, legislação e políticas públicas condizentes.

Nesse contexto, surge a Lei 19.300/1994, como decorrente da necessidade de integração à comunidade comercial internacional (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 1994).

A Lei 19.300/1994 criou órgãos transversais de tomada de decisão política e de gestão ambiental, os quais detinham duas competências simultaneamente. Assim, no nível central encontramos a “Comisión Nacional del Medio Ambiente” (CONAMA), e no nível regional as ‘Comisiones Regionales del Medio Ambiente’ (COREMA). Esses órgãos, basicamente, tinham funções mistas de criação de políticas, planos e programas ambientais, avaliação ambiental, fiscalização, e imposição de sanções.¹

Considerado que o Chile não contava com uma institucionalidade ambiental prévia, a criação daqueles órgãos foi um sucesso em comparação ao vácuo então existente, mas essa formação institucional demonstrou, no funcionamento corriqueiro, alguns problemas. O primeiro deles foi o de que, ao ser simultaneamente um órgão da tomada da decisão política e implementador da política pública, ficava sobrecarregado de trabalho (URIARTE, 2009, p. 217-218). Na prática, significava que as COREMA e a CONAMA estavam mais ocupadas em avaliar projetos, destinando poucos recursos para criar políticas públicas, fiscalizar e impor sanções (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2010, p. 8-10). A consequência foi a de que o Chile contou, desde a segunda metade da década dos noventa até finais da primeira década dos dois mil, com uma institucionalidade que estava focada só na avaliação ambiental de projetos de investimento.

O segundo problema a ser salientado é que a CONAMA era um órgão de coordenação transversal, incorporando muitos ministros de Estado em um conselho, presidido pelo “Secretario del medio ambiente”. O Secretário não detinha o status de ministro. Ainda mais, ele estava subordinado ao “Ministerio da Secretaria General de la Presidencia”.² Nessa ordem de coisas, um funcionário público, que não é ministro, de hierarquia inferior aos outros integrantes da CONAMA, tinha uma função coordenadora que dificilmente poderia ser realizada, pois, na prática, um funcionário de hierarquia superior dificilmente iria obedecer, ou considerar como equivalente, um secretário subordinado a outro ministro (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2010, p. 101-102).

¹Artigos 69, 70, 80 e 81 da versão original da Lei 19.300/1994.

²Literalmente, o artigo 69 da versão original da Lei 19.300/1994 aponta que “...*La Comisión Nacional del Medio Ambiente es un servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.*” (grifos nossos)

Esses problemas repercutiram na criação de políticas públicas ambientais no Chile. Por uma parte, os esforços e o pessoal das COREMA y da CONAMA estavam focados na avaliação ambiental de projetos, e não na tomada de decisão. Por outro lado, o Secretário da CONAMA não era considerado nas poucas circunstâncias de criação de políticas públicas, pois, na prática, operava como um cargo público de menor hierarquia em comparação aos coordenados, que eram ministros de Estado.

Para além desses problemas, considerando que Chile desejava, na década anterior, ingressar formalmente na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), uma avaliação de desempenho ambiental de 2005 considerava as debilidades que deviam ser superadas nas instituições ambientais. As deficiências pertinentes à reforma poderiam ser apontadas em três: a primeira evidenciava-se na necessidade de uma reforma que criasse um tomador de decisão diferenciado do avaliador de projetos e do fiscalizador, *i.e.*, que o tomador de decisão fosse distinto dos órgãos implementadores (OCDE-CEPAL, 2005, p. 141). A segunda deficiência encontrava-se no fato de que a fiscalização é fraca, porque não existe um órgão diferenciado para desenvolver aquelas tarefas (OCDE-CEPAL, 2005, p. 145). E, um terceiro ponto consistia na inexistência de um órgão responsável pelo cuidado da biodiversidade (OCDE-CEPAL, 2005, p. 121).

Daquelas três questões, para os propósitos deste artigo, a primeira é fundamental. O tomador de decisão não pode confundir as suas funções com as do executor, pois, na prática chilena, não existia um espaço para determinar políticas públicas, sendo cada avaliação ambiental um verdadeiro ordenamento *ad hoc* para cada projeto. Se é possível dizer que os estágios do ciclo da política pública não são estruturados e lineares (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 16-17), também parece um contrassenso não existirem funções diferenciadas na administração do Estado, para o sucesso das políticas públicas (BUCCI DALLARI, 1997, p. 97). A esse respeito me permito trazer a seguinte metáfora: no gramado de futebol, todos os jogadores têm funções diferenciadas, os quais são organizados por um diretor técnico. Na administração do Estado acontece algo similar, pois os órgãos de implementação, da mesma maneira que os jogadores no gramado, estão a serviço de um alinhamento político geral, dentro do qual, evidentemente, eles têm algum grau, maior ou menor, de discricionariedade. Dessa maneira, o alinhamento político geral é determinado por um órgão que determina políticas públicas, o que seria equivalente à função do diretor técnico.

Perseverando, ainda mais um pouco, nessa metáfora, é compreensível que em um time médio de futebol, todos os jogadores, além de jogar em

qualquer lugar do campo, sejam também diretores técnicos? Na história do futebol, há casos de jogadores poli-funcionais, mais são excepcionais.³ No mundo das instituições que participam no ciclo das políticas públicas, isso parece ainda mais difícil.

Em face dessas questões, inaugurou-se um processo legislativo para reformar a institucionalidade ambiental e adaptar as instituições envolvidas no ciclo das políticas públicas. A solução proposta foi criar um Ministério de Meio Ambiente (MMA) (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2010, p. 14), dedicado a tomar decisões de políticas públicas ambientais, e outros serviços destinados a implementar as políticas públicas criadas. Esses serviços seriam o Serviço de Avaliação Ambiental (SEA) (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2010, p. 15), dedicado exclusivamente a processos administrativos de licenciamento, a Superintendência de Meio Ambiente (SMA) (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2010, p. 16), dedicada exclusivamente à fiscalização e imposição de sanções. Finalmente, se pensou na criação de um serviço especializado na proteção da biodiversidade (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2010, p. 21).

A consequência daquele processo legislativo foi a aprovação da Lei 20.417/2010. Nessa lei, foram criados o MMA, o SEA e a SMA. Assim, ficaram diferenciadas, pelo menos inicialmente, as funções de tomada de decisão como de competência do MMA,⁴ e a sua aplicação mediante o licenciamento de projetos, de competência do SEA,⁵ mediante a fiscalização e imposição de sanções de competência da SMA.⁶

Contudo, essa reforma tem particularidades não previstas na sua origem. Em primeiro lugar, e até hoje, não foi criado o serviço para a proteção da biodiversidade, sendo uma questão postergada na agenda política. Em segundo lugar, a competência fiscalizadora da SMA está sob controle de contencioso administrativo formal dos Tribunais Ambientais, não contemplados na origem do projeto, e criados pela Lei 20.600/2012.⁷ Como terceira novidade, se criou um Conselho de Ministros para a Sustentabilidade (CMS), que, basicamente, aprova ou rejeita os atos administrativos ambientais propostos pelo MMA, *i.e.*, o Ministério, para criar efetivamente uma política pública ambiental, primeiro

³No futebol, é muito excepcional encontrar um esportista que jogue em qualquer posição. Só queria lembrar do falecido Johannes Cruyff, que foi um dos poucos que até conseguia realizar aquela tarefa, inclusive chegando a ser um reconhecido diretor técnico.

⁴Lei 19.300/1994, arts. 69 e 79.

⁵Lei 19.300/1994, arts. 80 e 81.

⁶Lei 20.417/2010, arts. 1º, 2º e 3º.

⁷Lei 20.600/2012, art. 17.

deve submetê-la à aprovação do CMS. Cabe apontar também que, o CMS, tem uma conformação muito similar ao velho Conselho de Ministros da CONAMA.

Assim, posso asseverar até aqui que, durante a ditadura, o Chile não tinha maior preocupação com uma agenda ambiental, e particularmente, com uma institucionalidade que ajudasse a criar políticas públicas. Nos anos noventa, se criou uma institucionalidade carente de divisão de funções, encarnada no CONAMA, COREMA, e o Conselho de Ministros da CONAMA, e, nessa carência, a administração concentrou-se, principalmente, na avaliação de projetos e não na criação de políticas públicas. Depois, com as reformas da Lei 20.417/2010, e seguindo as recomendações da OCDE, se diferenciaram as funções de tomada de decisão e implementação, sendo a primeira competência da MMA, e a segunda do SEA, para avaliar, e da SMA, para fiscalizar e impor sanções. Contudo, perseveraram alguns problemas, como a ausência do serviço de biodiversidade, ainda não criado.

Na próxima parte, revisarei, brevemente, o que aconteceu na tomada da decisão de política ambiental com a institucionalização da Lei 20.417/2010, e como, inclusive com uma diferenciação de funções, existe ainda, e de maneira indireta, uma tomada de decisão política por parte do implementador.

1.2. O executor de políticas como tomador de decisão: a omissão política do Ministério de Meio Ambiente e do Conselho de Ministros para a Sustentabilidade

Imediatamente após as reformas de 2010, o CMS inaugurou as suas funções contidas no artigo 71 da reformada Lei 19.300. Literalmente, o artigo contempla que:

“...Serán funciones y atribuciones del Consejo:

- a) Proponer al Presidente de la República las políticas para el manejo, uso y aprovechamiento sustentables de los recursos naturales renovables.
- b) Proponer al Presidente de la República los criterios de sustentabilidad que deben ser incorporados en la elaboración de las políticas y procesos de planificación de los ministerios, así como en la de sus servicios dependientes y relacionados.
- c) Proponer al Presidente de la República la creación de las Áreas Protegidas del Estado, que incluye parques y reservas marinas, así como los santuarios de la naturaleza y de las áreas marinas costeras protegidas de múltiples usos.
- d) Proponer al Presidente de la República las políticas sectoriales que deben ser sometidas a evaluación ambiental estratégica.
- e) Pronunciarse sobre los criterios y mecanismos en virtud de los cuales se deberá efectuar la participación ciudadana en las

Declaraciones de Impacto Ambiental, a que se refiere el artículo 26 de la ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente

f) Pronunciarse sobre los proyectos de ley y actos administrativos que se propongan al Presidente de la Republica, cualquiera sea el ministerio de origen, que contenga normas de carácter ambiental señaladas en el artículo 70.”

Assim, posso apontar que as alíneas ‘a’, ‘b’, e ‘d’ permitem tomar decisões de política pública. A alínea ‘c’ é para decidir sobre um instrumento de proteção da biodiversidade, *i. e.*, as áreas protegidas, a ‘c’ sobre a regulamentação processual da participação cidadã, e, finalmente a ‘f’ de caráter regulador. Assim, e segundo as deficiências que foram caracterizadas antes, o CMS deveria ter um papel, principalmente, de criador de políticas, e um secundário como regulador. Na prática, acontece o contrário: o principal papel do CMS é de estar focado nas competências reguladoras da alínea ‘f’. Nesse sentido, existe evidência de que, das competências já citadas, entre os anos 2010 e 2012, foram decididas, positivamente, 30 requerimentos sobre formulação de regulações, e 2 sobre áreas protegidas. Assim, as alíneas ‘a’, ‘b’, ‘d’ e ‘e’ não foram tratadas nem desenvolvidas em sessão alguma do CMS (MADRID MESCHI, 2015, p. 124-125).

Seria possível dizer que o MMA poderia tomar decisões de política pública na qual, ele, sem o rol autorizador do CMS, consiga criar políticas, planos e programas. Mas isso, pelo menos segundo a formulação do artigo 71 da Lei 19.300/1994, seria ilegal. A razão da ilegalidade reside no fato de, a grande maioria das competências do MMA, contempladas no artigo 70, são propositivas, e precisam ser autorizadas pelo ministério do meio ambiente (MADRID MESCHI, 2015, p. 120-121).

Destarte, existe hoje um grande vácuo na tomada de decisão ambiental no Chile, pois o MMA não está capacitado para tomar decisões de políticas públicas ambientais com autonomia, devendo, toda decisão nesse sentido, ser aprovada pelo CMS. Assim, o CMS hoje está desempenhando um papel principalmente de regulador, e não de tomador de decisão. As regulações que ele cria, paradoxalmente, estão destinadas a ser utilizadas em processos de licenciamento, nos quais o SEA tem um papel fundamental.

É importante lembrar que, embora, nos processos de avaliação ambiental do Chile, o processo administrativo seja conduzido pelo SEA, a decisão final dependerá de uma Comissão Avaliadora Ambiental, integrada por secretários regionais ministeriais, caso os impactos ambientais atinjam uma única região,⁸

⁸Lei 19.300/1994, art. 86: “*Los proyectos serán calificados por una Comisión presidida por el Intendente e integrada por los Secretarios Regionales Ministeriales del Medio Ambiente, de Salud, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Energía, de Obras*

ou pelo diretor do SEA caso os impactos atinjam duas ou mais regiões.⁹ Nesses processos administrativos, inclusive havendo uma restrição da discricionariedade pelo papel regulador do CMS havendo carência do papel do tomador de decisão, o órgão executor, deverá, na prática, resolver essa carência. Assim, nos processos administrativos de avaliação com grande participação cidadã, diferentes grupos tentaram inclinar a decisão em favor dos seus próprios interesses, e, nesse cenário, o órgão executor pode, ou ceder frente às pressões de um grupo, ou, pelo contrário, tentar manter algum grau de autonomia e legitimidade, ponderando devidamente as informações aportadas pelos interessados.

Neste contexto, é importante lembrar que a participação cidadã, nos processos de avaliação ambiental no Chile, não é vinculante para o SEA. O que existe é a obrigação do SEA de disponibilizar a informação relevante do processo de licenciamento para os interessados, a obrigação de acolher as observações apresentadas pelos cidadãos, e, finalmente, a obrigação de responder a essas observações.¹⁰

Assim, a participação cidadã é uma verdadeira semente de conflito juridicamente relevante. Se o processo administrativo não consegue, na prática, conciliar os interesses dos diferentes interessados, é bem possível que o ato administrativo terminal seja impugnado nos tribunais mediante a “acción de protección” ou mediante os recursos contemplados na Lei 20.600/2012 dos tribunais ambientais. Nesses casos, a criação dos tribunais ambientais foi considerada como uma medida para evitar o chamado “ativismo dos juízes”,¹¹ questão particularmente sensível em diferentes precedentes que fazem referência aos direitos sociais (CAMELO DÍAZ, 2015, p. 106-110), e que, geralmente, rejeitaram projetos de grande envergadura, substituindo ao tomador de decisão. Pelo contrário, os tribunais ambientais foram considerados como técnicos, com pouca discricionariedade, e, por decorrência, inadequados a substituírem a decisão política prévia. Esta questão, não tratada com maior profundidade neste texto, é um ponto aberto a ser discutido e estudado.

Para fechar as ideias expostas nesta parte, é possível assinalar que o CMS não desenvolveu políticas públicas ambientais, pois o CMS tinha se ocupado principalmente com a formulação de regulações, e não como tomador de decisão

Públicas, de Agricultura, de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería, y de Planificación, y el Director Regional del Servicio, quien actuará como secretario.”

⁹Lei 19.300/1994, art. 9º.

¹⁰Lei 19.300/1994, art. 29.

¹¹Contemplada no artigo 20 na Constituição Política do Chile, seria o equivalente processual ao Mandado de Segurança no Brasil.

nas políticas públicas. Essas regulações, sendo aplicadas principalmente nos processos de avaliação ambiental, ainda reduzindo a margem discricionária do órgão aplicador, não conseguem substituir a ausência de políticas públicas. Assim, o órgão aplicador, o SEA, deve determinar, projeto por projeto e pela força dos fatos, políticas públicas, previamente atendendo à participação cidadã. No caso de se manter a desconformidade entre diferentes atores, a decisão terminará sendo adotada por um tribunal, após o processo administrativo, em um processo judicial.

Posteriormente, cabe a seguinte pergunta: se existe a oportunidade do órgão executor de se substituir ao tomador da decisão? A existência de grupos organizados, chamados também grupos de interesse especial, terminariam capturando sempre, e invariavelmente, o executor, e assim direcionariam a tomada da decisão? A seguir, explicarei brevemente duas ideias contraditórias. Por um lado, a teoria da ação coletiva de Mancur Olson, e, por outro, a teoria processual administrativa desenvolvida por S. P. Croley.

2. A lógica da ação coletiva no processo administrativo de licenciamento ambiental: os empreendedores contra a sociedade civil

No cenário descrito, a propósito da participação cidadã, os grupos de interesse ou de pressão, de maneira oportunista, conseguem influenciar a tomada da decisão dos órgãos da administração do Estado, seja mediante o aporte de recursos aos políticos eleitos nas campanhas eleitorais, seja mediante a concentração de riqueza e conhecimento especializado na área em particular, na qual se desenvolvem (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 78-80). Igualmente, essa influência também pode ser explicada pela existência dos chamados ‘*think tanks*’, como articuladores de conhecimento parcial, que influenciam os tomadores de decisão (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 81-82).

Esses grupos podem agir em diferentes sentidos, pois os sindicatos, por exemplo também são considerados um grupo de pressão, e normalmente vão defender interesses contrários aos grêmios da produção. Eles são caracterizados por Mancur Olson, dentro da teoria da *Public Choice*, como grupos de ação coletiva (OLSON, 1971, p. 48-52).

Segundo Olson, os grupos de ação coletiva ensejam situações complexas, que devem ser resolvidas, ou diminuídas ao máximo possível. Uma delas é que os grupos de ação coletiva não necessariamente representam uma finalidade comum de todos os associados. Pelo contrário, cada associado detém um interesse particular além do interesse do grupo (OLSON, 1971, p. 8). Assim, esse interesse está orientado ao benefício pessoal, e não ao coletivo, podendo acontecer que aquele associado obtenha uma vantagem ou benefício, sem

oferecer esforço ou trabalho em troca (OLSON, 1971, p. 14-16). A famosa figura, chamada de *free-rider*, é responsável, por exemplo, pela consequência de que a administração de bens comuns por parte de grupos de ação coletiva seja tendente ao fracasso, pois sempre alguém desejará obter uma unidade adicional de benefício sem trabalhar por ela, em detrimento da subsistência do bem comum.

Outra consequência não desejada dos grupos de ação coletiva é que, agindo como influenciadores, no que poderíamos considerar um verdadeiro mercado de tomada da decisão, os grupos oferecem favores não monetários ao tomador de decisão em troca de decisões políticas ou administrativas que sejam favoráveis. Aquela influência pode acontecer em contextos de legalidade (ou de ilegalidade inclusive), aparecendo assim a figura do lobby (OLSON, 1971, p. 141-148).

A solução oferecida para resolver esses problemas é que o Estado deve diminuir o seu tamanho para diminuir a possibilidade de ser capturado, e assim, diminuir o tamanho do mercado da captura da decisão. Além disso, a administração de um bem comum, ora por parte do Estado, ora por uma comunidade, não permite sua subsistência, pois os *free-riders* sempre, na procura de uma unidade adicional de benefício e sem oferecer coisa alguma em troca, terminarão por destruí-lo. Assim, nesse esquema, a única solução seria criar direitos de propriedade privada e individuais nos bens comuns, evitando a aparição dos *free-riders*. (OSTROM, 2015, p. 7-12)

Daquelas ideias, resulta particularmente interessante a ideia de diminuir o papel do Estado para evitar a captura. Nesse sentido, a reforma a institucionalidade acontecida no Chile não se deveria importar com a carência de políticas públicas, nem com a tomada de decisão, desenvolvida de fato, pelo órgão executor, sendo ele neste caso, o SEA. A verdadeira preocupação política, nesse cenário, seria diminuir a quantidade de autorizações, de atuações estaduais, e permitir o empreendimento com trâmites de licenciamento ambiental simples. Só dessa maneira, poderíamos verificar uma diminuição do mercado da tomada de decisão, ideia que, no Chile é sustentada pelos grêmios da produção e certos '*think tanks*'.¹²

Uma crítica possível a essas ideias decorre da teoria processual administrativa desenvolvida por S. P. Croley, a propósito de processos administrativos de formulação de regulações. Croley parte de uma visão diferente da proposta de Olson, afirmando que o Estado não necessariamente é capturado pelos grupos de ação coletiva, em um mercado de tomada da decisão.

¹²Podemos encontrar no Chile, como atores relevantes, à Sociedade de Fomento Fabril (SOFOFA), à Confederação da Produção e Comercio (CPC). Quanto *think tank* na mesma tendência, ao instituto Libertad y Desarrollo.

As ideias de Olson são uma boa explicação do lobby, mas é possível afirmar que Olson parte de generalizações, sem estudar a experiência concreta da atividade do Estado na tomada de decisões.

Especificamente, Croley estuda a experiência dos processos administrativos de criação de regulações, nos quais levanta evidências que se contrapõem ao apontado por Olson (CROLEY, 2008, p. 144-145). Nesses processos, nos quais é possível identificar grupos de ação coletiva defendendo interesses privados (em oposição ao interesse público), se houvesse um interesse público agregador de grupos pequenos, eles conseguiriam se articular circunstancialmente, e formar um bloco de oposição aos grupos de interesse privado (CROLEY, 2008, p. 118-123).

Nesse sentido, a discussão estaria fora da questão de se o Estado deveria ser menor para reduzir o mercado da tomada da decisão. Em Croley, achamos pelo menos dois elementos necessários para que os processos administrativos tenham um papel determinante na ponderação dos interesses dos diferentes grupos ou coalisões. Por uma parte, é importante que a participação cidadã aconteça, e, pela outra que o órgão tenha suficiente independência para poder decidir (CROLEY, 2008, p. 138), baseado nas informações aportadas pelos participantes do processo administrativo (CROLEY, 2008, p. 139). Existindo esses dois requisitos, é possível que a decisão tenha uma ponderação correta dos interesses envolvidos.

Contrastando as ideias do Croley e do Olson, podemos achar uma chave no processo administrativo de avaliação de impactos ambientais do Chile, na qual seja possível ponderar esses interesses, assumindo que, como já foi dito, existe algum grau de independência, efetiva participação, e, adicionalmente, lembrando que, no caso do Chile, o implementador é quem determina a tomada da decisão de política pública frente à omissão do tomador de decisão.

Contudo, cabe uma crítica à utilização das ideias de Croley, enquanto contraste às ideias de Olson, no caso concreto nos processos administrativos de avaliação de impactos ambientais no Chile. Croley escreveu pensando em processos de formulação de regulações, e não em processos de avaliação de impactos ambientais. Um processo regulatório, assim, é diferente de um processo de avaliação, sendo o primeiro destinado a gerar uma norma geral, e o segundo a uma norma particular, aplicável só a um administrado, e que contém uma permissão administrativa. Essa crítica, se tem sentido, desejo matiza-la, e assinalar que este artigo se utiliza da ideia de Croley de estudar, em concreto, os processos administrativos, e, assim contrastar, com evidências, a generalização metodológica de Olson. Meu objetivo, neste texto, é adaptar uma forma de reunir evidência, e não uma forma de estudar, no caso concreto de Croley, processos de formulação de regulação.

Tendo clareza nestas questões, o próximo passo é estudar casos concretos, no Chile, dos processos administrativos de avaliação de impactos ambientais, nos quais a cidadania conseguiu gerar uma contraposição e evitar que um grupo de interesse especial fosse capturado. Passo, a seguir, a revisar essas experiências.

3. Evidência nos processos de licenciamento, considerados pelo Instituto Nacional de Direitos Humanos como conflitos ambientais

Nesta parte, revisaremos duas experiências de conflitos ambientais, que tinham sido catalogadas pelo Instituto Nacional de Direitos Humanos do Chile. Para pertencer àquela categoria, os conflitos ambientais devem responder a quatro requisitos, sendo eles: 1.- Deter diferenças de opinião sobre o uso e acesso aos recursos naturais; 2.- Que no conflito seja possível identificar dois ou mais atores, sejam públicos, privados, pessoas naturais ou jurídicas; 3.- Que a controvérsia se desenvolva publicamente, mediante ações judiciais, administrativas, cartas nos jornais, protestos etc; 4.- Que exista algum registro do conflito nos meios de comunicação (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 5-6). Esses conflitos são dispostos em um plano, e, até o ano de 2015, existiam 102 deles (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 10).

3.1. Caso 1: Projeto de mineração “El Morro”

O caso de “El Morro” é uma boa evidência de como uma comunidade consegue se organizar e se contrapor a uma grande empresa mineradora internacional. O caso data do ano 2008, com o início do estudo de impacto ambiental. O projeto foi impulsionado pelas mineradoras Goldcorp e New Gold, idealizado para a produção de 2.215 toneladas de concentrado de cobre por dia, com um investimento de dois bilhões de dólares, utilizando um total de 2.363 hectares, incluídas as barragens da mineração, na comuna de Alto del Carmen, III Região de Atacama (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017).

No começo, o projeto foi pensado para usar água dessalinizada, mas a empresa comprou antecipadamente direitos de aproveitamento de água nas comunidades locais, as quais, desde cedo, estavam em oposição ao projeto, sendo os principais atores opositores as Comunidades Diaguitas Huascoalinos, o Conselho de Defesa do Vale do Huasco, a Paróquia Nossa Senhora del Carmen, e a Coordenadoria Ambiental de Alto del Carmen (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017).

A principal preocupação das comunidades locais era o abastecimento de água, pois, os projetos mineradores precisariam de grandes quantidades de

líquido para desenvolver as suas tarefas (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017). Em outro sentido, a empresa apresentou um projeto incompleto, aguardando, no desenvolvimento do processo administrativo, completar a informação dos impactos do projeto, gerando um clima de desconfiança (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 96). E, nesse cenário, as empresas que foram rejeitadas desde o começo tentaram se aproximar organizando reuniões com as comunidades locais (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 96).

O processo de participação cidadã aconteceu em uma comunidade rural, que não tinha a preparação científica e técnica para processar um estudo de impacto ambiental composto por 7 volumes de mais de 500 páginas cada um, e mais de 1.150 documentos e anexos (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 96). Cabe assinalar que o prazo legal para formular observações é de 60 dias.

Frente àquele grande obstáculo, as comunidades mantiveram uma forte coesão social, implementando uma participação muito fraca nos aspectos técnicos. A maioria das observações se limitam a apontar, em termos simples, que a irrigação do vale estava em perigo, juntamente com a saúde humana e dos animais. Contudo, foram formuladas mais de 312 observações (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017).

Outro ponto interessante é que a maior parte das comunidades locais são indígenas e pediam que fosse aplicada a consulta indígena contemplada no artigo 6 da convenção 169 da OIT. Tanto a administração quanto as empresas foram contrárias a esse processo de consulta, porque as comunidades consultadas não eram parte das etnias indígenas consideradas na lei de desenvolvimento indígena 19.253/1994.

No ano 2011, a Comissão de Avaliação Ambiental autorizou o projeto, gerando uma forte oposição das comunidades, agora nos tribunais de justiça. O foco do conflito foi nos tribunais superiores de justiça, primeiro com uma “acción de protección”, pedindo a nulidade da autorização administrativa, por não ter aberto um espaço efetivo à participação cidadã, em descumprimento também às obrigações de consulta da convenção 169 da OIT, a qual foi deferida pela Corte de Apelaciones de Copiapó, e confirmada depois pela Corte Suprema.¹³ Posteriormente, o titular do projeto voltou a submeter a avaliação ambiental, obtendo mais uma vez uma autorização para proceder com o projeto, e sendo impugnada por três “acciones de protección” por parte das comunidades, as quais foram indeferidas,¹⁴ mas, finalmente, a Corte Suprema,

¹³Corte Suprema. Rol 618-2011.

¹⁴Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol 250-2012, Rol 151-2013 e Rol 436-2013.

no ano 2014, voltou a anular a autorização, determinando a realização, de boa-fé, de um processo de consulta indígena.¹⁵ As empresas, em outubro de 2014, desistiram de desenvolver o projeto frente a um marco normativo pouco claro (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 96).

É possível observar neste processo de conflito, que a comunidade, pela falta de preparação técnica, não conseguiu aportar informação nas primeiras etapas de avaliação. Porém, uma forte coesão social e um argumento consistente baseado na necessidade de um processo especial de consulta da Convenção 169 da OIT conseguiram resultados nos tribunais superiores de justiça. É possível apreciar que o processo administrativo não foi um ponto de encontro de diferentes opiniões e informações principalmente pela assimetria de informação entre empresa e comunidade. Finalmente, neste caso, a tomada decisão que não foi do CMS, foi implementada pela autoridade de execução, o SEA e a Comissão de Avaliação Ambiental, e finalmente, derrubada pelos tribunais. A falta de uma política pública explícita sobre mineração de grande tamanho, e como lidar com esses impactos ambientais, permite situações como a descrita.

3.2. Caso 2: Projeto de usina hidroelétrica “Hidroaysén”

O projeto Hidroaysén corresponde a um projeto de geração de energia de grande envergadura que consiste em cinco usinas hidroelétricas construídas no rio Baker, na XI Região de Aysén, afetando a três comunas: Cochrane, Tortel e O’Higgins. A superfície total a ser utilizada pelos reservatórios seria de 5.910 hectares, com uma potência projetada de 2.740 MW, sendo responsável a empresa Hidroaysén S.A., sociedad Colbún-Endensa. O investimento total seria de uns 3,2 bilhões de dólares (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017). O projeto considera só a geração elétrica e não contempla a transmissão da energia, nem a distribuição.

O projeto iniciou a avaliação ambiental no ano de 2008, e desde o começo enfrentava sérios problemas, pois a comunidade se organizou rapidamente, sendo articulada pelos seguintes atores sociais: Coalición Ciudadana por Aysén Reserva de Vida, Corporación por el Desarrollo de Aysén (CODESA), Comité Nacional Pro Defensa de la Fauna y la Flora (CODEFF), Consejo de Defensa de la Patagonia, Agrupación de Defensores del Espíritu de la Patagonia, Corporación Costa Carrera, Escuela de Guías de la Patagonia, Escuela NOLS, Cámara de Turismo y Comercio de Puerto Río Tranquilo, ONG Ecosistemas, Fundación Conservación Patagónica, Agrupación Nacional Jóvenes Tehuelches, o bispo Luis Infanti, e o senador Antonio Horvarth. Todos

¹⁵Corte Suprema. Rol 8774-2014.

esses atores, no processo de participação cidadã, conseguiram formular 10.081 observações, no prazo de 60 dias. Essas observações foram de diferente teor, sendo algumas de habitantes menos instruídos ou antigos colonos, e outras de ONGs com expertise técnica (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 208)

Igualmente, desde o começo da tramitação, os serviços públicos, coordenados pela autoridade ambiental formularam muitas observações ao projeto. Por exemplo, a Direção geral de Águas formulou 949 observações no primeiro informe consolidado de avaliação, 114 da Direção de obras Hidráulicas, e 133 do Serviço Nacional de Geologia e Mineração (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 208).

Assim, entre 2009 e 2011, a empresa apresentou três *adendda* para superar as omissões do projeto e atender as observações dos cidadãos, sendo autorizado, no dia 9 de maio de 2011, pela Comissão de Avaliação Ambiental, contra uma forte pressão social sobre os impactos do projeto. No dia seguinte, na capital, se reuniram 18.000 pessoas em uma marcha de protesto segundo a informação da polícia, e 70.000 segundo a informação das organizações sociais.

Depois, o projeto foi impugnado com uma “acción de protección”, na Corte de Apelaciones de Puerto Montt no ano de 2011, a qual denegou o pedido,¹⁶ situação que foi confirmada pela Corte Suprema de Justiça na apelação daquela ação, em uma decisão dividida, no ano 2012.¹⁷ Contudo, e utilizando o processo de impugnação administrativa, os representantes da comunidade perseveraram em um recurso administrativo contemplado por modificações ao projeto, e por não considerar devidamente a participação cidadã, a ser resolvido por um comitê de ministros, contemplado no artigo 20 da Lei 19.300. Esse comitê resolveu que o projeto, por não considerar devidamente as observações da cidadania, e também por não oferecer ótimas medidas de reparação, devia ser anulado, questão que aconteceu em junho de 2014 (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017).

Revisando o processo de participação cidadã, neste caso, existiu sempre uma forte oposição aos grupos de interesse privado por parte de uma comunidade organizada. Diferentemente do caso estudado de “El Morro”, a comunidade contou com maiores recursos, com articulações políticas e sociais fortes que até permitiram desenvolver uma marcha de protesto. Também, neste caso, os tribunais não interferiram na decisão administrativa, denegando os pedidos da “acción de protección”, mas, finalmente, e sob a pressão cidadã, o comitê de ministros anulou o projeto. É possível apreciar como o processo

¹⁶Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol179-2011.

¹⁷Corte Suprema, Rol 10220-2011.

administrativo, finalmente, e ao logo de muitos anos de incerteza, conseguiu resolver um alinhamento de política pública inexistente, determinando que a matriz energética do Chile não pode depender de um projeto da envergadura do Hidroaysén.

Conclusões

A evolução das instituições que desenvolvem a política ambiental no Chile ainda tem um longo caminho por percorrer. Reconhecendo os avanços da Lei 19.300/1994 na década dos anos noventa, e das Leis 20.417/2012 e 20.600/2012 mais recentemente, como melhoras substantivas no posicionamento internacional do Chile em um contexto de economia global, o que melhora os padrões produtivos em prol das futuras gerações. Contudo, no contexto interno, essas reformas ainda apresentam um grande problema, sendo o principal deles o vácuo na tomada de decisão no ciclo das políticas públicas.

Mesmo existindo uma divisão de funções nas reformas desta década e atribuições especialmente expressas, no texto positivo, para que o CMS formule políticas públicas, atualmente ele está mais preocupado com a formulação de regulações de normas ambientais. Dito de outra maneira, a função reguladora superou, na prática, à formulação de políticas, planos e programas.

Assim, a falta da tomada da decisão é exercida pelos órgãos executores. Nesse sentido, o SEA e as Comissões de Avaliação Ambiental têm desempenhado um papel importante na hora de decidir sobre grandes projetos de investimento. Assim, o Chile permitirá usinas hidroelétricas de grande envergadura, ou projetos de mineração de grande porte em detrimento dos direitos dos povos originários? Na prática, a questão é resolvida pelo implementador das políticas públicas.

Determinado que o implementador é, de fato, o tomador de decisão, a teoria dos grupos de ação coletiva, desenvolvida por Olson, nos obrigaria a pensar que deveríamos ter “menos Estado” nessa seara, e reduzir o aparato de avaliação para reduzir esse “mercado” da tomada da decisão que acontece na prática. Menos Estado indicaria uma margem menor para decisões de órgãos capturados, medida ainda mais importante em cenários nos quais a tomada de decisão é difusa, ou, pelo menos pouco clara. Pelo contrário, e utilizando os pressupostos metodológicos de Croley que ele utilizou nos processos administrativos de formulação de regulações, *i.e.*, órgãos com autonomia e com uma participação cidadã encorajada, é possível reverter os pressupostos metodológicos de Olson.

Levada essa discussão para a seara da avaliação ambiental no Chile, e utilizando os dois casos emblemáticos, catalogados pelo Instituto Nacional de Direitos Humanos do Chile como conflitos ambientais, é possível revisar que a

captura é mais uma metáfora, do que uma lei natural invariável de comportamento humano. Assim, é possível observar no caso de “Los Morros” que uma comunidade indígena, com uma forte coesão, e baseada em um argumento jurídico de direito internacional, *i.e.*, a consulta previa do artigo 6º da Convenção 169 da OIT, conseguiu se opor a duas empresas transnacionais nos Tribunais Superiores de Justiça. No caso do “Hidroaysén”, a comunidade sendo muito mais forte, e contendo atores melhor preparados tecnicamente para questionar o processo de avaliação, e com maiores conexões políticas, não teve o mesmo sucesso no litígio judicial, mais conseguiu levar o processo administrativo até um recurso excepcional, e vencer em um comitê de Ministros.

Sendo duas as experiências de universo enorme de processos de avaliação de impactos ambientais, é possível asseverar que existe um campo fértil de pesquisa empírica que mostre evidência contrária às pretendidas pela lógica da ação coletiva. Não é possível negar o valioso legado daquela ideia, mas é uma generalização que precisa ser contrastada com a realidade, ao invés de uma realidade amoldada, à força, a uma ideia.

Referências Bibliográficas

- ARANDA ORTEGA, J. Una Aproximación al Principio de Prohibición de Regreso en Chile: desde la Integración Internacional a la Aplicación Jurídica. In: UICN **El Principio de No Regresión ambiental en Iberoamérica**. Suíça: UICN, 2015. p. 145-146.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley N° 19300 de 1994. **Ley Chile**, 1994. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/2429/1/HL19300.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2017.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. **Ley Chile. Historia de la ley N° 20417 de 2010**, 2010. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3929/6/HL20417.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.
- BUCCI DALLARI, M. P. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, Brasília, n. 34, p. 89-98, 1-3 1997.
- CARAMELO DÍAZ, G. D. Activismo judicial y derechos sociales. **Pensar en Derecho**, Buenos Aires, v. 99-114, n. 6, jul. 2015.
- CROLEY, S. P. **Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government**. Nueva Jersey: Princeton University Press, 2008.
- DE CASTRO, S. **Bases de La política económica del gobierno militar**. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 1992.

- HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política pública: seus ciclos esubsistemas—uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **Mapa de conflictos socioambientales en Chile. 2015**. INDH. [S.l.], p. 262. 2016.
- MADRID MESCHI, A. A. **La puesta en marcha del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad: periodo 2010-2012**. Santiago: Universidad de Chile, 2015.
- OCDE-CEPAL. **Evaluaciones de Desempeño Ambiental: Chile**. OCDE-CEPAL. Paris, p. 246. 2005.
- OLSON, M. **The logic of collective action**. Massachusetts: Harvard University Press, 1971.
- OSTROM, E. **Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- QUIROGA MARTÍNEZ, R. La sustentabilidad socioambiental de la emergente economía chilena entre 1974 y 1999: evidencias y desafíos. In: CLACSO **El ajuste estructural en América Latina: costos sociales y alternativas**. Buenos Aires: CLACSO, 2001. p. 255-274.
- SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. Servicio de Evaluación Ambiental. **Estudio de Impacto Ambiental Proyecto El Morro. 25/11/2008**, 2017. Disponível em: <<http://www.sea.gob.cl/rca>>. Acesso em: 2 fev. 2017.
- SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. Servicio de Evaluación Ambiental. **Proyecto Hidroeléctrico Aysén. 14/08/2008**, 2017. Disponível em: <<http://www.sea.gob.cl/rca>>. Acesso em: 2 fev. 2017.
- URIARTE, A. L. Exigencias, desafíos y oportunidades medioambientales para el Chile del bicentenario. **Revista de Derecho Ambiental**, Santiago, p. 215-223, 2009.