

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Helena Vargas Cabeda

LIBERDADE RELIGIOSA, LIBERDADES INDIVIDUAIS E OS LIMITES DA
INTERVENÇÃO ESTATAL: um estudo de caso do uso da ayahuasca

PORTO ALEGRE

2018

Helena Vargas Cabeda

LIBERDADE RELIGIOSA, LIBERDADES INDIVIDUAIS E OS LIMITES DA
INTERVENÇÃO ESTATAL: um estudo de caso do uso da ayahuasca

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal do
Rio Grande do Sul como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Baptista
Caruso MacDonald

PORTO ALEGRE

2018

Helena Vargas Cabeda

LIBERDADE RELIGIOSA, LIBERDADES INDIVIDUAIS E OS LIMITES DA
INTERVENÇÃO ESTATAL: um estudo de caso do uso da ayahuasca

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais, da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: _____

Banca Examinadora:

Professor Doutor Paulo Baptista Caruso MacDonald (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professora Doutora Mariana Kuhn de Oliveira
Faculdade Porto-Alegrense

Professor Doutor Wladimir Barreto Lisboa
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Porto Alegre

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço, sempre, ao carinho da minha família, que é meu apoio nas piores circunstâncias.

Agradeço à UFRGS pelo ensino gratuito e de qualidade, onde tive a honra de aprender com excelentes professores.

Por fim, mas não menos importante, agradeço ao meu dedicado orientador Paulo, que acreditou no potencial do meu tema e me ajudou a tornar possível a realização desta pesquisa.

*"Não é desejável cultivar o respeito às leis
no mesmo nível do respeito aos direitos"*

(Henry David Thoreau)

RESUMO

Esta monografia procura estabelecer os limites da intervenção estatal nas liberdades individuais e coletivas garantidas aos cidadãos em um estado democrático de direito no caso do consumo da ayahuasca, considerada a ponderação entre as liberdades e os direitos que eventualmente seriam violados, ora pela liberação do uso da substância ora pela sua proibição. Para tanto, em um primeiro momento, é feita uma breve reconstituição histórica dos usos da ayahuasca e a regulamentação desta no Brasil. Após, são analisadas, através da revisão bibliográfica sobre os temas, bem como análise de jurisprudência, a liberdade religiosa, a autonomia e a soberania pessoal, o dano de autolesão e a sua repercussão na proteção à saúde pública. O objetivo é identificar se a proibição da bebida se trata de um mero ato de paternalismo legal e se ela se justifica em um estado minimamente liberal. Perpassando pela compreensão do valor e do significado das liberdades que estão em pauta quando da verificação da legitimidade da proibição da conduta de consumo da ayahuasca, conclui-se que não há, no contexto brasileiro (e dos países ocidentais em geral) razões plausíveis para a sua proibição. É que, de fato, se trata de um ato paternalista do Estado, pois (I) a conduta, se eventualmente causar lesão, será apenas para o indivíduo que livremente optou por tomá-la, e seus atos estão protegidos pela sua autonomia, e (II) existe o direito à liberdade religiosa, e principalmente a pluralidade religiosa, cujo respeito que tem valor significativo nas democracias.

Palavras-chave: Ayahuasca, Liberdade Religiosa, Autonomia, Soberania Pessoal, Saúde Pública, Autolesão, Paternalismo Legal.

ABSTRACT

This paper aims to establish the limits of state intervention in the individual and collective freedoms guaranteed to the citizens of a democratic rule-of-law state concerning the consumption of ayahuasca. It considers the deliberation between the freedoms and rights that would eventually be violated, either for the liberation of the use of the substance or its prohibition. To do so, a brief historical reconstitution of the uses of ayahuasca and its regulation in Brazil is made. Afterwards, through bibliographic review of the topics, in addition to analysis of judicial decisions, the religious freedom, the autonomy and personal sovereignty is analyzed, as well as the damage of self-harm and its repercussion in the protection of public health. Thus, it is sought to identify whether the prohibition of ayahuasca is only an act of legal paternalism and if it is justified in a minimally liberal state. Through the understanding of the value and meaning of the freedoms that are under consideration when verifying the legitimacy of the prohibition of ayahuasca consumption, it is concluded that there are no plausible reasons in the Brazilian context (and the Western countries in general) for its prohibition. It is, in fact, a paternalistic act of the State, because (I) the conduct, if eventually causes injury, will be only for the individual who freely chose to take it, and his acts are protected by his autonomy, and (II) there is the right to religious freedom, and especially the peoples religious plurality whose respect has significant value in democracies.

Keywords: Ayahuasca, Religious Freedom, Autonomy, Personal Sovereignty, Public Health, Harm to Self, Legal Paternalism.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A AYAHUASCA E O PROCESSO DE REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL	11
2.1	A AYAHUASCA ENQUANTO SUBSTÂNCIA ENTEÓGENA	12
2.2	RELIGIÕES AYAHUASQUEIRAS	14
2.2.1	O SANTO DAIME	15
2.2.2	A BARQUINHA	18
2.2.3	A UNIÃO DO VEGETAL (UDV)	19
2.3	OS NEO-AYAHUASQUEIROS E O USO XÂMANICO - AS FORMAS ALTERNATIVAS DE CONSUMO DA AYAHUASCA	20
2.4	A REGULAMENTAÇÃO DO USO DA AYAHUASCA NO BRASIL	22
2.5	APONTAMENTOS FINAIS	27
3	DO LIVRE EXERCÍCIO DA RELIGIÃO	29
3.1	ESTADO E RELIGIÃO	31
3.2	PLURALISMO RELIGIOSO	35
3.3	DA LIBERDADE RELIGIOSA	38
3.3.1	LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA, CRENÇA E ORGANIZAÇÃO RELIGIOSA	41
3.3.2	LIBERDADE DE CULTO	42
3.4	O QUE É RELIGIÃO	44
3.5	UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA O CASO DAS RELIGIÕES AYAHUASQUEIRAS: A ISENÇÃO PARA O USO RELIGIOSO DE SUBSTÂNCIAS PROIBIDAS	49
3.6	APONTAMENTOS FINAIS	55
4	A AUTOLESÃO E A INTERVENÇÃO ESTATAL	57
4.1	<i>LIBERTY-LIMITING PRINCIPLES</i>	59
4.1.1	<i>HARM PRICIPLE</i>	60
4.1.2	<i>LEGAL PATERNALISM</i>	63
4.2	DA AUTONOMIA	65
4.3	DA SOBERANIA PESSOAL	68
4.4	DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PONDERADOS	72
4.4.1	A SAÚDE E A SEGURANÇA PÚBLICAS	73
4.4.2	DO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E A AUTODETERMINAÇÃO	75
4.5	APONTAMENTOS FINAIS	77
5.	CONCLUSÃO	79
	REFERÊNCIAS	81

1 INTRODUÇÃO

Polêmica e pouco conhecida, a ayahuasca voltou ao imaginário popular após o assassinato do cartunista Glauco Villas Boas e seu filho Rauni, na igreja do Santo Daime Céu de Maria, em 2010 - mesmo ano em que o Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas legalizou o consumo da ayahuasca para fins religiosos. A bebida, que ganhou notoriedade na década de 80 com sua expansão para além do norte do país, foi então retratada como a "vilã" pela grande maioria das mídias, relativizada por outras e defendida pelos adeptos das religiões ayahuasqueiras.

Diante deste cenário controverso, o presente trabalho propõe uma reflexão sobre os usos da ayahuasca e as liberdades que os legitimam no estado democrático de direito. Assim, busca-se compreender, através de revisão bibliográfica e debate acerca do assunto, quais os limites da intervenção Estatal nas liberdades pessoais, mormente quando relacionadas ao consumo da ayahuasca.

Inicialmente contextualiza-se o leitor, relatando o histórico das religiões ayahuasqueiras, suas diferentes vertentes, o tradicional uso xamânico da ayahuasca e os novos usos contemporâneos, terminando com o processo de regulamentação da ayahuasca no Brasil, que teve início em 1985, quando seu consumo foi proibido através da Portaria nº 02/1985 da DIMED, e culminou com a Resolução nº 01/2010 do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas, constatando que "não pode haver restrição, direta ou indireta, às práticas religiosas das comunidades, baseada em proibição do uso ritual da Ayahuasca", porquanto "a liberdade religiosa e o poder familiar devem servir à paz social, à qual se submete a autonomia individual".

Daí destacam-se as duas diferentes formas de consumo da bebida: a primeira, presente nos rituais das religiões ayahuasqueiras, que se apresenta como uma forma de uso de aspectos tradicionais religiosos, em razão da cerimônia e organização religiosa, e a segunda, os usos "alternativos", relacionados à cura (no caso dos rituais xamânicos) e ao autoconhecimento e experiências mais individualizadas (os novos usos da ayahuasca). Naturalmente, a legitimação do uso no caso das formas mais tradicionais ampara-se no direito à liberdade religiosa, a ser fundamentado no terceiro capítulo, enquanto a legitimação das formas alternativas está mais relacionada às liberdades individuais, que serão explicitadas no capítulo seguinte.

Em seguida, no capítulo três, é explorada a relação da religião com o Estado, e os meios que este possui para assegurar o exercício da liberdade religiosa - a organização do Estado em relação à religião (em especial a maneira de prevenir a discriminação dos grupos religiosos minoritários). Analisa-se, então, na perspectiva de autores Rawls e Walzer, o funcionamento do estado democrático de direito em relação aos temas religiosos e civis. Neste sentido, releva-se a importância de um Estado neutro frente a uma sociedade plural, para que não sejam as minorias suprimidas, sendo a separação entre religião e Estado a principal forma de evitar a intolerância religiosa.

São retratados, então, os direitos decorrentes da liberdade religiosa previstos na Constituição da República, quais sejam a liberdade de culto, a liberdade de consciência, a liberdade de crença e a liberdade de organização religiosa. A principal ideia aventada é a da valorização do pluralismo religioso, devendo as mais diversas manifestações de religião serem respeitadas, desde que não manifestamente contrárias a direitos de terceiros que possuam o mesmo ou maior valor. Conceituar os fenômenos religiosos é outra questão a que se propõe debater o capítulo três, o que se percebe tratar de tarefa complexa, em razão da amplitude e complexidade deste fenômeno, demonstrando melhor se adequarem ao assunto as abordagens por analogia, de Greenawalt, e as semelhanças de família, de Wittgenstein.

No caso das religiões cujo elemento fundamental do seu culto é a ayahuasca, a liberdade religiosa esbarra na sua eventual criminalização. Assim, busca-se refletir sobre a relevância desta proibição para o estado democrático de direito, como ela pode ferir as liberdades garantidas aos cidadãos. Portanto, indica-se no capítulo uma possível solução para o caso da prática das religiões ayahuasqueiras: a isenção do uso de substância ilícita para fins religiosos - caminho adotado no Brasil para, em parte, possibilitar que as religiões ayahuasqueiras pratiquem seu culto.

Ainda assim, as isenções não são suficientes para assegurar o pleno exercício de todas as liberdades. Considerando-se que o consumo da ayahuasca, se ocasionalmente se revelar danoso, afetará tão somente ao indivíduo que a consome, se está diante de uma autolesão. O capítulo quatro discute, então, sobre os princípios que limitam as liberdades e a ponderação entre estes e os eventuais danos aos quais poderia levar o consumo da ayahuasca. Num primeiro momento, apresentam-se os referidos "*liberty-limiting principles*", especialmente o "*harm*

principle", segundo o qual somente devem ser tutelados os danos causados a terceiros sem consentimento do sujeito "danificado", e o "*legal paternalism*", que refere, no que concerne a este trabalho, que a criminalização da autolesão e do dano consentido são exemplos de paternalismo legal, do tipo "*hard paternalism*", e não devem ser efetivados.

Após, são estabelecidos os conceitos de autonomia e soberania pessoal, revelando a noção de que ao indivíduo plenamente autônomo é conferida à soberania pessoal, que permite que ele se autogoverne. A esse propósito, os direitos decorrentes destas virtudes dão ao indivíduo (aquele que possui autonomia enquanto capacidade) a possibilidade de tomar as principais escolhas que lhe dizem respeito, dentre estas a sua opção religiosa, cabendo somente a ele a definição do que é o seu "próprio bem", ainda que tais escolhas impliquem o consumo de substâncias que possuam certa periculosidade. Igualmente, as seções 4.2 e 4.3 prestam-se a referir os limites destas qualidades.

Posteriormente, na seção 4.4 analisa-se o voto em elaboração do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 635.659/SP, de sua relatoria. Nesta seção coloca-se em perspectiva a defesa à saúde pública, principalmente, em relação às liberdades individuais, particularmente a autodeterminação (característica da autonomia individual). Verifica-se, diante da ponderação destes direitos, que, no caso da ayahuasca, substância de baixo potencial ofensivo, a garantia das liberdades individuais prevalece em relação à saúde pública, não havendo um real interesse do Estado na criminalização do seu consumo.

Por fim, conclui-se o capítulo retomando os principais pontos exibidos e a pertinência deles ao caso concreto. Depreende-se, então, que há possíveis soluções para a garantia da liberdade das práticas ayahuasqueiras sem impedimentos estatais, apontando estes caminhos e salientando as implicações de cada escolha.

2 A AYAHUASCA E O PROCESSO DE REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

O capítulo dois, dividido em cinco seções, se propõe a apresentar a ayahuasca e seu uso, além do processo de regulamentação da bebida no Brasil. O objetivo é contextualizar o leitor acerca do problema que se busca investigar no presente trabalho, que é o tratamento dispensado por parte do Estado a religiões que tem no centro do seu culto o consumo da ayahuasca, bebida que contém substância psicoativa, o DMT, criminalizado, à luz do princípio da tolerância, da realidade plural brasileira e dos direitos de liberdade garantidos pela Constituição da República, sendo os mais relevantes a liberdade religiosa, por um lado, a ser exaltado no terceiro capítulo, e a autonomia individual dos indivíduos, por outro, cujas peculiaridades se verá no capítulo quatro.

Para tanto, na primeira seção apresenta-se a bebida e o significado desta - reconhecida por religiosos como uma bebida enteógena, cuja finalidade do consumo é entrar em contato com Deus - e a distinção dela com as drogas recreativas, com as quais tende a ser associada. Posteriormente, será exposto um breve histórico e fundamentos das religiões ayahuasqueiras brasileiras, quais sejam o Santo Daime (que se divide em dois grupos, o Alto Santo, menor, e o Centro Eclético da Fluente Luz Universal Raimundo Irineu Serra, mais conhecido e difundido), a Barquinha (menos abrangente, restrita à região norte do país) e a União do Vegetal (grupo mais sóbrio, ligada ao espiritismo kardecista, que se expandiu para diversos países).

A terceira seção dedica-se aos usos xamânicos e aos novos usos da ayahuasca, não institucionalizados e ligados à busca da cura e do autoconhecimento, respectivamente, que se situam à margem das formas permitidas de consumo da ayahuasca delimitadas pela regulamentação do Conselho Nacional de Política sobre Drogas hoje vigente, a Resolução nº 01/2010. Na quarta seção trata-se da regulamentação da ayahuasca no Brasil, preocupação que passou a existir com a expansão das religiões ayahuasqueiras aos centros urbanos brasileiros na década de 80, o que causou uma reação social que resultou na proibição do seu consumo, através da Portaria nº 02/1985 da DIMED (Resolução nº 04/1985 do CONFEN). Hoje, após estudos aprofundados e multidisciplinares a respeito do tema, o consumo religioso da ayahuasca foi permitido por meio da Resolução nº 01/2010 do CONAD, como se verá na referida seção. Por fim, a quinta seção resume-se aos apontamentos finais do capítulo.

2.1 A AYAHUASCA ENQUANTO SUBSTÂNCIA ENTEÓGENA

A ayahuasca é um termo de origem Quéchuá¹, como referem Labate e MacRae (2006), cujo significado é “vinho das almas”. Trata-se de uma bebida psicoativa elaborada através da decocção de duas plantas originárias da floresta amazônica, o cipó *Banisteriopsis Caapi* e as folhas de arbusto *Psychotria Viridis*, que contém o princípio ativo DMT (n,n-dimetiltriptamina)². Acredita-se que bebida vem sendo utilizada há pelo menos dois mil anos, mas tem-se certeza de que se a utiliza há trezentos anos (cf. Gow, 1996), em diferentes rituais e tradições, por comunidades indígenas localizadas na área da floresta amazônica, compreendendo países como o Brasil, Peru, Bolívia, Colômbia e Equador. O jornalista Amauri Arrais³ destaca que o uso da ayahuasca nas tribos está relacionado ao xamanismo e práticas de curandeirismo.

De acordo com Mizumoto (2012), pesquisadores apontam que as substâncias psicoativas presentes em bebidas sacramentais, a exemplo da ayahuasca e o peiote⁴, denominam-se bebidas enteógenas, visto que são utilizadas com a finalidade de alcançar a percepção do sagrado, dentro de um contexto dito xamânico. O termo enteógeno é originado do "entheus" (deus dentro), e empregado em detrimento de termos como drogas ou alucinógenos, dado que tais substâncias, em princípio, não devem ter destinação lúdica nem aditiva, mas religiosa e de curandeirismo.

A substância ativa da ayahuasca é o DMT (n,n-dimetiltriptamina), conforme referido, considerada um alucinógeno enteógeno, segundo MIZUMOTO (2012), em razão das "experiências com estados de mente associados ao nascimento, morte, quase morte, entidades ou experiências com presenças desconhecidas e estados de

¹ De acordo com Costa (2017), Quéchuá é o idioma oficial do Tawantinsuyu, o império inca. Refere ter sido o idioma mais utilizado na América Latina.

² Conforme relata Labate (2011), a substância DMT foi proibida no âmbito internacional, através da Convenção de Substâncias Psicotrópicas das Nações Unidas, em 1971, da qual o Brasil é

² Conforme relata Labate (2011), a substância DMT foi proibida no âmbito internacional, através da Convenção de Substâncias Psicotrópicas das Nações Unidas, em 1971, da qual o Brasil é signatário. Ainda, Feeney e Labate (2011), destacam que o DMT é uma substância controlada no Brasil desde 1998.

³ Disponível em: < <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1537324-5602,00.ALVO+DE+POLEMICA+CHA+DE+SANTO+DAIME+E+CONSUMIDO+HA+ANOS.html> > acesso em 16 de set de 2018.

⁴ Bebida utilizada nos rituais religiosos da Native American Church, a respeito dos quais tratará mais detalhadamente o capítulo 3.

consciência mística-espiritual" (STRASSMAN, 2001, apud MIZUMOTO, 2012, p. 69) que faz alcançar.

Para Bernard (2014), substâncias enteógenas são uma forma de induzir a experiência religiosa, vistas pelos que as utilizam como um presente divino. Contudo, o autor refere que, no contexto cultural em que os países ocidentais estão inseridos, dificilmente estas substâncias não serão vistas como viciantes e inseguras e o estado por elas causado como “nada além de alucinações induzidas por drogas e, assim, distorções patológicas da realidade, em vez de estados de consciência sobre a verdade” (BERNARD, 2014, p. 667, tradução nossa⁵).

Sobre a dificuldade de aceitação social de substâncias psicoativas, relacionada ao tabu para com as drogas alucinógenas – e quaisquer drogas ilícitas, em comparação com as drogas lícitas e culturalmente aceitas, como o álcool e o tabaco, - Blainey (2014, p. 291) indica que é fruto dos traumas experimentados pelos jovens na década de 1960 com o uso destas e o “pânico moral”⁶ em relação ao movimento de contracultura que ele representou. O autor afirma, ainda, que, até que se propagasse, nesta época, o uso recreativo do LSD (Lysergsäurediethylamid), enquanto droga alucinógena, este era estudado cientificamente para fins medicinais, com o objetivo de combater determinadas doenças psiquiátricas. Foi então que seu consumo, bem como o de outros alucinógenos, foi banido (BLAINEY, 2014, p. 290). Ademais, segundo o pesquisador, “os enteógenos foram criminalizados porque se presume que eles são inerentemente prejudiciais e, portanto, os operadores da lei acreditam estarem protegendo a saúde física e psicológica dos cidadãos” (BLAINEY, 2014, p. 294, tradução nossa⁷).

No Brasil, o uso da ayahuasca em um formato religioso mais tradicional se desenvolveu com as religiões conhecidas como ayahuasqueiras, que se expandiram às cidades e difundiram no Brasil e no mundo o consumo da ayahuasca, adotada após a proximidade com as tribos indígenas que a utilizavam nos rituais xâmanicos, como bebida sacramental.

⁵ “nothing more than drug-induced hallucinations, and as such, are pathological distortions of reality rather than revelatory insights into Truth”

⁶ Como Blainey (2014, p. 291) chama a reação social ao movimento dos anos 60.

⁷ “Entheogens have been criminalized because it is presumed that they are inherently harmful, and so, lawmakers believe they are protecting the physical and psychological health of citizens”

2.2 RELIGIÕES AYAHUASQUEIRAS

Costa (2017) afirma, assim como acima suscitado, que a tese mais consensual entre os estudiosos das práticas religiosas ligadas ao consumo da ayahuasca é de que elas teriam se propagado através do contato entre os nativos e os indivíduos envolvidos com a modernização da Amazônia, “marcado pela presença de missões religiosas cristãs, os fluxos populacionais ligados às atividades econômicas da extração de madeira, do garimpo e dos sucessivos ciclos de exploração da borracha” (COSTA, 2017, p. 240).

Ainda, segundo Costa (2017), dentre os países em que identificado o uso indígena da ayahuasca, somente no Brasil a bebida passou a ser utilizada como uma bebida sacramental por grupos religiosos tradicionais, originados na região Norte do país, dotados de fundamentos cristãos. Tais grupos deram origem às religiões ayahuasqueiras. Todas estas religiões possuem como característica comum o pertencimento ao grupo de religiosidade não indígena que consome a ayahuasca no Brasil. Porém, internamente, possuem diferenças ideológicas – as quais ocasionaram as rupturas e cisões dos grupos originais.

Apesar de o principal uso da ayahuasca, hoje, nas sociedades civis, se dar de forma religiosa tradicional, existem novas organizações neo-ayahuasqueiras e inclusive consumo social da bebida psicoativa, que trazem à baila importantes discussões. A esse propósito, cabe destacar duas questões levantadas por Labate (2004, p. 74): (I) o embate entre a legitimidade das formas religiosas “tradicionais”⁸ de uso da bebida em relação às novas formas de consumo, a rigor consideradas ilegítimas, inseridas na margem da ilegalidade, uma zona de penumbra, por não se enquadrarem perfeitamente nos parâmetros estabelecidos pela então concebida religião ayahuasqueira, mais tradicionais, e (II) “a construção do *self* e das identidades no mundo contemporâneo” (LABATE, 2004, p. 74), devido à associação dos novos usos da ayahuasca ao autoconhecimento e misticismo, mais individualizados. Refere a autora, em relação ao segundo ponto, que o uso

⁸ Aqui, importante fazer uma breve explicação do uso do termo tradicional ao longo deste trabalho. Considerando o contexto ayahuasqueiro, haverá as religiões tradicionais e o uso alternativo. Contudo, quando forem consideradas todas as religiões existentes, as religiões ayahuasqueiras situam-se na zona de penumbra, já não sendo mais tradicionais diante de religiões cristãs, por exemplo. Neste caso, estas que serão as ditas tradicionais.

alternativo da ayahuasca deveria ser visto com menor preconceito e ressalvas, até porque

o estabelecimento de uma linha que separe o que “faz bem” para o ser humano daquilo que “faz mal” também é uma tarefa impossível – de fato, as ciências médicas, elas próprias, não são unânimes neste sentido: um olhar rápido sobre a história das drogas demonstra como cada período histórico cultuou uma substância em detrimento de outra. (LABATE, 2004, p. 87)

Além destes, vale a pena retomar o uso xâmanico da ayahuasca, pioneiro, originado nas tribos indígenas, que, conquanto também seja "tradicional" - e até "mais" tradicional, se considerado a história do consumo da bebida -, também pode ser considerado ilegítimo e colocado na margem da ilegalidade, porquanto se distingue das religiões tradicionais majoritárias. Neste aspecto, oportuno enfatizar que esta e as outras formas que assumem a posição de "não tradicionais", quando consideradas inferiores às demais, estão sendo discriminadas.

Nesse sentido, além dos pontos expostos por Labate (2004) da questão histórica do culto, da discriminação às diferentes drogas e da dificuldade de determinar o que é ou não bom para os indivíduos, (o que, em um estado liberal, caberia tão somente a eles mesmos definir) vale também questionar-se se quem faz uso de determinada substância psicoativa, como é a ayahuasca, deve estar sujeito ao crivo de outrem a este respeito, uma vez que do seu uso surtem efeitos unicamente àquele que a consome - e na hipótese de dano, seria um auto dano. Estes pontos serão adentrados no capítulo quatro.

Por hora, importante relatar e demonstrar o fenômeno a ser analisado. Então, na qualidade de religiões ayahuasqueiras, têm-se conhecimento das seguintes: o Santo Daime, a Barquinha e a União do Vegetal, sobre as quais tratam as subseções que seguem.

2.2.1 O SANTO DAIME

O Santo Daime, conforme relata Labate (2004), foi fundado por Raimundo Irineu da Serra, conhecido entre os praticantes como Mestre Irineu, que nasceu no Maranhão, em 1892, e mudou-se para o Acre em 1912, recrutado para a colheita da seringa. O fundador da religião conheceu a bebida em contato com índios peruanos,

na fronteira com a Bolívia, quando teve uma “miração”⁹ - o que, consoante a antropóloga, trata-se da visão suscitada pela ingestão da bebida. Então,

A partir daí nomeou a bebida “Daime”, do verbo dar, e das invocações “dai-me força”, “dai-me luz”, “dai-me amor”. Nos anos 1930, os irmãos Costa fundam em conjunto com M. Irineu, em Brasileia, fronteira do Acre com a Bolívia, o Centro de Regeneração e Fé (C.R.F), também conhecido com Centro da Rainha da Floresta. (LABATE, 2004, p. 61)

Hoje, divide-se em dois grupos religiosos, ambos originados da doutrina fundada pelo Mestre Irineu: o Alto Santo, mais restrito e pouco documentado, e o Centro Eclético da Fluente Luz Universal Raimundo Irineu Serra (CEFLURIS), mais conhecido e difundido, inclusive internacionalmente, sendo a referência quando se fala em Santo Daime.

Entre 1935 e 1940, de acordo com Labate (2004), o fundador desenvolveu a doutrina conforme orientações que teria recebido nas suas experiências com o chá do daime (ayahuasca), até que em 1945 fundou o Centro de Iluminação Cristã Universal (CICLU), hoje conhecido como Alto Santo. Em 1971 o fundador faleceu, aos 79 anos de idade, sendo sucedido sucessivamente. Houve diversos conflitos em torno da herança espiritual de Mestre Raimundo, o que deu origem a novos centros da mesma orientação religiosa, dentre eles o citado CEFLURIS, fundado em 1974 pelo Padrinho Sebastião (Sebastião Mota de Melo). O Centro funcionava na Colônia Cinco Mil, onde passou-se a viver uma experiência comunitária. No final da década de 1970, integraram-se à comunidade muitos jovens, andarilhos, pessoas em busca de cura e estudiosos, todos oriundos de diversos centros urbanos do Brasil e do exterior.

Conforme relata Labate (2004), em 1980 parte da comunidade, orientada e conduzida pelo Padrinho Sebastião, mudou-se para o seringal Rio do Ouro, no Amazonas, e posteriormente para uma terra cedida pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Localizada na beira do igarapé Mapiá, afluente do Rio Purus, em Pauini, também no Amazonas, nesta terra foi fundado o Céu do Mapiá¹⁰, também conhecido como "Nova Jerusalém". É a atual sede do

⁹ São as visões espirituais conseguidas quase sempre em estados de consciência expandida durante os trabalhos com a Ayahuasca, consoante Labate (2004, p. 60)

¹⁰ De acordo com Oliveira (2015, p. 83), o INCRA assentou na região um grupo de 300 pessoas, formando um núcleo voltado para as atividades da doutrina do Santo Daime. O local foi sendo

CEFLURIS, onde residem mais de 500 pessoas e se produz todo o daime (como os seguidores da doutrina do Santo Daime chamam o chá de ayahuasca) consumido nos centros urbanos do Brasil e do exterior.

A partir de então, a religião foi difundida para além da região amazônica, sendo fundadas igrejas no Rio de Janeiro, como a Céu do Mar e a Céu da Montanha, em 1982, e posteriormente em São Paulo. Assim, a década de 1980 foi marcada pela adesão de celebridades à doutrina e por polêmicas com a imprensa, que até então não colocava em pauta a religião do Santo Daime. Hoje, Labate (2004) afirma que existem centros do CEFLURIS na Áustria, Bélgica, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Itália, Inglaterra, Japão, além de diversos países da América Latina e outros.

Já os grupos do Alto Santo, segundo Cemin (2001, apud LABATE, 2004, p. 65) e Goulart (1996, 2002, apud LABATE, 2004) são legatários do xamanismo amazônico e preservam o caráter sagrado de símbolos como a dança e a festa, oriundos do catolicismo popular, também caracterizados pela convivência entre santos católicos (Deus, Jesus e a Virgem Maria), entidades oriundas do universo afro-brasileiro e seres da natureza, com o sol, a lua e as estrelas, por exemplo. Enquanto no Alto Santo somente é louvada a figura do Mestre Irineu, no CEFLURIS são louvadas as figuras do Mestre Irineu e do Padrinho Sebastião, sendo o primeiro como Jesus Cristo e o segundo "como 'reencarnação da força' de São João Batista, de onde derivam algumas concepções messiânicas e apocalípticas do grupo" (LABATE, 2004, p. 65).

O ritual de ambos compreende o canto de hinos, considerados revelações do astral. Os trabalhos espirituais, de acordo com Labate (2004), são: os hinários oficiais (festas comemorativas), que abarcam o bailado (coreografia) e a concentração (com períodos de meditação e silêncio; a missa (para os falecidos); e os rituais de fardamento¹¹. Ademais, a autora refere que também são promovidos trabalhos de cura, seja física ou espiritual. No CEFLURIS ganhou fama a cura de São Miguel, fruto das crescentes influências umbandistas na linhagem. Esta, aliás, é

ocupado espontaneamente por demais seguidores, com a difusão da doutrina, e hoje existe um mercado informal, composto por um pequeno comércio. A autora relata que a Vila Céu do Mapiá apresenta estrutura semelhante às áreas periféricas dos grandes centros urbanos.

¹¹ Segundo Oliveira (2015, pp. 68-74), o fardamento é um compromisso que representa a formalização do reconhecimento pessoal de adesão à doutrina. Se trata de cerimônia na qual é entregue a Estrela e a consagração das vestes cerimoniais. Compõe-se de dois uniformes, uma farda oficial, branca, e uma farda não oficial, azul.

uma diferença entre as duas linhas religiosas (Alto Santo e CEFLURIS): o Alto Santo não admite a ampliação e a apropriação internacional da doutrina - por isso permanecem restritos à região Norte do Brasil -, nem o uso da *Cannabis sativa*, que vem sendo utilizada ritualmente em determinados rituais da CEFLURIS, a qual é denominada como “Santa Maria”.

Ainda, segundo Groisman (1991, apud LABATE, 2004), tanto o Alto Santo quanto a CEFLURIS possuem doutrinas reencarnacionistas, acreditando os crentes que dentro de si há uma memória divina e, através do seu comportamento, podem evoluir espiritualmente, visando a alcançar a salvação. Da mesma forma que ocorre nos rituais xamânicos, afirma que os daimistas creem na guerra mística entre os homens e os seres espirituais, sendo eles o Exército de Juramidam, que participam da batalha azul a fim de doutrinar os espíritos sem luz, e em seus rituais permeia um espírito militar, tanto que os realizam fardados e há ênfase na ordem e na disciplina.

2.2.2 A BARQUINHA

A religião da Barquinha é outra dissidência da doutrina fundada pelo Raimundo Irineu da Serra (o Santo Daime). Seu fundador, Daniel Pereira de Mattos, nascido no Maranhão, foi ao Acre a serviço da Marinha do Brasil, onde procurou o Mestre Irineu em busca do trabalho de cura e acabou se fixando no Alto Santo. Em 1945, teve a "miração" de que deveria cumprir uma missão, o que fez com que compusesse cânticos, que hoje compõem o ritual da Barquinha. O dissidente recebeu a autorização do Mestre Irineu para produzir seu próprio daime (ayahuasca) e o incentivo para seguir sua própria missão, que resultou na fundação da Barquinha.

Hoje, após a morte do fundador (em 1958), a Barquinha possui grupos no Acre e em Rondônia, e uma extensão no Rio de Janeiro, mas sua abrangência é menor do que a das demais religiões ayahuasqueiras, tendo pouca divulgação nacional. É a mais “ecclética” delas, segundo Labate (2004), e também a mais influenciada pela umbanda. Seus rituais compreendem a ingestão do daime e a incorporação de entidades espirituais, que expressam sua influência umbandista, nordestina e amazônica (LABATE, 2004, p. 71).

A Barquinha é tida como a missão deixada pelo Frei Daniel (Daniel Pereira de Mattos), mas também como a viagem das vidas dos seus seguidores. Ainda,

concebem a Barquinha como a igreja, enquanto os adeptos são os marinheiros do mar sagrado. Dado o sincretismo religioso desta vertente, seu calendário é o mais extenso das religiões ayahuasqueiras, e os praticantes realizam diversos trabalhos espirituais nas festas religiosas.

2.2.3 A UNIÃO DO VEGETAL (UDV)

A terceira das religiões ayahuasqueiras foi fundada pelo José Gabriel da Costa, conhecido como Mestre Gabriel, que também migrou para o Norte para trabalhar como seringueiro, em Porto Velho (Rondônia), onde foi ogã no terreiro de umbanda que frequentara. Em 1959, experimentou a ayahuasca, que veio a chamar de vegetal, junto a demais seringueiros que consumiam a bebida na Floresta Amazônica, perto da fronteira com a Bolívia. Três anos depois deu início à União do Vegetal da Terra, fixando-se em Porto Velho até o seu falecimento, em 1971.

Em 1967 foi fundado um núcleo da UDV em Manaus e, em 1972, em São Paulo. Hoje, de acordo com Labate e Araújo (2002, apud Labate, 2004, p. 72), o Centro Espírita Beneficente União do Vegetal possui mais de sete mil associados, e é a mais organizada e numerosa das religiões ayahuasqueiras, com núcleos nos Estados Unidos e em países europeus, havendo, ainda, grupos dissidentes. Sua sede geral se localiza em Brasília, Distrito Federal.

Das religiões ayahuasqueiras, a UDV é também o grupo mais organizado, possui ambiente despojado, com signos religiosos populares, uniformes austeros, e seu trabalho está mais voltado para a concentração mental e a evolução espiritual, enquanto as demais dão prevalência à devoção, hinos e preces, como refere Labate (2004). Nesse sentido, a União do Vegetal está bastante ligada ao espiritismo kardecista¹², trazendo conceitos como a evolução espiritual, a reencarnação e a cientificação¹³, tendo menor influência cristã, ainda que cultue as figuras de Jesus Cristo e da Virgem Nossa Senhora. Oliveira (2015) denomina a doutrina da União do Vegetal como cristã-reencarnacionista, misturando elementos do espiritismo

¹² Conforme refere Sarmatz (2017), o espiritismo foi fundado por Allan Kardec, pedagogo, na França, século XIX. “Espíritos superiores” teriam lhe revelado a doutrina, e o fundador codificou-a em cinco livros, segundo a qual todo homem é um médium, um canal de comunicação entre os vivos e os espíritos, não havendo hierarquias propriamente ditas, mas uma evolução espiritual a cada reencarnação. Hoje, o Brasil possui a maior comunidade espírita do mundo.

¹³ O que, segundo Andrade (1995, apud LABATE, 2004, p. 73), é um estado de perfeição total que o espírito alcança.

kardecista com manifestações cristãs urbanas, possuindo caráter mais sóbrio e menos festivo.

Os rituais da UDV são realizados quinzenalmente com duração de quatro horas, a par das sessões especiais e instrutivas (restritas aos níveis hierárquicos¹⁴ superiores). As sessões compreendem não somente o conto de histórias, mas também a leitura de documentos internos da UDV, silêncio, meditação, canto de músicas e conversações ritualizadas¹⁵.

Para além das religiões ayahuasqueiras relatadas, existem outras formas de consumo da ayahuasca, quais sejam os novos usos (os neo-ayahuasqueiros ou usos *new age*¹⁶) e os usos precursores, já mencionados, pelos xamãs indígenas.

2.3 OS NEO-AYAHUASQUEIROS E O USO XÂMANICO - AS FORMAS ALTERNATIVAS DE CONSUMO DA AYAHUASCA

Inseridos em uma rede urbana de consumo da ayahuasca, o uso da bebida pelo neo-ayahuasqueiros está mais ligado à busca do autoconhecimento do que às tradições religiosas referidas. Os novos usos, ainda que tenham inspiração nas tradicionais religiões ayahuasqueiras, as ressignificam. Labate (2004) destaca que, para eles, aquelas carregam o peso negativo da tradição, com desvios inerentes à institucionalização das religiões.

Ocorre que, questionando a natureza do ritual e do religioso no consumo da ayahuasca, os novos grupos acabam situando-se em uma linha tênue entre a rejeição ao modelo tradicional do consumo da bebida sagrada e o seu uso “profano”, da bebida meramente como uma droga alucinógena, de acordo com Labate (2004). Neste ponto, discute-se a legalidade e a legitimidade dos novos usos, porquanto o consumo da ayahuasca está permitido, em lei, na sua forma tradicional, associado ao ritual religioso institucionalizado. Para a pesquisadora, então,

(...) a situação dos neo-ayahuasqueiros urbanos é juridicamente liminar: eles estão num espaço entre o que é legal, o uso legítimo, religioso e institucional da ayahuasca e um terreno ainda não

¹⁴ A União do Vegetal possui estrutura hierárquica e secreta (LABATE, 2004), dividindo-se em quatro níveis: os discípulos, o corpo instrutivo, o corpo do conselho e o quadro de mestres.

¹⁵ À título de exemplo, dentre as conversas ocorre a elaboração de perguntas dos fiéis a serem respondidas pelos mestres.

¹⁶ Ver Feeney e Labate (2012, p.12).

conhecido, constituído por uma imagem projetada de um suposto uso ilegítimo, recreativo e não-institucional. (LABATE, 2004, p. 85)

No entanto, a antropóloga aludiu à possibilidade de reabertura da análise do uso da bebida previsto no diploma legal então vigente, que determinara que seria possível revisitá-lo no caso de novas evidências concretas que questionem o quadro atual¹⁷. A esse propósito, Labate alega que os novos usos devem ser trazidos ao debate, e atribui a incerteza da sua legitimidade à dureza de determinados conceitos, como religião, ritual e legalidade, que a seu ver devem ser repensados, afirmando que: “em primeiro lugar, é necessário rejeitar um critério fixo e essencialista para decidir o que é ou não ‘religião’ e ‘ritual religioso’” (LABATE, 2004, p. 86).

Em relação a estes grupos, posteriormente afirmam Feeney e Labate (2012, p. 12) que, "Embora tais grupos tenham menos legitimidade religiosa que os grupos mais “tradicionais”, têm sido progressivamente incorporados no processo político". Para os autores, as atividades dos grupos "permanecem dentro dos parâmetros da Resolução de 2010".

Mas há ainda os usos xamânicos da ayahuasca, por grupos indígenas. Sobre a legalidade ainda pairam dúvidas nos países ocidentais, mesmo que tenham originado o uso da substância enquanto sacramento, que foi posteriormente adotado pelas religiões supramencionadas, por não se localizarem em contexto precisamente religioso - conforme Feeney e Labete (2012, p. 15):

Embora o xamanismo ameríndio esteja claramente enraizado em definições ontológicas particulares de “natureza” e “cultura,” assim como numa compreensão metafísica do mundo, é discutível se seria reconhecido como religioso do ponto de vista ocidental, calcado nas principais religiões monoteístas: cristianismo, judaísmo e islamismo. Nas comunidades indígenas, práticas médicas, artísticas e espirituais encontram-se frequentemente misturadas, ao contrário da sociedade ocidental que procura fazer distinções entre esferas como sagrado e secular.

Verificada a existência e expansão de diferentes práticas ligadas ao consumo da ayahuasca, passou-se a debater sua legitimidade e legalidade delas pela

¹⁷ Conquanto o livro utilizado seja de 2004, e tenha havido posterior publicação de resoluções tratando do tema, os estudos e futura readequação permaneceram em aberto, como quando a Resolução nº 01/2010 indica, em suas proposições, que “Devem-se fomentar pesquisas científicas abrangendo as seguintes áreas: farmacologia, bioquímica, clínica, psicologia, antropologia e sociologia, incentivando a multidisciplinaridade;”

sociedade em geral e, como resultado, pelas autoridades brasileiras. Este movimento levou ao estudo e posterior regulamentação do uso da substância, como se verá.

2.4 A REGULAMENTAÇÃO DO USO DA AYAHUASCA NO BRASIL

A expansão do consumo da ayahuasca para as regiões Sudeste e Sul, na década de 1980, deu-lhe notoriedade, sendo a sua legalidade colocada em questão entre os anos 1985 e 1987¹⁸. À época, a DIMED (Divisão Nacional de Medicamentos) era a divisão do Ministério da Saúde responsável pela classificação de drogas - em 1999, a competência foi transferida para a ANVISA (Agência de Vigilância Sanitária) - e, em 1985, o órgão proibiu o seu consumo, através da Portaria nº 02/1985 da DIMED (Resolução nº 04/1985 do CONFEN), incluindo provisoriamente a substância *Banisteriopsis caapi* na lista de substâncias psicotrópicas proscritas, em razão do princípio ativo DMT (n,n-dimethyltryptamine).

O referido ato foi suspenso no início de 1986, para que se permitisse seu uso religioso, até a conclusão do relatório final do primeiro grupo de trabalho sobre os rituais que envolviam o uso da ayahuasca, que concluiu, em 1987, que esta não trazia prejuízos individuais ou sociais, tendo, portanto, o CONFEN (à época o Conselho Federal de Entorpecentes), por meio da Resolução nº 06, de 1986, excluído a bebida e as espécies vegetais que a compõem das listas da DIMED.

Contudo, em 1991, devido a uma denúncia anônima, o ora Conselheiro do CONFEN, Paulo Gustavo de Magalhães Pinto, então Chefe da Divisão de Repressão a Entorpecentes do Departamento de Polícia Federal, decidiu por reexaminar o uso da ayahuasca. Segundo Antunes (2014), foi então que estudaram novamente a bebida e seus componentes, sendo elaborado, em 02 de junho de 1992, novo parecer conclusivo no âmbito do CONFEN, aprovado por unanimidade na 5ª Reunião Ordinária do órgão, a fim de garantir apenas o consumo religioso da substância, considerando que não havia razão para alterar a conclusão anterior. Ressalta Labate (2004, p. 85):

É importante frisar que os pareceres que fundamentaram a decisão de retirar a bebida da ilegalidade apoiaram-se nos modos de uso religiosos e institucionais. Esses são associados à ideia de um uso

¹⁸ Apontado por Labate (2004).

coletivo, com a presença de líderes experientes, em espaços delimitados e com calendários específicos, sendo convenção ética a proibição de comércio da substância. Está implícito e aceito pelo CONFEN e pelas matrizes ayahuasqueiras já estabelecidas que trata-se um uso ritual. (LABATE, 2004, p. 85)

Em 2002, após diversas denúncias a respeito do uso inapropriado da ayahuasca, tanto divulgadas pela imprensa quanto dirigidas ao Poder Público, um novo Grupo de Trabalho foi definido pela Resolução nº 26, de 2002 do CONAD (Conselho Nacional de Política sobre Drogas). O grupo teria o objetivo de fixar normas e procedimentos para uso da substância que preservassem a manifestação cultural religiosa e ao mesmo tempo estivessem de acordo com os objetivos e normas estabelecidas pela política nacional antidrogas e pelos diplomas legais, porém, segundo a conclusão do GMT da Resolução nº 01/2010 do CONAD, não há registro de que este grupo tenha sido de fato constituído.

Posteriormente, em 24 de março de 2004, o CONAD solicitou à Câmara de Assessoramento Técnico Científico a elaboração de estudo e parecer técnico-científico a respeito do uso da ayahuasca em seus diferentes aspectos, com a indicação dos pareceres emitidos pelo CONFEN, ao que o referido órgão de assessoramento emitiu o parecer que serviu de fundamento à Resolução nº 05/2004 do CONAD, tendo sido implementado um Grupo de Trabalho Multidisciplinar¹⁹ pelo Ministério da Justiça para o “levantamento e acompanhamento do uso religioso da ayahuasca, bem como para a pesquisa de sua utilização terapêutica, em caráter experimental”, conforme dispõe o artigo 1º desta. O grupo instaurado apresentou um

¹⁹ O GMT foi composto por seis estudiosos, indicados pelo CONAD, das áreas que atenderam, dentre outros, os seguintes aspectos: antropológico (Dr. Edward John Baptista das Neves MacRae), farmacológico/bioquímico (Dr. Isac Germano Karniol), social (Dr^a Roberta Salazar Uchoa), psiquiátrico (Dr. Dartiu Xavier da Silveira Filho) e jurídico (Dr^a Ester Kosovski) e seis membros, convidados pelo CONAD, representantes dos grupos religiosos que fazem uso da Ayahuasca, eleitos em Seminário realizado em Rio Branco nos dias 9 e 10 de março de 2006, quais sejam: Linha do Padrinho Sebastião Mota de Melo: Alex Polari de Alverga; Linha do Mestre Raimundo Irineu Serra: Jair Araújo Facundes e Cosmo Lima de Souza; Linha do Mestre José Gabriel da Costa: Edson Lodi Campos Soares; Linha Independente (Outras Linhas): Luis Antônio Orlando Pereira e Wilson Roberto Gonzaga da Costa. A linha do Mestre Daniel Pereira de Matos, conhecida como linha da Barquinha, decidiu não participar do GMT, conforme carta endereçada ao CONAD, então a vaga foi preenchida por mais um representante da linha do Mestre Raimundo Irineu Serra. Apoiaram o GMT a Secretaria Nacional Anti-drogas, representada pela Diretora de Políticas de Prevenção e Tratamento, Dr^a Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte, e da Assessoria Executiva do CONAD, representada pelas Sras. Déborah de Oliveira Cruz e Maria de Lourdes Carvalho. Em suas reuniões ordinárias participaram o Dr. Domingos Bernardo Gialluisi da Silva Sá, Jurista, Membro Titular do CONAD e da Câmara de Assessoramento Técnico Científico, também representada pelo Dr. Marcelo de Araújo Campos e pela Dr^a Maria de Lourdes Zenel. Disponível em <http://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-1-2010_113527.html>, acesso em 12 de out de 2018.

relatório, aprovado pelo CONAD, em 06 de dezembro 2006, que estabeleceu uma deontologia do uso da ayahuasca, incluindo o curandeirismo, o qual, segundo Araújo (2015), apontava a necessidade de garantia do livre exercício de culto e da consolidação de um cadastro voluntário de grupos ayahuasqueiros, a fim de definir princípios sobre os usos e espaços rituais e religiosos, que deveriam se responsabilizar por gestantes e menores, por exemplo.

Em 26 de janeiro de 2010, então, o uso oficial da ayahuasca como sacramento religioso foi definitivamente reconhecido pelo CONAD, através da Resolução nº 01/2010. A resolução foi o resultado dos estudos do Grupo Multidisciplinar de Trabalho implementado em 2004, e versou sobre o uso religioso da ayahuasca. Tinha como pauta: “cadastramento das entidades; aspectos jurídicos e legais para regulamentação do uso religioso e amparo ao direito à liberdade de culto; regulação de preceitos para produção, uso, envio e transporte da Ayahuasca; procedimentos de recepção de novos interessados na prática religiosa; definição de uso terapêutico e outras questões científicas”²⁰.

A referida resolução, que é a última publicada sobre o tema, em conjunto com o relatório final emitido pelo Grupo Multidisciplinar de Trabalho formado para estudar o consumo da ayahuasca, concluiu que “não pode haver restrição, direta ou indireta, às práticas religiosas das comunidades, baseada em proibição do uso ritual da Ayahuasca”, ressaltando que “a liberdade religiosa e o poder familiar devem servir à paz social, à qual se submete a autonomia individual”. Afirmam que a liberdade do uso religioso da Ayahuasca deve ser garantida, em razão da “inviolabilidade de consciência e de crença e a garantia de proteção do Estado às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, com base nos artigos 5º, VI e 215, § 1º da Constituição do Brasil, evitada, assim, qualquer forma de manifestação de preconceito”.

Do texto vigente, cabe ressaltar que se buscou assegurar a liberdade de crença prevista na Constituição da República, e a preservação das “culturas populares, indígenas e afro-brasileiras”, buscando evitar qualquer preconceito. Também, ressaltou que a ocorrência de registros de uso não religioso da ayahuasca devem ser identificados para evitar práticas que não se amoldam à previsão constitucional, colocando em risco a legitimidade do uso religioso tradicionalmente

²⁰ Disponível em: < http://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-1-2010_113527.html >, acesso em 11 de out de 2018.

reconhecido pelo Estado - então, haveria um modelo de uso da ayahuasca estipulado formalmente. Ademais, a resolução prevê a vedação da publicidade sobre a ayahuasca, da comercialização da bebida, que deve ser produzida para consumo próprio, e do turismo que tenha por objeto auferir lucro, especialmente se decorrente dos efeitos causados pelo consumo da substância.

Quanto ao uso terapêutico da ayahuasca, parte dos outros usos ayahuasqueiros apontados por Labate (2004 e 2010) retomam a proibição da prática do curandeirismo²¹. Esta é compreendida com uma terapia, de cura e fomento à saúde, na qual não cabe ao Estado intervir quando inserida em contexto estritamente religioso. Dessa forma, a prática fora deste contexto seria ilegítima, posto que o CONAD autorizou o consumo da ayahuasca apenas em rituais religiosos. Aponta, ainda, que:

Qualquer prática que implique utilização de Ayahuasca com fins estritamente terapêuticos, quer seja da substância exclusivamente, quer seja de sua associação com outras substâncias ou práticas terapêuticas, deve ser vedada, até que se comprove sua eficiência por meio de pesquisas científicas realizadas por centros de pesquisa vinculados a instituições acadêmicas, obedecendo às metodologias científicas. Desse modo, o reconhecimento da legitimidade do uso terapêutico da Ayahuasca somente se dará após a conclusão de pesquisas que a comprovem²² (BRASIL, 2010)

Determina também que as entidades responsáveis pelo uso da ayahuasca possuam um compromisso com a fé e identidade religiosa, devendo serem formadas por pessoas experientes, e se recomenda que se constituam de organizações formais, com personalidade jurídica, e responsáveis. Além disso, novos adeptos devem ser adequadamente informados e acompanhados até o final do ritual. Por fim, dispõe que, uma vez que os estudos realizados demonstraram que a substância não trazia danos à saúde, seu consumo por menores de dezoito anos permanece sob a deliberação dos pais ou responsáveis, forte no poder familiar que lhes confere

²¹ Conduta tipificada no Código Penal de 1940, Título VIII, Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública, Capítulo III, Dos Crimes Contra a Saúde Pública, artigo 284, que assim dispõe:

“Art. 284 - Exercer o curandeirismo:

I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

II - usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;

III - fazendo diagnósticos;

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.”

²² Disponível em: < http://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-1-2010_113527.html >, acesso em 11 de out de 2018

o artigo 1643²³ do Código Civil de 2002, quanto às mulheres grávidas, que são responsáveis pela sua participação nos rituais com consumo da ayahuasca, cabendo a elas a medida de tal participação, devendo ser preservado o desenvolvimento e a estruturação da personalidade do menor e do nascituro.

Atualmente, desde de 31 de janeiro de 2011, encontra-se arquivado o Projeto de Decreto Legislativo nº 2.491/10²⁴ do Deputado Paes Lira, proposto em 20 de abril de 2010, logo após a publicação da resolução final do CONAD pelo GMT instituído para o estudo do tema, que tem por objeto o cancelamento da referida resolução. Afirma que a droga tem seu uso e comércio vedados pela Constituição da República, que impõe penalidades aos traficantes e prevê diferentes medidas de recuperação ao usuário. Aduz que, apesar do direito à religião e da liberdade de consciência e crença, nenhum direito constitucional é absoluto, especialmente no tocante ao uso de substâncias que, nas palavras do deputado, “a Constituição almeja extirpar da sociedade” e, portanto, considerando que “a droga destrói o indivíduo, e com ele sua família, portanto, transcende à individualidade e atinge um interesse direto da Nação”, deve prevalecer o interesse da comunidade, o interesse público, em detrimento do interesse privado, vetando-se o uso da ayahuasca.

O parlamentar refere que o uso de drogas é proibido, pois fere o direito à saúde e à vida, que são direitos indisponíveis, e que o consumo de drogas é danoso não somente ao usuário mas a toda a sociedade, e que gera malefícios à

²³ “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

²⁴ Disponível em: <

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=171EC68423B2739F298877DD575FF36A.proposicoesWebExterno1?codteor=756337&filename=Tramitacao-PDC+2491/2010 >, acesso em 08 de set de 2018.

integridade física e mental de seus usuários. Colaciona reportagens e relatos de especialistas da saúde, concluindo que a substância é nociva e que seu uso não é de autonomia individual, como faz crer a resolução nº 01 de 2010 do CONAD, uma vez que “o uso de uma droga maléfica à saúde atinge tanto o indivíduo quanto toda a sociedade por consequência”, e a religião deve servir à paz social, o que não condiz com o uso de entorpecentes.

Aponta, ainda, como indícios dos danos causados pela ayahuasca, o assassinato do cartunista Glauco Vilas Boas por um frequentador da mesma igreja e consumidor do chá que, segundo o deputado, era também usuário de outras drogas, ilícitas, e a morte de Fernando Henrique Queiroz Tavares²⁵, que afirma ter relação com o consumo da bebida. Reputa insuficientes os tratamentos dados aos menores e às grávidas. Por fim, alega que a liberdade de culto não pode ser considerada um permissivo para os rituais ligados ao consumo da ayahuasca, onde há “a intoxicação de seres humanos e a indução de estados alterados de consciência, especialmente aqueles capazes de eliminar o autocontrole e favorecer condutas violentas e atentatórias contra os direitos de outras pessoas”.

2.5 APONTAMENTOS FINAIS

Ante o exposto, constata-se que se está diante de uma minoria religiosa. Os fenômenos religiosos aqui estudados, além de estarem intrinsecamente vinculados ao consumo de uma substância psicoativa, criminalmente proibida, possuem diversas formas de expressão que aumentam seu afastamento das religiões tradicionais, majoritárias. Aliás, as religiões ayahuasqueiras ganharam notoriedade pela sociedade de forma especialmente crítica, não foram assimiladas de pronto, sendo diversas vezes questionadas, e talvez ainda não tenham sido aceitas.

Foi dessa expansão e do conhecimento tardio (posto que é uma prática, na realidade, tradicional da cultura brasileira, que fora deslocada em função do colonialismo) do consumo da ayahuasca que as reações sociais significaram uma limitação ao princípio da liberdade religiosa - tanto que, tão logo notado, foi proibido

²⁵ Jovem universitário que faleceu subitamente durante um ritual com o consumo da ayahuasca, na Instituição de Xamanismo Céu de Krishna, em Senador Canedo (Goiás). O jovem era acometido pela Síndrome de Marfan, doença congênita grave, mas, ainda que médicos tenha apontado que sua morte decorria do doença, de imediato ela foi ligada ao consumo da ayahuasca e bastante noticiada à época.

e a prática considerada ilegal. Ainda assim, reconhecida sua dimensão e relevância cultural, buscou-se estudá-las e posteriormente regulamentá-las.

De todo modo, percebe-se que, no caso da ayahuasca, nem sempre o direito constitucional à liberdade religiosa foi suficiente para que se manifestasse livremente o culto das religiões supracitadas. Há, como exposto, uma preocupação estatal em regular a prática religiosa que envolve o uso da ayahuasca.

Contudo, indaga-se se não deveriam os direitos que decorrem da liberdade religiosa serem, na verdade, suficientes para que a prática de determinada religião se desse sem obstáculos. Afinal, impedimentos impostos a liberdades devem ter justificativas tão importantes quanto estas ou, melhor, mais importantes e valorizados do que elas, para serem considerados legítimos o suficiente para impedi-las. Na busca por mapear e analisar tais direitos, a seção seguinte aborda as questões atinentes à religião, estado e liberdades a ela inerentes.

3 DO LIVRE EXERCÍCIO DA RELIGIÃO

Constatou-se, da análise da regulamentação do uso da ayahuasca para fins religiosos, que se busca proteger em especial o direito à liberdade religiosa. Para levar a cabo esse direito e as liberdades dele decorrentes, foi aberta no Brasil uma exceção para permitir o uso religioso de uma bebida que possui substância psicoativa alucinógena. De igual modo verifica-se que, sendo decorrente de práticas religiosas minoritárias, não abrange um número significativo de seguidores para que estejam naturalizadas e aceitas pela sociedade de maneira ampla.

Sabe-se que o papel da religião na história da formação social dos indivíduos foi e é, além de constante, essencial, e tem como característica o fato de possuir uma força mística, muito utilizada para explicar tudo aquilo que a razão e a ciência pura, além de outros conhecimentos mundanos, não são capazes. Assim, vê-se que pode existir um espectro bastante amplo daquilo que pode ser considerado religioso e das práticas que as religiões irão adotar para cultivar suas crenças. Ademais, a religião é um fenômeno eminentemente social, assim como são os ritos - portanto, é lógico pensar-se que o rito ou o culto religioso muito provavelmente irá refletir a cultura de determinado grupo, à época e na região em que se desenvolveu, fazendo parte dele todos os fatores do seu contexto.

É certo, então, que a compreensão do caso em comento exige a análise da relação da religião com o Estado, bem como dos mecanismos que o segundo prevê para assegurar o exercício das religiões minoritárias. Portanto, o presente capítulo tem por objeto verificar a organização do Estado em relação à religião, como este garante o livre exercício daquela para os diferentes indivíduos, de que forma se previne a discriminação dos grupos minoritários, como pode se posicionar o Estado diante do uso de uma bebida considerada como uma "droga" em rituais religiosos e suas diversas manifestações, e, ainda, que tipo de movimento ou organização pode ser considerado religião/religioso.

O presente capítulo divide-se em seis seções. Num primeiro momento, será debatida a separação entre religião e Estado, o funcionamento do estado democrático de direito em relação aos temas religiosos e civis, a partir de Rawls e Walzer, principalmente. Trará os principais argumentos que constroem o raciocínio da importância de um Estado neutro frente a uma sociedade plural, para que não sejam as minorias suprimidas. Busca-se, com esta análise, demonstrar que é

imprescindível que haja uma separação entre religião e Estado para que não apenas não se tenha abertura para a intolerância religiosa, mas principalmente para que seja respeitado o pluralismo (religioso, especificamente, mas também cultural, de opinião...), e possam todos conviver de forma a evitar a restrição das liberdades sem que haja justificativas plausíveis e aceitáveis, a partir do critério da reciprocidade. A seção seguinte, logo, discorre sobre o pluralismo religioso, em razão da relevância do seu reconhecimento e valorização para efetivar a proteção às minorias religiosas.

Após, são retratadas as liberdades que garantem a prática sem óbices das diversas religiões nos estados democráticos de direito. São as liberdades expressamente previstas na Constituição da República, decorrentes da liberdade religiosa, tal qual a liberdade de culto, a liberdade de consciência, a liberdade de crença e a liberdade de organização religiosa, bem como seus desdobramentos. Estes direitos, como se verá, são valorosos e postos de maneira que devem ser tidos como código de conduta para produzir a valorização do pluralismo religioso, e supostamente suficientes para garantir a livre prática de quaisquer religiões, desde que não manifestamente contrárias a direitos de terceiros que possuam o mesmo ou maior valor.

A quarta seção deste demonstra possíveis abordagens para se identificar o fenômeno religioso, quando se fizer necessário categorizá-lo a fim de assegurar-lhe os devidos direitos. Claro que o judiciário deve evitar, de ofício, dizer o que é ou não religião, pois de regra não lhe cabe tal tarefa. Contudo, havendo necessidade, tal deve-se buscar que tal tarefa seja realizada da maneira mais adequada possível, a menos excludente e com menor espaço para arbitrariedades, da maneira que se mostre mais adequada para tanto.

Em seguida, será analisada a solução dada, no Brasil, para o caso da prática das religiões ayahuasqueiras: a isenção do uso de substância ilícita para fins religiosos. Averiguam-se as maneiras como a isenção funciona e suas limitações, por meio da analogia com o caso da *Native American Church*, nos Estados Unidos, que faz o uso religioso do peiote, bebida psicoativa originada do cactus. Por fim, as considerações finais acerca do debate estabelecido ao longo do capítulo.

3.1 ESTADO E RELIGIÃO

Já em 1762, Rousseau explicara, ao examinar a formação e organização das sociedades civis, que, primordialmente, os deuses eram reis e o governo era teocrático. Daí que, segundo o autor, nasceria o politeísmo, uma vez que existiam tantos reis quantos povos houvesse, “e do politeísmo a intolerância religiosa e civil, que naturalmente é a mesma” (ROUSSEAU, 2006, p. 145). As religiões, assim, tomaram o poder dos Estados, servindo de base para os governos, e a intolerância religiosa ou teológica era implícita aos cultos excluídos do Estado. Essa relação do Estado com religião ainda está bastante presente e deve ser considerada quando se trata do tema religioso.

Hoje, entende-se que a relação do indivíduo com o seu deus e com a sua religião é livre e privada, sendo essas características garantidas na Constituição da República, quando fala em liberdade religiosa e na livre formação da personalidade, e, no caso dos Estados Unidos, como assinala Walzer (2006, p. 333), na primeira emenda à constituição, que dispõe que “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos”.

Assim, se o Estado pretende ser laico, como define a lei brasileira – artigo 19, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil²⁶, que impede o embaraço do funcionamento de cultos e igrejas -, deve haver uma separação entre ele e a religião, o que não o exime de proteger a prática das religiões individual e livremente. Está prevista, ademais, a inviolabilidade da liberdade de crença, e também assegurado o livre exercício dos cultos religiosos – artigo 5º, inciso VI, da Constituição da República²⁷.

Não obstante o Estado seja laico, de acordo com Walzer (1998) não há espaço para absolutismo na linguagem política e os religiosos não precisam abandonar suas convicções em espaços políticos, nos quais deve ser reconhecida sua coexistência, mas deve-se ter clara a separação da argumentação e das

²⁶ “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”

²⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”

justificativas para tomar decisões políticas e religiosas. Assim, a escolha por uma religião e as suas consequências não podem ser positivadas, ainda que possam existir de forma independente.

Contudo, há de se levar em conta que existe uma corrente de teóricos que se contrapõe ao secularismo liberal²⁸, afirmando que as promessas religiosas seriam a única forma de angariar participação popular, promover o engajamento popular em grandes causas, uma vez que a política tende a ser composta por políticos profissionais e o seu teor é técnico e pragmático, o que não atrai as pessoas comuns, cuja participação, no molde secular, o governo só atingiria através de guerras. Defendem que a religião traz um senso de esperança e uma narrativa de salvação, disciplina, e que a linha entre religião e política nunca será precisamente traçada, posto que a religião é uma questão cara à democracia.

Colocam então, que o uso da religião serve como justificativa para determinadas decisões políticas. A esse propósito, e contra argumentando a alegação de que a única forma de solucionar questões morais da sociedade é trazer Deus e a religião à esfera pública, Walzer (1998) pontua que tampouco é plausível atrelar Estado e religião, diante da diversidade religiosa e suas diferentes noções do que é certo ou errado, justificável ou não:

As pessoas que usam o argumento anti-secularista parecem ter em mente um modelo de religião singular, generalizada e multifacetada. Eles obviamente não estão pensando nas muitas religiões reais que coexistem nas sociedades pluralistas, e não estão se lembrando das perseguições e guerras religiosas que originalmente originaram a ideia de separação. (WALZER, 1998, p. 297, tradução nossa)²⁹

Walzer (1998, p. 298) estabelece, de igual modo, que a "salvação" para questões políticas não poderá vir de um governo atrelado à religião, uma vez que, nas experiências que se tiveram de governos teocráticos, em sociedades religiosas, prevaleceram a arrogância, a corrupção e a desigualdade. Argumenta que a separação deve ser defendida politicamente "sem pretensão absolutista, sem hostilidade em relação aos crentes, e sem (muito) medo da sua fé" (WALZER, 1998,

²⁸ O secularismo é o princípio da separação entre instituições governamentais e instituições religiosas.

²⁹ "People making the anti-secularist argument seem to have in mind some mock-up of a singular, generalized, all-purpose Religion. They are obviously not thinking about the many actual religions that have to coexist in pluralists societies, and they are not remembering the persecutions and religious wars that originally gave rise to the idea of separation."

p. 298, tradução nossa³⁰). Idealmente, para os que defendem a separação entre igreja e Estado, Deus não pode possuir qualquer autoridade no âmbito estatal, ainda que os cidadãos sejam livres para propagar seus ensinamentos religiosos.

Outros críticos do secularismo, como refere Walzer (1998, p. 301), acreditam que a religião é uma força “particularista”, individualizada, uma importante expressão da necessidade humana de significado e pertencimento, criando uma ligação entre as pessoas que a separação tende a enfraquecer para garantir que todos tenham igual tratamento. Afirmam que o secularismo acabaria por produzir um mundo alienado, enquanto a religião serve como força associativa, que fortifica a moralidade e o interesse político, desde que garantido certo pluralismo na representação de Deus. Para estes críticos a tolerância religiosa é mais importante do que a separação entre religião e Estado e também do que o conflito entre eles.

Para os secularistas, contudo, conquanto haja acomodações, sempre haverá uma minoria excluída, dificultando a almejada tolerância - que parece ser um objetivo comum entre as correntes opostas. Por outro lado, se instaurada e levada a cabo a separação, os crentes sempre terão espaço para cultivar sua fé, apesar de que não dentro do aparelho estatal, mas de maneira livre e inclusive legitimada pelo Estado, *a priori*.

Argumentam os secularistas, ainda, que o poder coercitivo dos grupos religiosos e qualquer outro grupo deve ser negado, dado que

A mobilização das massas é muitas vezes, de fato, antidemocrática; pode dar origem a uma política muito má - por vezes de carácter religioso, por vezes ideológico, por vezes nacionalista - que não devemos ter dificuldade em reconhecer. (WALZER, 1998, p. 302, tradução nossa³¹)

Por certo, para a linha de pensamento secularista, conforme Walzer (1998, p. 303), a religião não pode se estabelecer no Estado e o Estado não pode ser organizado a partir da religião, mas qualquer religião pode livremente existir e realizar suas cerimônias dentro do Estado laico. O Estado é neutro, então, e assim não interfere nas relações das pessoas com seus grupos religiosos e "não prefere uma comunidade religiosa, étnica ou racial em detrimento de outra - ou um

³⁰ “without absolutist pretension, without hostility toward believers, and without (too much) fear of their faith”

³¹ “Mass mobilization is often, in fact, antidemocratic; it can make for a very bad politics - sometimes religious in character, sometimes ideological, sometimes nationalist - which we should have no difficulty recognizing”.

movimento ideológico em detrimento de outro" (WALZER, 1998, p. 303, tradução nossa³²).

Dessa maneira, defende Walzer (1998, p. 304) que a separação cria um regime de tolerância, princípio que deve ser defendido e protegido pelo Estado, à medida que o próprio Estado tolera os múltiplos grupos religiosos e exige que eles tolerem uns aos outros.

Na mesma medida, Rawls (1996, pp. xxxviii-xxxiv) acredita que o liberalismo político serve como uma pluralidade de doutrinas razoáveis, religiosas e não religiosas, liberais e não liberais (mas compatíveis com os princípios da justiça), igualmente distinta de cada uma delas, mas possivelmente aceitável para todos. Aduz o autor que não há resolução entre as autoridades religiosas conflitantes, da igreja ou da bíblia, pois seus elementos concorrentes não admitem se conciliar.

Com efeito, o combate moral entre as autoridades competitivas só pode ser moderado por circunstância e exaustão, que levam a um *modus vivendi*, ou seja, as partes "concordam em discordar", mas não fazem um real esforço para compreender e aceitar as posições umas das outras; ou através da liberdade de consciência e liberdade de pensamento. Do segundo modo, pode-se levar a maiores possibilidades de um consenso constitucional - o qual pode ser exemplificado como a mera aplicação do princípio da tolerância, mais similar à primeira hipótese. Ainda deixe a desejar, dado que não exige uma compreensão do outro e a convivência com a minoria, sendo mais um respeito imposto, esta opção é uma evolução em comparação com um contexto de total discriminação de qualquer religião que não a dominante. Depois, levar-se-ia a um consenso real - que seria, de fato, o pluralismo religioso como valor, de forma que os indivíduos não somente "suportem", tolerem, a crença uns dos outros, mas a respeitem. Assim, o que se espera dentro de um estado democrático de direito é não apenas a tolerância pela paz, mas pelo pluralismo, e assim a tolerância enquanto um verdadeiro respeito às minorias.

Segundo Rawls (1996, pp. xlii-xliii), a concepção política deve ser expressa a partir do critério da reciprocidade, segundo o qual pessoas com ideias diferentes devem aceitar igual e livremente as ideias umas das outras, partindo-se do

³² "it does not interfere in the competition among religious or other groups; it does not prefer on religious or ethnic or racial community over another - or one ideological party or movement over another"

pressuposto de que a justificativa para determinada decisão ou conduta política deva ser sempre razoável para todos.

Por este mesmo critério, também deve ser guiada a razão pública. Por exemplo, quando alguém argumenta que a liberdade religiosa de certos cidadãos deve ser negada, devem ser-lhes dadas razões para que não apenas entendam, mas também concordem com este ponto de vista. Deve, assim, haver um consenso - considerando-se que o critério será violado sempre que as liberdades básicas são negadas.

Pelo exposto, deve haver neutralidade do Estado em relação à religião, para promover a subsistência de minorias religiosas e suas práticas, sobre o que disciplina Walzer:

O estado deve ser neutro dentre as diferentes religiões e neutro também entre grupos religiosos e não religiosos. Isso governa nossos tribunais eclesiásticos com jurisdição oficial, não permite que o estado tenha papel burocrático nos assuntos da igreja, proíbe qualquer tipo de tratamento privilegiado para as religiões majoritárias e qualquer discriminação contra as minorias religiosas ou não-religiosas. (WALZER, 1998, p. 295, tradução nossa³³)

Parte-se do pressuposto, portanto, que o Brasil, assim como os países ocidentais de maneira geral, tem um Estado neutro em relação às práticas religiosas. E, por isso, a relação do Estado com a religião, neste contexto, tendo em vista a pluralidade de religiões, é de garantir que os indivíduos exerçam sua liberdade religiosa, protegendo as minorias, partindo do princípio da tolerância e chegando-se, esperançosamente, a uma plena convivência das diferentes religiões e práticas religiosas existentes. Essa convivência é justamente a garantia do pluralismo religioso, a respeito do qual cuida a próxima seção, conceito ímpar para o estado democrático de direito.

3.2 PLURALISMO RELIGIOSO

Pluralismo é a coexistência de opiniões e comportamentos sociais e culturais diversos em uma sociedade que garanta a igualdade, notadamente entre as

³³ “The state must be neutral among the different religions and neutral also between religious and non-religious groups. This rules our ecclesiastical courts with official jurisdiction, allows no role to state bureaucrats in church affairs, bans any sort of favored treatment even for majority religions and any discrimination against religious or irreligious minorities.”

opiniões e manifestações religiosas. Este conceito está implícito no conceito de tolerância:

A diferença é que tolerância *respeita* valores alheios, enquanto o pluralismo *afirma* um valor próprio. Porque o pluralismo afirma que a diversidade e o dissenso são valores que enriquecem o indivíduo e também sua cidade política. (SARTORI, 2005, apud COSTA, 2001, pp. 18-19)

A fim preservá-lo, especialmente no âmbito religioso, é preciso realizar ajustes que preservem as especificidades das diferentes formas de manifestação religiosa, buscando-se evitar desigualdades.

Para tanto, é imprescindível a proteção às minorias religiosas, sobretudo em face à pressão dos grupos majoritários. A esse propósito, dispõe o artigo 2^o³⁴ da Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1992, Resolução 41/137 e, em 1981, o artigo 2^o³⁵ da Resolução 36/55. Deve o Estado, então, atuar para buscar reduzir a desigualdade entre as diferentes religiões e combater a discriminação religiosa.

Aduz Costa (2005, p. 146) que os costumes religiosos, especialmente no que tange às minorias religiosas, devem ser respeitados e protegidos na medida em que

³⁴ "Artigo 2

1. As pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas (doravante denominadas "pessoas pertencentes a minorias") terão direito a desfrutar de sua própria cultura, a professar e praticar sua própria religião, e a utilizar seu próprio idioma, em privado e em público, sem ingerência nem discriminação alguma.

2. As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de participar efetivamente na vida cultural, religiosa, social, econômica e pública.

3. As pessoas pertencentes a minorias terão o direito de participar efetivamente nas decisões adotadas em nível nacional e, quando cabível, em nível regional, no que diz respeito às minorias a que pertençam ou as regiões em que vivam, de qualquer maneira que não seja incompatível com a legislação nacional.

4. As pessoas pertencentes a minorias terão o direito de estabelecer e de manter as suas próprias associações.

5. As pessoas pertencentes a minorias terão o direito de estabelecer e de manter, sem discriminação alguma, contactos livres e pacíficos com os outros membros de seu grupo e com pessoas pertencentes a outras minorias, bem como contactos transfonteiriços com cidadãos de outros Estados com os quais estejam relacionados por vínculos nacionais ou étnicos, religiosos ou lingüísticos."

³⁵ "Artigo 2^o

§1. Ninguém será objeto de discriminação por motivos de religião ou convicções por parte de nenhum Estado, instituição, grupo de pessoas ou particulares.

§2. Aos efeitos da presente declaração, entende-se por "intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções" toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções e cujo fim ou efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais."

não contrariem a ordem jurídica vigente, dado que, do contrário, podem ser considerados ilícitos:

A liberdade religiosa não pode proteger condutas que a sociedade entendeu necessário criminalizar (...) Nesses casos, impõem-se as determinações decorrentes da ordem jurídica vigente, que implicam uma lei única para todos em matéria de direitos fundamentais, não se podendo opor questões culturais ou religiosas aos valores sociais fundamentais. (COSTA, 2005, p. 146).

Porém, a afronta à norma vigente que justifica a restrição à liberdade religiosa cinge-se aos casos que ferem efetivamente os valores fundamentais da sociedade, como a mutilação de genitais femininos em 27 países do continente africano³⁶, como Guiné-Bissau, a Etiópia e o Egito, além de países asiáticos e do médio-oriente, como a Indonésia, o Líbano e o Curdistão iraquiano, “evitando-se a tendência a moldar determinadas comunidades ao modelo-padrão de prática religiosa concebido pela sociedade dominante” (COSTA, 2005, p. 147). Nesse sentido, cabe identificar a definição do que é, afinal, religioso, como se verá mais adiante neste capítulo.

A função do Estado, no quesito de garantir a liberdade religiosa das minorias religiosas, é não somente não embarçar sua prática, mas também vetar eventuais discriminações, garantindo a paz pública, como é o exemplo do que se pretende com a redação do artigo 208³⁷ do Código Penal Brasileiro. Nesse sentido,

a liberdade religiosa, no seio de uma sociedade que tem a igualdade como princípio basilar, envolve também o respeito à diversidade religiosa. A garantia da igualdade só poderá ocorrer na medida em que são levadas em conta as diferenças dos indivíduos e dos grupos em matéria religiosa, e não através da tentativa de uniformização das diferentes visões de mundo, seja de forma direta ou indireta. (COSTA, 2005, p. 152)

A única restrição às liberdades religiosas é em relação aos demais princípios da sociedade democrática, sendo que a observância destes princípios deve igualmente evitar restrições preconceituosas³⁸. Aqui, há de se atentar ao fato de que

³⁶ Ver WALZER, 1999, pp. 79-80.

³⁷ Art. 208. Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único. Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

³⁸ Ver COSTA, 2005, p. 145.

a ideia de limitação à liberdade religiosa restringe-se a valores tão fundamentais quanto ela, ou mais, que possuam o mesmo ou maior peso, como a dignidade humana e a integridade física, no caso da mutilação de genitais femininos. Significa dizer que a liberdade religiosa não é absoluta, mas também não é qualquer bem jurídico que esteja no mesmo patamar que ela.

Neste contexto de valorização do pluralismo religioso, é indispensável pensar os direitos inerentes à religião. Isto posto, a seção seguinte se propõe a verificar quais as principais liberdades a se levar em conta para que coexistam as diversas religiões existentes em um estado neutro, democrático e plural.

3.3 DA LIBERDADE RELIGIOSA

A liberdade religiosa, assim como o desenvolvimento dos direitos humanos na Europa Ocidental, passou a ser introduzida nos tratados, declarações e convenções internacionais a partir do século XVIII. De acordo com Mazal (2004, apud COSTA, 2005, pp. 61-62), são reconhecidos como liberdade religiosa: a liberdade de pensamento, consciência, convicções, crenças e filosófica; liberdade exercida pública e privadamente, positiva e negativamente (liberdade para não adotar religião e também para trocar de religião); *ius libertatis* (impõe obrigações ao Estado em favor do indivíduo); liberdade que se expressa externamente, “mediante o culto, a celebração dos ritos, das práticas e do ensino”; liberdade de ensino religioso, mas não de forma imposta; um direito ilimitado, *a priori*, sendo que

a manifestação dessa liberdade pode vir limitada, ainda que só por aquelas medidas legislativas (dimensão formal) que sejam necessárias (dimensão subjetiva) para salvaguardar a ordem pública ou os direitos e liberdades fundamentais aos demais. (MAZAL, 2004, apud COSTA, 2005, p. 62).

Sobre ela dispõe o Artigo 12 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992³⁹.

³⁹ "Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem

Na legislação interna brasileira, a Constituição da República prevê o direito à liberdade religiosa no artigo 5º, inciso VI - liberdade de consciência e crença, livre exercício dos cultos religiosos e proteção aos locais de culto e a suas liturgias -, bem como nos incisos VII, da assistência religiosa e VIII, que dispõe sobre a não-privação de direitos por motivo de crença religiosa. Ainda, o artigo 19, inciso I, veda à administração pública estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-las e embaraçar-lhes.

De acordo com Neto (2006, p. 256), destes dispositivos constitucionais infere-se que há um conceito amplo de liberdade religiosa e de religião, que pressupõe a tolerância da crença “no maior grau de inclusividade compatível com a igual liberdade e dignidade”. Por esse ângulo, Jónatas Machado (apud NETO, 2006, p. 256) refere que a liberdade religiosa deve ser construída a partir de um conceito generalizado, permitindo, assim, que seu âmbito de proteção se estenda “não apenas às confissões religiosas dominantes ou tradicionais, mas também às experiências religiosas menos conhecidas, mais recentes ou inconventionais” (NETO, 2006, p. 305). Nesse sentido, ainda, o direito à liberdade religiosa tem por objeto

proteger o *forum internum*, de modo a impedir qualquer pressão, direta ou indireta, explícita ou implícita, às opções de fé. Cria-se, em torno do indivíduo, uma ‘esfera jurídico-subjetiva’, cujo ‘perímetro os poderes públicos e as entidades privadas devem respeitar. (NETO, 2006, p. 305)

O aventado princípio da tolerância, sob o qual, conforme mencionado, vige a liberdade religiosa, é um dever do Estado e de particulares. Deve o Estado proteger os indivíduos na prática da sua liberdade religiosa individual e coletiva, assim como proteger a diversidade e o pluralismo religioso. Conclui Neto (2006, p. 272) que, “Em síntese, a liberdade religiosa consagra-se como um corolário da liberdade de consciência - a tutelar juridicamente qualquer opção que o indivíduo tome em

como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.”

matéria religiosa, mesmo a rejeição". E a liberdade religiosa, então, se expressa nas liberdades de crença, culto e organização religiosa.

Uma vez que a liberdade representa uma forma de proteção do indivíduo contra a intervenção do Estado, o direito de liberdade religiosa se caracteriza, na lição de Costa (2005, p. 65):

por ser um direito subjetivo de defesa na sua dupla perspectiva, proibindo quaisquer agressões ou intervenções do Estado ou de terceiros (dever de abstenção), no que se refere às questões de crença do indivíduo ou ente coletivo, bem como implicando o poder de ser livremente exercitado e de exigir dos poderes públicos que se abstenham de agressões ou lesões a esse exercício. De outro lado, pode implicar que a obrigação para o Estado (dever de prestação) de tomar medidas no sentido de garantir o exercício de tal direito (...). Assim como também se impõe ao Estado o dever de proteger o titular do direito à liberdade religiosa contra eventuais agressões de terceiros. Por fim, impõe-se, com base no princípio da igualdade, a não-discriminação em virtude da religião.

É, portanto, a proteção da esfera individual dos cidadãos contra interferências externas em relação à sua fé. Para tal, como visto na seção anterior, o Estado deve ser neutro em matéria religiosa, garantindo a liberdade da consciência individual e a não discriminação em razão das crenças individuais ou coletivas dos indivíduos.

Ademais, segundo Neto (2006, p. 264) a liberdade religiosa, enquanto direito subjetivo individual, desdobrando-se nas liberdades de consciência, de crença, de culto e de organização religiosa, garante a proteção à liberdade em geral, de ter, não ter e deixar de ter religião, de manifestar-se livremente a respeito das suas escolhas e opiniões (liberdade de consciência), escolher e mudar livremente de crença religiosa (liberdade de crença), ter liberdade de atuação segundo a própria crença, que inclui a inviolabilidade dos templos e o direito de participação religiosa (liberdade de culto) e "procurar para ela novos crentes (proselitismo)".

Daí, importante ressaltar a vedação dada pela Resolução nº 01/2010 do CONAD à publicidade da ayahuasca, o que, dentro do contexto do culto e das religiões que a utilizam, constitui uma afronta ao princípio constitucional aludido. Afirma Neto (2006, p. 309), a esse propósito, que um "direito fundamental desdobrado é a liberdade de divulgação das crenças, de manifestar e difundir a fé". Igualmente, no que tange à liberdade religiosa enquanto direito subjetivo das igrejas, Neto (2006, p. 266) sinaliza que lhes é garantido "comunicar e publicar atos em matéria religiosa e de culto (divulgar o próprio credo)" e "utilizar meios de

comunicação social próprios para a prossecução de suas atividades", além de "exercer os atos de culto, privado ou público, sem prejuízo das exigências de polícia e trânsito", dentre outros direitos.

Alude Neto (2006, p. 306), aliás, que há de se atentar à faceta negativa da liberdade religiosa, segundo a qual "o Estado deve ignorar se o indivíduo crê e em que crê". Além disso, há também notório o fato de que, na liberdade de atuação segundo a própria crença, deve-se considerar a religião como uma unidade de convicções e práticas religiosas, devendo a conduta seguida no âmbito religioso ser protegida, havendo "consideração e respeito por todas as formas de religiosidade, mesmo pelas mais inconventionais" (NETO, 2006, p. 308) e, desse modo, tem o Estado o dever de abster-se de perturbar as práticas religiosas.

Como visto, a liberdade religiosa se desdobra nas liberdades de consciência, crença, organização religiosa e culto, que serão tratadas nas seguintes subseções. São partes que compõem esta liberdade e merecem ser igualmente protegidas e garantidas para que a liberdade religiosa seja plena. Dizem respeito aos pilares do exercício de determinada religião, tendo o culto especial relevância no caso da ayahuasca, porquanto o que encerra a prática é a ingestão da bebida.

3.3.1 LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA, CRENÇA, E ORGANIZAÇÃO RELIGIOSA

A liberdade de consciência é pressuposto de liberdade religiosa. Ela envolve todos os planos relacionados à liberdade de espírito⁴⁰, e aqui diz respeito à livre escolha do indivíduo a ter ou não uma crença religiosa, ou aderir a valores que não ligados à religião, "sem mais limites além dos que derivam da necessidade de garantir os direitos dos demais" (COSTA, 2005, p. 79).

A liberdade de crença diz respeito à opção de fé do indivíduo, a autodeterminação intelectual, ligada ao fenômeno religioso, e sua atuação segundo a crença, que deve ser livre de pressões e embaraços. Esta garantia "deve envolver o mais amplo exercício da opção de crença ou de descrença" (COSTA, 2005, p. 84), bem como a livre manifestação das crenças adotadas.

Da dimensão interna dessa liberdade, compreende-se que a crença deve ser livre de qualquer limitação, imposição ou sanção por parte do Estado, e também livre

⁴⁰ Ver Costa, 2005, p. 78.

de quaisquer pressões e coações frente de terceiros. Isso implica, novamente, que o Estado mantenha uma atitude neutra perante a pluralidade de crenças e comportamentos delas decorrentes, como aludido. Da sua dimensão externa, por outro lado, decorre o direito à divulgação e à difusão da fé, denominado proselitismo, sendo vedadas restrições à liberdade de comunicação das ideias religiosas, “a menos que estejam baseadas em desrespeito a direito fundamental do cidadão” (COSTA, 2005, pp. 85-86).

A divulgação da crença, como visto, é um impasse na forma com que foi regulamentada a ayahuasca para as religiões que a utilizam em seu culto. Isso pois, ainda que tal vedação possa ser atinente à preocupação de divulgação do uso de uma substância psicoativa, alucinógena, que poderia, assim, chamar atenção dos usuários com fins recreativos, não deixa de ser uma forma de discriminação à crença nestas práticas religiosas que têm a ayahuasca como (i) uma bebida enteógena, sacramental, e não como uma droga, (ii) centro do culto das religiões, figurando como protagonista do ritual religioso e (iii) é a partir do uso dessa substância que os fiéis atingem a percepção pregada pela religião e se conectam com a imagem de Deus.

A organização religiosa, por fim, é a dimensão coletiva da liberdade religiosa. É a tutela aos grupos religiosos formados na sociedade civil, mormente ligada à natureza coletiva do fenômeno religioso. Ainda que todas as categorias supra referidas sejam pertinentes para este debate, a liberdade de culto, que será em seguida apreciada, guarda primordial relação com o caso estudado, e entende-se que merece ser especialmente garantida para que exista, de fato, liberdade religiosa no caso da ayahuasca.

3.3.2 LIBERDADE DE CULTO

A liberdade de culto compreende, segundo Neto (2006, p. 313), a possibilidade de participar de atos de culto livremente de quaisquer pressões estatais. Pontes de Miranda (1967, p. 121, apud NETO, 2006, p. 315) assevera que a liberdade de culto abrange a liberdade de "orar e a de praticar atos próprios das manifestações exteriores em casa ou em público". Ela sinaliza a exteriorização da crença por meio de rituais, cerimônias, símbolos ou aparatos, prevista o artigo 5º, inciso VI, da CF.

Os cultos traduzem o exercício da liberdade religiosa, seja em locais próprios para tanto, seja em locais públicos. Costa (2005, p. 90) ressalta que “as motivações de eventuais limitações (...) não podem implicar, ainda que indiretamente, uma restrição indevida à liberdade de culto”. Assim, ao passo que a Constituição brasileira de 1967 afirmava que a liberdade de culto não poderia contrariar a ordem pública ou os bons costumes, “poderiam prestar-se a uma ampla interpretação, justificando discriminações ou interferências indevidas por parte do Estado em matéria religiosa” (COSTA, 2005, p. 90). Por isso, hoje a atual Constituição da República não impõe condições explícitas, apenas determinando que a liberdade de exercício de cultos religiosos se dará na forma da lei. Contudo, Costa (2005) frisa que:

É certo que o exercício da liberdade religiosa, mormente no que diz com a liberdade de culto, pode defrontar-se com outros direitos, liberdades ou garantias, pelo que deverá submeter-se à ponderação com outros bens constitucionalmente protegidos, sofrendo restrições em função de tal ponderação, na medida exata da proteção de todos os direitos envolvidos. (COSTA, 2005, p. 91)

Ainda assim, a força pública só poderá ser usada em detrimento do culto quando solicitado por seus participantes ou em casos de grave ameaça à ordem pública. A regra é a de inviolabilidade dos locais de culto. Outrossim, Neto (2006, p. 316) certifica que a religião é essencialmente a "prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida".

O uso de substâncias alucinógenas em rituais religiosos, sendo elemento fundamental do culto das religiões ligadas a estas, tem como objetivo atingir a percepção do divino. No Brasil, ainda que haja controvérsias, o uso da ayahuasca para fins religiosos, grupalmente, em locais determinados, é permitido, garantindo, em certa medida, a liberdade de culto a ela relacionado. Não obstante, seu uso restringe-se ao culto religioso nos moldes delimitados, ao passo que o consumo da substância fora do contexto religioso imaginado, na forma prevista na Resolução 01/2010 do CONAD, “poderá configurar prática de crime de uso indevido de substâncias entorpecentes, passível de punição pela ordem jurídica” (COSTA, 2005, p. 157). Costa dissera isto antes da última resolução publicada, mas a assertiva não

deixou de ser adequada após. Contudo, no que tange ao crime relativo ao consumo da ayahuasca, será mais extensivamente discutido no capítulo seguinte.

Por outro lado, há uma restrição em relação à liberdade de culto no âmbito das religiões ayahuasqueiras, uma vez que, ainda que permitida, ela deve se dar, na forma da regulamentação atual, em local e momento próprios, ao passo que a plena liberdade de culto, conforme exposto, não poderia sofrer limitações de quaisquer níveis.

Quando se diz que a religião deve ter todas as prerrogativas apontadas, pode-se questionar, à vista disso, o que afinal é religião. Quais as práticas, movimentos e grupos se inserem nesse contexto fazendo jus às liberdades às religiões inerentes e como se identificam elas é o que se propõe explorar na seção 3.4.

3.4 O QUE É RELIGIÃO

Essa questão, que versa sobre "o que pode ser concebido como religião?", surge especialmente quando alguém pede por um privilégio que só é dado no contexto religioso - a verificar, de início, se aquele determinado contexto pode ou não ser reconhecido legitimamente como religioso.

Para Greenawalt (2006, p. 125), as considerações judiciais sobre o que pode ser tido como "religioso" são preocupantes, posto que é intrinsecamente difícil de aplicar, na prática, a definição concluída judicialmente, e também, mas não menos preocupante, porque abre a possibilidade dos juízes favorecerem o que conhecem, o que lhes é familiar, uma concepção "tradicional" de religião, em detrimento das minorias religiosas, os "heterodoxos". No entanto, há casos em que é inevitável fazer este raciocínio e consequente definição. Por isso, "Se, como quase todos concordam, a discriminação religiosa é inaceitável, as autoridades devem ser capazes de dizer se o tratamento desfavorável está relacionado à religião" (GREENAWALT, 2006, p. 125, tradução nossa⁴¹)

A fim de definir o que é considerado religião para fins legais, será utilizada, aqui, a descrição de Greenawalt (2006, pp. 129-135) sobre abordagens possíveis.

⁴¹ "If, as almost everyone agrees, religious discrimination is unacceptable, officials must be able to say whether unfavorable treatment relates to religion."

Primeiramente, inicia-se pelas abordagens mais diretas, que são, porém, ineficientes para atingir completamente o objetivo de determinar o que é religião. Seriam aquelas segundo as quais um único fator é considerado crucial para considerar um movimento/prática/associação/grupo religioso, tais como:

(a) a crença em um ser superior. Considera-se que esta abordagem restringe o conceito de forma artificial, e que as religiões tradicionais ocidentais são, assim, privilegiadas, logo, não se trata de uma abordagem suficiente para todo e qualquer caso;

(b) a crença em consequências extra temporais, defendida por Jesse Choper⁴² (apud GREENAWALT, 2006, p. 130), abordagem que Greenawalt alega ser excessivamente limitada e imprecisa⁴³;

(c) a ideia de que a principal característica de uma religião é a crença da “preocupação irrevogável”, de forma que todas as decisões devem estar de acordo com o que o seu Deus determinaria, o que indica⁴⁴ não ser sustentável como um critério único de religiosidade, por ser ambígua e vaga⁴⁵;

(d) a crença em uma realidade "transcendental", que Greenawalt (2006, p. 134) acredita ser a mais plausível⁴⁶ das diretas, de acordo com a qual a principal característica de religião é a fé em algo superior, além do mundo mundano, uma realidade elevada e espiritual, transcendente.

Cumpre salientar que, quando os julgadores buscam definir religião, acabam por discriminar algumas em detrimento de outras. Assim, ainda que seja inevitável, em certos casos, entrar neste mérito, os julgadores devem buscar abordagens, no caso concreto, para evitar a discriminação, como a (e) neutralidade estrita, que pode

⁴² Acadêmico de direito constitucional americano e ex-reitor da Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, em Berkeley.

⁴³ Nesse sentido, Greenawalt (2006, p. 131) refere que diversas pessoas acreditam que podem ser perdoadas, apesar de suas atitudes, e não consideram este fator de tamanha relevância na crença. Também, há quem, embora seja religioso, não acredite que exista vida após a morte, ou que a morte seja meramente uma passagem, considerando este aspecto irrelevante.

⁴⁴ Greenawalt, 2006, p. 133.

⁴⁵ A esse propósito, aduz Greenawalt (2006, p. 132) que o que importa mais na vida de determinada pessoa não necessariamente vai ser a grandeza da sua crença, e que muitas vezes a intensidade com que as pessoas se importam com aspectos das suas vidas não se ajusta às suas crenças intelectuais. Ele dá o exemplo de que qualquer pessoa, sob essa leitura de religião, diria que “É preferível usar vinho em vez de suco de uva para a comunhão, a menos que os membros da congregação que sejam alcoólatras sofram”, o que não seria uma posição absoluta.

⁴⁶ Nos termos desta hipótese, são incluídas no conceito de religião a grande maioria dos grupos, práticas e crenças que se definem como tal. Contudo, acaba por excluir do conceito religioso os grupos que desenvolvem práticas muito semelhantes às das religiões tradicionais, mas afirmam um campo de significado mundano, o que seria o principal problema desta abordagem.

reduzir a quantidade de vezes que se fará necessário entrar neste mérito, e (f) a crença na alegação do indivíduo sobre se determinada prática é ou não religiosa.

No que diz respeito à crença na alegação individual (f), expressa que o critério da pessoa não pode ser uma presunção absoluta de que tal prática configura uma religião, mas deve servir ao menos como uma presunção relativa. Com efeito, a mera declaração não teria força suficiente para tal, porém pode-se inverter o ônus argumentativo, dando-o a quem contesta a legitimidade religiosa de certo fenômeno, ainda que não como único critério, mas como um critério relevante.

Como Greenawalt (2006) considera as abordagens diretas ineficazes, parte para abordagens mais complexas, com múltiplos fatores, que poderão ser sopesados caso a caso, como:

(g) a das condições requisitadas, que dispõe uma série de condições necessárias para que se constitua uma religião, quais sejam: que haja uma crença, um culto que expresse essa crença, um sistema de prática moral que resulte da adesão à prática e uma organização dentro do culto projetada para observar os princípios da crença. Para Greenawalt (2006, p. 138), é uma definição limitada e ampla, simultaneamente, podendo facilmente um grupo não religioso se enquadrar nos critérios e um religioso não se enquadrar;

(h) condições cruciais que podem não ser absolutamente necessárias - uma definição mais flexível. Esa, contudo, exige que certos critérios sejam verificados no caso concreto. São três critérios fundamentais que devem ser considerados conjuntamente, mas a ausência de um pode ser superada pela presença de outro: preocupação com problemas fundamentais, reivindicação de uma verdade mais ampla e de fé e sinais formais;

(i) uma abordagem analógica mais flexível, mais aberta que a anterior, busca verificar o quanto da prática se aproxima de práticas "indubitavelmente religiosas" (como o catolicismo romano ou o hinduísmo, por exemplo, o que, embora possa parecer novamente uma discriminação com as religiões minoritárias, significa aqui uma forma de facilitar a aceitação geral de práticas minoritárias justamente para reduzir esta discriminação), usando como referência suas crenças, práticas e organizações. Considera-se nesta abordagem, como cita Greenawalt (2006, p. 140), que nenhuma característica é indispensável, e duas práticas podem ser religiosas ainda que não compartilhem de nenhuma característica - demonstrando, deste modo, que de fato não se deve esperar que todas as religiões se pareçam com as

religiões tradicionais e/ou majoritárias, mas que, se utilizadas como um modo de encontrar semelhanças, não necessariamente sempre serão encontrados parâmetros que valham a todas.

O critério adotado assemelha-se ao critério das semelhanças de famílias de Wittgenstein⁴⁷. De acordo com este, refuta-se a ideia de que sempre todos os exemplos de uma categoria terão algo em comum, uma essência que pressupõe que tudo o que se enquadra em um determinado conceito terá necessariamente certas condições que serão suficientes para identificá-lo. Deduz, então, que determinados conceitos são demonstrados através relação entre fenômenos, que possuem características similares sobrepostas, mas não precisa haver uma característica central, comum entre todos, havendo diversos centros de variação, como é o caso das semelhanças entre membros de uma família.

Esta abordagem, por afastar a necessidade de um padrão necessário e obrigatório, pode iluminar os casos duvidosos - e por isso ser adequada para o caso da definição de religião, em atenção à diversidade do fenômeno e das suas práticas, sendo a maneira mais indicada de garantir a igualdade de tratamento às diferentes religiões. Conquanto esta ideia pressuponha a existência de um caso claro e outro duvidoso, assim como a abordagem adotada de Greenawalt, sendo as religiões tradicionais (equivalentes aos casos claros) utilizadas como modelo para se comparar às demais (como as ayahuasqueiras, caso duvidoso), sua assimetria se dá apenas na ordem do conhecimento, mas não na ordem do ser e, assim que se reconheça o caso duvidoso como religião, como análogo ao caso claro (quando se reconhece que ele se enquadra no conceito estudado), através da abordagem analógica (i) de Greenawalt, ele se equivale ao caso claro, não havendo superioridade de um em relação ao outro. É perfeitamente aplicável ao caso da religião também porque tanto na abordagem por analogia quanto nas semelhanças de família os casos claros não possuem indispensavelmente as mesmas propriedades para serem considerados religião, é dizer: entre o budismo, o cristianismo e o espiritismo não há características suficientes e necessárias que os insiram no conceito de religião, mas, por semelhanças de família ou pelo raciocínio analógico, compreende-se que todos são fenômenos religiosos.

⁴⁷ Para compreender o conceito utilizou-se o dicionário "A Wittgenstein Dictionary", de Hans Johann Glock, 1998.

Métodos como os apresentados são os mais indicados para conceituar fenômenos complexos, pois estes são casos abertos, não fechados, e exigem uma compreensão ampliada. No mesmo sentido das abordagens supracitadas, Hart (2001, p. 142) explica que a textura aberta do direito significa que determinadas áreas de conduta, nas quais pode-se inserir o caso da religião, deverão ser desenvolvidas à luz das circunstâncias, caso a caso. Existem os "casos simples" (os casos claros anteriormente mencionados), cuja classificação é evidente (como é referir que o judaísmo é uma religião), contudo, se utilizados cegamente como referência aos demais, "de tal forma que seus termos gerais devam ter o mesmo significado em cada caso em que esteja em causa a sua aplicação", insistindo que são "ao mesmo tempo necessários e suficientes para trazer algo que os retém dentro do âmbito da regra" (HART, 2001, p. 142), ainda que possa facilitar o processo para alguns casos não é o método mais adequado para os conceitos enquadrados na textura aberta do direito, que se diferencia das aplicações de padrões variáveis - os quais não exigem uma apreciação caso a caso.

Destaca-se que a abordagem analógica adotada para a definição de religião se afigura como a mais lógica e adequada, dado que, ao que tudo indica, é a única capaz de assegurar um tratamento igualitário entre as religiões majoritárias e minoritárias. Tendo em vista a diversidade e complexidade do fenômeno religioso, de outros modos as religiões alternativas como as ayahuasqueiras acabariam por ficar depreciadas, como tende a acontecer.

Neto (2006, p. 292), aliás, assenta que "o imperativo da proteção de minorias e indivíduos nem sempre pode contar com as 'evidências' do senso comum", não podendo seu julgamento depender meramente da comparação com as religiões tradicionais. Alega, em razão disso, que "prescrever como são as religiões apresenta um risco à autocompreensão religiosa dos indivíduos e dos grupos" (NETO, 2006, p. 293). Por isso, em relação à abordagem analógica referida por Greenawalt (2005), aduz que, ainda que sirva para determinar, positivamente, que uma prática é realmente religiosa, para dizer que não o é pode ser duvidosa, devendo, então, ter caráter meramente indicativo. Portanto:

É dado seguro, porém, que, o Estado constitucional, sendo não confessional, não pode qualificar de verdadeira ou falsa uma determinada crença, o que é diverso de pretender que o mesmo

Estado assuma como 'crença religiosa qualquer coisa' (NETO, 2006, p. 297)

Assim, conclui-se que a definição, ou melhor, classificação de religião de determinada prática por julgadores, na análise do caso concreto, não é tarefa simples e tampouco comum. O que se pode levar em consideração é que deve se ter sempre em mente o princípio da tolerância, ou seja, estar atento para evitar a discriminação daquelas práticas que não são comuns ao julgador. A verificação, também, se realizada através da abordagem da análise por analogia, deve adotar um espectro amplo de religiões "tradicionais", ou conhecidas, que sirvam de comparativo às analisadas e, especialmente, deve haver uma investigação mais aprofundada para os casos em que um estudo inicial indique que a prática verificada não é religiosa - pois, como disse Neto (2006), tal conclusão pode ser duvidosa.

Complexo e controverso, o enquadramento dos fenômenos e das práticas sociais como religiosos não pode ser facilmente determinável, se é que poderia ser determinado. Consideradas todas as suas possíveis averiguações, mesmo a mais condizente delas apresenta dificuldades e pode levar à arbitrariedade do julgador. Ainda assim, se superada essa questão e legitimada determinada prática enquanto religiosa - aqui, o caso daquelas que se utilizam da ayahuasca -, é preciso inseri-la na sociedade para ver assegurada sua liberdade de culto, mesmo que envolva o uso de substância psicoativa. Desse modo, a seção 3.5 apresenta uma resposta sugerida para estes casos.

3.5 UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA O CASO DAS RELIGIÕES AYAHUASQUEIRAS: A ISENÇÃO PARA O USO RELIGIOSO DE SUBSTÂNCIAS PROIBIDAS

Similar à liberdade religiosa prevista na nossa Constituição, no Brasil, a ideia da Cláusula de Livre Exercício, que acompanha a Cláusula de Estabelecimento da Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, é de prevenir o congresso de penalizar as pessoas pura e simplesmente em razão de suas crenças e práticas religiosas⁴⁸.

⁴⁸ De acordo com Rawls (1996, pp. xxxvi-xxxiv), por exemplo, o estado proíbe uma atividade que é somente ligada a uma religião por ela ser perigosa (como se atirar de prédios), mas outra conduta

Isso posto, Greenawalt (2006) narra o caso da Native American Church, nos Estados Unidos, que faz o uso religioso do peiote, uma bebida derivada do cactus que possui substâncias psicoativas, para entrar em contato com Deus. Aqui, percebe-se que é caso bastante similar, podendo ser estudado como análogo ao caso da ayahuasca - posto que, igualmente às religiões ayahuasqueiras, se trata de religião cujo centro do ritual está profunda e intrinsecamente vinculado ao consumo de uma bebida alucinógena, por isso podemos nos valer dele.

A Suprema Corte da Califórnia assim descreveu a cerimônia da Native American Church: “O evento central, é claro, consiste no uso de peiote em quantidades suficientes para produzir um estado alucinatório” (GREENAWALT, 2006, p. 69, tradução nossa⁴⁹). Ressaltou Greenawalt, neste ponto, que “Nem todo uso religioso de drogas está nos cultos corporativos; algumas religiões recomendam o uso pessoal de maconha ou outras drogas” (GREENAWALT, 2006, p. 69, tradução nossa⁵⁰), como é o caso do Hinduísmo.

De maneira geral, em tal caso, a Corte estadunidense, como narra Greenawalt (2006, p. 126, tradução nossa⁵¹), concluiu que a crença “sincera e significativa que ocupa na vida de seu possuidor um lugar paralelo àquele preenchido pelo Deus daqueles que reconhecidamente se qualificam para a isenção se enquadra na definição legal”.

Assevera Greenawalt que a isenção para o uso religioso do peiote aos membros da Native American Church não seria injusta para com aqueles que fazem o uso recreativo das drogas. Isso pois a Suprema Corte da Califórnia concluiu que a bebida era o núcleo do culto da religião e ninguém iria fazer parte desta apenas para ter o direito de utilizar a bebida com fins recreativos.

Contudo, há de ser considerado que o uso de substâncias alucinógenas pode ter razões similares para os religiosos e para os não religiosos, que “alegam que

tão perigosa quanto e não ligada à religião for permitida, vai parecer que ele não permite a prática daquela religião por ela ser louca ou errada.

⁴⁹ “sincere and meaningful belief which occupies in the life of its possessor a place parallel to that filled by the God of those admittedly qualifying for the exemption comes within the statutory definition.”

⁵⁰ “Not all religious use of drugs is in corporate worship services; some religions recommend personal use of marijuana or other drugs”.

⁵¹ “sincere and meaningful belief which occupies in the life of its possessor a place parallel to that filled by the God of those admittedly qualifying for the exemption comes within the statutory definition.”

drogas alucinógenas iluminam aspectos fundamentais da existência e transformam suas vidas” (GREENAWALT, 2006, p. 70, tradução nossa⁵²). Ainda assim, afirma:

A ausência de uma divisão bem definida entre as experiências dos fiéis das dos usuários recreativos torna a justiça de isentar o uso religioso de peiote mais discutível do que isentar o típico uso sacramental do vinho. No entanto, a experiência da *Prohibition*⁵³ confirma o ponto óbvio de que permitir que as pessoas participem de atos de adoração que estão no centro de sua prática religiosa é uma razão muito forte para criar uma isenção. (GREENAWALT, 2006, p. 70, tradução nossa⁵⁴)

Isso porque a dificuldade de distinguir o motivo pelo qual uma pessoa utiliza a substância alucinógena afeta a formulação de uma isenção, sendo difícil identificar, no uso individual ou não religioso, se o objetivo é buscar uma experiência "legítima" ou meramente utilizar uma droga, então a exigência do uso grupal, em encontros do grupo, é uma forma de facilitar essa atividade.

A esse respeito, afirma Greenawalt que a isenção deveria existir de forma limitada, porquanto

Uma isenção que dependesse apenas da condenação individual poderia acabar com a proibição, levando os policiais a desistir do processo. Para uma proibição de drogas funcionar, a isenção deve ser limitada a indivíduos que fazem parte de um grupo organizado. (GREENAWALT, 2006, p. 72, tradução nossa⁵⁵)

O autor justifica a limitação da isenção a práticas grupais e organizadas sob a alegação de que, se tivesse que ser julgado caso a caso, o critério não seria claro, dificultando o enquadramento dos casos de isenção e, conseqüentemente, a identificação dos casos de criminalização da conduta pelos fiscais da lei. Desta forma, acabaria equivalendo a uma liberação geral, o que não seria o objetivo.

⁵² “claim that hallucinatory drugs illuminate fundamental aspects of existence and transform their lives”

⁵³ Como refere Greenawalt (2006, p. 69), a *Prohibition* diz respeito à época em que os legisladores proibiram o uso de bebida alcoólica, concedendo isenção para o uso sacramental do vinho, o que não foi considerado um privilégio injusto socialmente.

⁵⁴ “The absence of a sharp line dividing the experiences of worshipers from those of recreational users makes the fairness of exempting religious use of peyote more arguable than exempting typical sacramental use of wine. Nevertheless, the Prohibition experience confirms the obvious point that allowing people to participate in acts of worship that are at the center of their religious practice is a very strong reason to create an exemption”

⁵⁵ “An exemption that depended only on individual conviction might swallow up the prohibition, leading law enforcement officials to give up prosecuting use. For a drug prohibition to survive, an exemption must be limited to individuals who are part of an organized group.”

Porém, desse modo, os novos usos da ayahuasca, que ressignificam as tradicionais religiões ayahuasqueiras, justamente contrapondo-se à institucionalização das religiões, cuja legalidade é discutida, sob este prisma poderiam ter seus participantes enquadrados como usuários recreativos e, conseqüentemente, seu consumo considerado ilegal. O mesmo vale, até mesmo em grau de maior intensidade se considerada a análise de Feeney e Labate (2012)⁵⁶ para as tribos indígenas, em seus rituais xamânicos, pois seu uso espiritualizado da ayahuasca pode ser posto em xeque e a isenção não considerada para estes.

Ocorre que, amparadas pela liberdade religiosa, essas práticas "alternativas" ainda assim deveriam ter seus direitos reconhecidos. Se a liberdade religiosa é um valor de tamanha importância, questiona-se como poderia caber uma restrição, qualquer que seja, às práticas religiosas que estejam "fora do padrão" - sobretudo quando se trata de prática nuclear do culto de determinada religião. E mais, questiona-se se limitar quais as práticas religiosas ou formas de adoração podem ter seu direito reconhecido não é justamente uma forma de discriminar minorias religiosas, minorias às quais, da maneira proposta, não caberia o benefício da dúvida.

Outrossim, a proibição da bebida que figura como um elemento central do culto ameaça a prática e a existência da religião – a qual tende a ser, tradicionalmente, uma instituição bastante valorizada no nosso modelo estatal, além de ter ser garantida constitucionalmente. Nesse raciocínio, ainda que uma organização não religiosa cujos membros utilizam a bebida alucinógena para fins espirituais possa eventualmente ser considerada legítima o suficiente para ser incluída na isenção ao uso da bebida que possui substância proibida, Greenawalt (2006, p. 73) alude que, ao seu ver, não é viável, na prática, permitir legalmente o uso por grupos que não os religiosos delineados. Pondera, ainda, que a permissão a estes grupos pode levar à fraude daqueles que se utilizam de uma justificativa razoável apenas para fazer o uso recreativo da substância, o qual, por sua vez, seria proibido, driblando a fiscalização.

Enfim, o legislador somente poderia abrir a exceção e isentar o uso de uma substância proibida quando fosse essencial para o exercício da religião. Não

⁵⁶ Ver p. 21.

obstante, não cabe aos fiscais determinar o grau de importância dela para cada grupo.

Também nesse sentido, deve-se levar em conta que se parte do pressuposto de que as religiões que fazem uso de substâncias alucinógenas, proibidas, são religiões minoritárias e, assim, sujeitas à discriminação. E, a respeito da tolerância das crenças individuais, há "a persistência de exigências de tolerância e intolerância 'religiosas' que vão além dos direitos de associação e culto e englobam uma grande variedade de outras práticas sociais" (WALZER, 1999, p. 88). Refere que a tolerância religiosa funciona bem muitas vezes, pois, apesar das divergências teológicas, as igrejas e congregações são muito semelhantes. Assim, "A tolerância ou não de proibições e práticas religiosas de minorias, que vão além dos direitos de associação e culto, depende de sua visibilidade ou notoriedade e do grau de escândalo que provocam na maioria" (WALZER, 1999, pp. 90-91).

Certamente as religiões ayahuasqueiras, a partir da sua expansão para o sudeste brasileiro, aos grandes centros urbanos, causaram grande espanto na sociedade civil, conforme relatado no primeiro capítulo. Foi desta expansão que surgiu a preocupação em conhecer, estudar e regulamentar o uso da ayahuasca em rituais religiosos, que acabou por ser permitida somente no âmbito coletivo e estritamente religioso. No que tange à realização destas práticas de maneira individual e não coletiva, porém:

Essas práticas não teriam nenhuma legitimidade se fossem propostas numa base puramente individual, mesmo quando os indivíduos insistissem em que seu modo de entender o que devem fazer ou deixar de fazer representa um com-conhecimento (uma com-ciência) compartilhado entre cada um deles e seu Deus (WALZER, 1999, p. 90)

Outrossim, diferentemente do tratamento à questão dado pela Suprema Corte da Califórnia, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos se deparou com a questão da permissão ou proibição do uso do peiote, a Juíza O'Connor argumentou que através da lei criminal o Estado realiza tal julgamento no sentido de que "a posse e o uso de substâncias controladas, mesmo que por uma pessoa, é inerentemente prejudicial e perigoso"⁵⁷. Afirma, logo, que inclusive o uso religioso de

⁵⁷ Citado por Greenawalt, 2006, p. 76.

uma substância controlada violaria o aludido propósito da lei. Dessa forma, para Greenawalt,

A Corte, surpreendentemente, abandonou a doutrina do exercício livre que prevaleceu durante o quarto de século anterior, segundo a qual o Estado tinha que demonstrar interesse em aplicar uma lei contra pessoas cujo exercício religioso é sobrecarregado. (GREENAWALT, 2006, p. 76, tradução nossa⁵⁸)

Contudo, de acordo com Greenawalt (2006, p. 77⁵⁹), o julgamento legislativo sobre o dano, ausente uma concreta evidência dos efeitos prejudiciais da substância, dificilmente estabelece um interesse significativo em evitar o uso religioso desta. Ou seja, se não há razões a induzir o Estado a agir de forma a impedir, coercivamente, o uso da bebida cerimônias religiosas, é porque não se demonstra a existência de um forte interesse Estatal em evitar seu uso.

Depreende-se que no julgamento citado não houve uma preocupação em garantir, como se espera, em relação à liberdade religiosa e as liberdades dela decorrentes - especialmente a liberdade de culto - o livre exercício da doutrina religiosa própria daqueles indivíduos. Percebe-se, igualmente, que o fato dos julgadores não se debruçarem sobre a ponderação da suposta periculosidade da substância em face dos direitos suprimidos com a sua proibição, e nem sequer justificar detalhadamente os danos e efeitos negativos da bebida, demonstra um desinteresse em acolher uma minoria religiosa e fazer valer suas liberdades, que também deveriam ser defendidas e garantias pela administração pública no zelo pela lei.

Neste ponto, importante e paradigmático o tratamento estatal conferido às religiões ayahuasqueiras. O engajamento demonstrado ao aprofundar os estudos a respeito das religiões, seu funcionamento e a relação destas com a bebida, através da formação de um grupo de trabalho multidisciplinar, significa que houve uma ação Estatal não somente para proibir ou regular o uso da substância, mas para buscar

⁵⁸ "The Court, strikingly, abandoned the free exercise doctrine that prevailed during the previous quarter century, according to which the state had to show a compelling interest in applying a law against people whose religious exercise is burdened."

⁵⁹ "But, absent a concrete analysis of harmful effects, a legislative judgment about harm hardly establishes a significant interest in stopping this religious use, much less a compelling interest. The state's consistent nonenforcement against religious users belied its claim that preventing use in isolated religious ceremonies amounts to a strong state interest."

compreender a matriz cultural dessa manifestação religiosa e ser tolerante em relação à ela, na medida do possível.

Além disso, a proibição da prática religiosa de uma minoria demonstra claramente um descuido para com o pluralismo religioso, que está inegavelmente presente nos estados modernos - e especialmente nos ocidentais. Certamente, um tratamento geral para toda e qualquer religião desfavorece as religiões minoritárias, minando seu livre exercício.

Nesse sentido:

As preocupações mais difundidas são a relativa indiferença às minorias e a fácil condenação do que parece estranho. Os perigos do uso do álcool são muito melhor documentados do que os perigos do uso do peiote; muitos milhões de vidas americanas foram prejudicadas pelo alcoolismo, e beber continua a figurar em muitas mortes no trânsito. (GREENAWALT, 2006, p. 82, tradução nossa⁶⁰)

Cabe também mencionar o fato levantado por Rawls (1996, pp. xli-xlii) de que é indubitável que o Estado tem interesse em proteger a vida e a saúde dos cidadãos, independentemente de ser determinada conduta ligada ou não à prática religiosa. Por outro lado, deve ser questionado se a proibição da conduta não irá configurar alvo de mera discriminação religiosa, ao passo que existam práticas mais ou igualmente danosas aos indivíduos que não são proibidas - como o faz Greenawalt em relação ao álcool (por sinal, contido no vinho - bebida sacramental cristã).

Por fim, conclui-se que o conceito de religião não deve ser facilmente determinável. Consideradas todas as suas possíveis averiguações, mesmo a mais condizente delas apresenta dificuldades e pode levar à arbitrariedade do julgador.

3.6 APONTAMENTOS FINAIS

Notou-se que existe a imprescindibilidade de garantir aos indivíduos que expressem livremente suas crenças no estado democrático de direito. Conquanto os

⁶⁰ "The more pervasive concerns are relative indifference to minorities and easy condemnation of what seems odd. The dangers of using alcohol are far better documented than the dangers of using peyote; many millions of American lives have been stunted by alcoholism, and drinking continues to figure in many traffic deaths".

direitos estejam previstos e devam ser assegurados, eles podem eventualmente esbarrar em normas e proibições.

Neste caso, busca-se driblar os obstáculos de distintas maneiras, como por exemplo a regulação do uso da ayahuasca - que foi o caminho encontrado no Brasil para, em parte, possibilitar que as religiões ayahuasqueiras praticassem seu culto. No entanto, verifica-se da mesma forma que as isenções também acabam limitando as práticas religiosas, não abarcando todas as formas de expressão das crenças - em particular daqueles vistos como casos duvidosos, e mais uma vez se restringe a liberdade, tanto a religiosa quanto a individual (as liberdades gerais, portanto) - muitas vezes a troco de questões menos valorosas que ela.

Mas até que ponto essa regulamentação seria necessária? Afinal, o direito à prática religiosa, qualquer seja ela, não deriva de uma liberdade religiosa? E a opção do indivíduo a se submeter a certos perigos não é uma expressão da sua autonomia, decorrente das suas liberdades individuais? Assim, vê-se que a regulamentação acaba, por um lado, por ser uma especificação daquilo que já estava implícito - em relação à liberdade religiosa, e um novo obstáculo aos casos que permanecem na zona de penumbra, mas não deixam de se inserir em atos voluntários amparados pelos direitos individuais dos indivíduos.

Mesmo que se tentasse justificar a proibição da ayahuasca em razão da saúde pública, sabe-se que, nas circunstâncias do caso comentado, em que um potencial dano à saúde seria leve, ao qual o próprio agente se expõe voluntariamente, ela é um bem jurídico deveras inferior em ponderação com a liberdade religiosa no estado democrático de direito. Além de visceralmente ligado a uma prática religiosa, o consumo da ayahuasca, se encarada a substância como uma droga (ainda que desconsiderada sua valorização em razão da liberdade religiosa), tem o potencial de causar dano única e somente a quem a consome. Se trataria, por conseguinte, da proteção da pessoa contra si mesma, em um ato meramente paternalista do Estado, logo não faria sentido um país minimamente liberal proibir esse tipo de conduta - e é sobre este segundo aspecto que trata o capítulo seguinte.

4 A AUTOLESÃO E A INTERVENÇÃO ESTATAL

O presente capítulo analisa a questão do consumo da ayahuasca por um outro viés. Enquanto o capítulo anterior apreciou a proteção do uso da ayahuasca atrelada ao exercício religioso, fundada no direito à liberdade religiosa e seus desdobramentos, especialmente no não embaraço do culto religioso, mais pertinente às formas religiosas tradicionais de consumo da bebida (como para o Santo Daime, a Barquinha e a União do Vegetal), neste será trazido um novo ponto de vista: a defesa do consumo da ayahuasca baseada na garantia dos direitos à liberdade individual, o livre desenvolvimento da personalidade e a autodeterminação, todos decorrentes da autonomia e da soberania pessoal do indivíduo, especialmente aplicável aos casos alternativos não institucionalizados de uso da ayahuasca, os casos (sobretudo) duvidosos.

Foi tomada por base, para a determinação dos conceitos utilizados, a obra "*The Moral Limits of The Criminal Law*", de Feinberg, que será brevemente relatada, e em especial o seu terceiro volume, "*Harm to Self*", de 1986, mas também o quarto volume, "*Harmless Wrongdoing*" (1990). A obra divide-se em quatro volumes: o primeiro deles, "*Harm to Others*", desenvolve o conceito de dano, desde a sua relação com fatores subjetivos, sua aplicação no direito e os efeitos do consentimento, debatendo casos e diferentes apresentações reais de danos, sob o argumento de que apenas justificam a tutela penal os danos causados a terceiros, quando não consentidos. O segundo volume, "*Offense to Others*", discute os diferentes significados do termo ofensa e a sua distinção do termo dano. Adota como único objeto possível de proteção do princípio da ofensa a ofensa injusta, cuja causa não é apenas uma conduta "errada", mas uma violação dos direitos da parte ofendida, grave o suficiente para justificar a coerção e a punição legal da parte ofensora.

Ao passo que os volumes um e dois prestam-se a qualificar os princípios liberais "*liberty-limiting*", os volumes três, "*Harm to Self*", e quatro, "*Harmless Wrongdoing*", propõem-se a combater os princípios não liberais (especialmente o paternalismo e o moralismo). No terceiro volume, Feinberg conclui que ainda que certos danos possam parecer moralmente relevantes, a ser justificada a intervenção penal, para uma concepção liberal "as razões paternalistas nunca podem superar a soberania pessoal quando as duas estão clara e inteiramente em conflito"

(FEINBERG, 1990, p. 6, tradução nossa⁶¹). Por isso, se o indivíduo autônomo voluntariamente consente em riscos que possam resultar em prejuízo para si não se configura um dano no sentido estrito empregado pelo "*harm principle*", uma vez que, havendo consentimento do lesado, trata-se de dano voluntariamente arriscado, visto pelos liberais como um dano não representativo de "mal" - dado que, de forma distinta, estaria-se se opondo ao domínio soberano do autor/danificado. Este volume será particularmente utilizado para a fundamentação teórica do presente trabalho, pois se conclui que o consumo da ayahuasca poderia causar um dano única e somente àquele que voluntariamente assumiu a conduta "danosa".

Por fim, o quarto volume debate acerca do moralismo e a sua relevância para o direito penal. O que se alega na obra, em suma, é que os princípios do dano e da ofensa, quando devidamente limitados, esgotam a classe de razões moralmente relevantes para justificar as proibições criminais.

Assim, a primeira seção apresenta os "*liberty-limiting principles*", que são os princípios que endossam a intervenção do Estado na liberdade individual, dando maior relevância aos significados e desdobramentos do "*harm principle*" e do "*legal paternalism*", expostos nas subseções 4.1.1 e 4.1.2, respectivamente. Conceituar estes princípios limitadores da liberdade é significativo para melhor desenvolver os conceitos de autonomia e soberania pessoal, pois se os utilizará para delimitar os alcances e limites das mesmas.

Nas seções 4.2 e 4.3, portanto, serão demonstrados os conceitos de autonomia e soberania pessoal. A autonomia tem uma relevância central no capítulo, pois é a partir da noção de um indivíduo autônomo, verificada a autonomia enquanto capacidade, que se estabelece a possibilidade de soberania pessoal (tema da seção seguinte), permitindo que o indivíduo se autogoverne. A soberania pessoal, então, tratada na seção 4.3, diz respeito à autonomia enquanto direito - ou seja, a auto-regulação do indivíduo por excelência, como ele exerce sua autonomia na prática. Serão também definidos os seus limites e as suas manifestações.

Ao longo de todo o capítulo busca-se relacionar os conceitos estudados com o caso da ayahuasca, e como à luz destas virtudes pode-se enxergar uma solução para o caso concreto. Então, na seção 4.4, são ponderados os direitos fundamentais que seria necessário sopesar para avaliar as possibilidades de não proibição do uso

⁶¹ "paternalistic reasons can never outweigh personal sovereignty when the two are clearly and entirely in conflict"

da ayahuasca - e de certa forma das drogas em geral. Por fim, a seção 4.5 tem por objeto uma avaliação geral do capítulo através de breves apontamentos finais.

4.1 LIBERTY-LIMITING PRINCIPLES

Feinberg (1986, pp. xvi-xvii) estabelece o diálogo apontando que existem princípios que limitam a liberdade, os "*liberty-limiting principles*", segundo os quais há dadas condutas individuais que justificam a intervenção do Estado, através do direito penal, consideradas as circunstâncias e os atores envolvidos (sobre estes, critérios objetivos, como a capacidade). Em geral, estes são os princípios que norteiam o direito penal fundado na teoria do bem jurídico.

Os princípios (ou teorias sobre a legitimidade da criminalização de condutas) são estes: (1) "*The Harm Principle*", que justifica a intervenção penal para prevenir os danos causados a terceiros; (2). "*The Offense Principle*", segundo o qual a prevenção de uma ofensa grave que viola o direito de terceiros, não havendo outra forma de prevenir, é uma boa razão para a tutela do Estado; (3) "*The Liberal Position*", a respeito dos limites morais da lei criminal, para a posição liberal, somente os princípios acima referidos, (1) e (2), devem assegurar a criminalização de condutas - para os extremos liberais seria apenas o "*harm principle*"; (4) "*Legal Paternalism*", rejeitado pelos liberais, defende que devem ser proibidas as condutas que representam danos ao próprio autor delas. Os princípios apresentados até então, mormente os princípios (1) e (4), têm maior relevância para o debate deste trabalho, visto que relacionados de maneira direta com a linha argumentativa traçada, portanto serão pormenorizados nas subseções seguintes. De todo modo, o autor ainda apresenta os demais princípios: (5) "*Legal Moralism*" em sentido estrito (moralismo legal estrito); (6) "*Moralistic Legal Paternalism*", o paternalismo moralista; (7) "*Legal Moralism*" no sentido amplo (moralismo legal amplo); (8) "*The Benefit-to-Others Principle*"; (9) "*Benefit-Confering Legal Paternalism*"; (10) "*Perfectionism*".

Nas subseções 4.1.1 e 4.1.2, serão esmiuçados o "*harm principle*" e o "*legal paternalism*", que tiveram maior repercussão e, enquanto o primeiro, se adequadamente delineado, justifica a intervenção do direito penal, o segundo tende a não admitir esta interferência na liberdade individual para as correntes liberais, como se verá.

4.1.1 HARM PRINCIPLE

Feinberg (1986) refere-se ao "*harm principle*" como o "*harm to others principle*", de forma abreviada, afirmando que "prevenir danos a outras pessoas que não o ator é sempre uma razão moralmente relevante em apoio à coerção proposta pelo Estado" (p. ix, tradução nossa⁶²), capaz de limitar a liberdade individual quando se está diante da violação dos direitos de alguém (que não o causador do dano). Ainda, de acordo com Lobato *et al* (2015, p. 2), para se enquadrar no "*harm principle*" e ser criminalizada, a conduta deve representar um prejuízo tangível considerável a um interesse socialmente relevante, "porque criminalizar uma conduta que sequer produza risco é atitude de manifesta arbitrariedade do Estado". Indicam que se trata de um princípio de cunho liberal, que baliza a intervenção estatal na liberdade individual, legitimando-a apenas quando a conduta do indivíduo provocar danos a terceiros, conforme referido - assim, ele valoriza a liberdade humana e as opções individuais.

Este princípio, ao mesmo tempo que indica que tipo de conduta tem respaldo para ser criminalizada, também limita a intervenção estatal, estabelecendo quais condutas não representam um dano que a legitime. É que, para Feinberg, o Estado somente pode interferir no comportamento dos indivíduos quando essa interferência se revelar necessária para prevenir danos ou graves riscos de danos àqueles que não sejam o próprio sujeito sob o qual incide a intervenção.

Por outro lado, danos classificados como "*non-harmful wrongs*" são erros que não causam dano à parte supostamente prejudicada, assim como os "*non-wrongful harms*", aos quais a parte prejudicada consente, não violando, desse modo, seus direitos, e o "*harm to self*", quando um indivíduo deliberadamente se lesiona ou assume um risco de fazê-lo. Nenhum deles é considerado um dano no sentido do "*harm principle*".

Assim, estão isentas as condutas que correspondem à autolesão e o dano consentido, sempre que o indivíduo possuir plena autonomia como capacidade - caso contrário, se trataria de um paternalismo legitimado, possível (pois não é considerado um consentimento de fato). No caso de condutas assim qualificadas, o que prevalece é a liberdade individual e a autonomia da vontade.

⁶² "the need to prevent harm to persons other than the actor is always a morally relevant reason in support of proposed state coercion".

A não criminalização do dano consentido ampara-se no princípio "*volenti non fit injuria*", de acordo com o qual "para aquele que consente não há lesão" (FEINBERG, 1986, p. 22). Explica Feinberg que consentir com determinada conduta significa fazer parte dela. Por isso, o resultado decorrente do comportamento lesivo também é de responsabilidade daquele que consente. No caso da autolesão pode-se aplicar a mesma linha de raciocínio, ou seja, se a pessoa voluntariamente opta por tomar determinada atitude que pode vir a lhe danificar, ela deve assumir as consequências dos seus atos para si mesma, e não perante o estado.

Isso pois se reconhece igualmente o direito à liberdade de abrir mão da tutela do Estado. De outra maneira, ou seja, com a proibição destas condutas, haveria uma imposição meramente moral de comportamentos - e o princípio aqui estabelecido tem como objetivo principal impedir a criminalização de comportamentos fundada num julgamento moral, mormente quando as condutas não resultam em perigo ou lesão a interesses de terceiros. Com efeito, conforme Lobato *et al* (2015, p. 5), "a criminalização de um comportamento é a forma mais violenta de intromissão do Estado na vida do indivíduo" - é o paternalismo legal, negado pelo princípio aqui delineado.

Contudo, Feinberg (1986, p. 33, tradução nossa) faz uma ressalva à impossibilidade de se criminalizar condutas que têm o potencial de causar lesão somente ao indivíduo que as pratica. É o caso de haver "um acúmulo constante de exceções individuais"⁶³, pois embora cada uma das exceções de criminalização que se dê aos indivíduos separadamente diga respeito somente a eles, "uma vida não produtiva inteiramente dedicada ao consumo de lócus, fumo de ópio ou heroína"⁶⁴, por exemplo, em que as pessoas não estejam em nenhum momento em estado de plena consciência, pode não representar um dano a terceiros nem guardar-lhes relação quando limitado a um número restrito de pessoas - Feinberg coloca como exemplo uma quantidade de "uma centena ou dez mil pessoas" autossuficientes que fazem isso por livre e espontânea vontade,

Mas quando dez por cento de toda a população decide viver dessa maneira, eles se tornam parasitas, e a situação se aproxima do limiar de sérios danos públicos. Quando cinquenta por cento escolhem viver dessa maneira, pode ser impossível para o restante manter uma comunidade. Quanto mais próxima a sociedade estiver daquilo

⁶³ "a steady accumulation of individual withdrawals".

⁶⁴ "a nonproductive life devoted entirely to lotus-eating, opium smoking, or heroin shooting".

que poderíamos chamar de "limiar da guarnição", mais o *harm principle* entra em ação, até que, em determinado momento, qualquer nova exceção individual representa um perigo claro e presente, e pode ser enfaticamente proibido pelo *harm principle*, sem qualquer ajuda do princípio do paternalismo legal. (FEINBERG, 1986, p. 33, tradução nossa⁶⁵)

De qualquer forma, dificilmente o caso da ayahuasca poderia refletir um quadro como o apresentado. Isto pois, até o presente momento, considerando-se que a substância esteve totalmente *legalizada* pela maior parte da sua existência, não somente o seu alcance não foi significativo, mas principalmente seu uso foi estritamente religioso (e aqui entendendo religião de forma abrangente, sem discriminação - no sentido literal do termo - das suas manifestações xamânicas ou dos novos usos da ayahuasca, ligados mais ao autoconhecimento do que necessariamente à conexão com o divino, vistos no capítulo 2), tendo por característica fundamental a realização e participação efetiva em um ritual. No entanto, pode-se considerar que a alternativa apresentada, vista deste modo, poderia eventualmente representar um entrave para os crentes das religiões tradicionais ayahuasqueiras, em razão da apreensão de que, com esta maneira de conduzir o caso, acabar-se-ia por assemelhar a ayahuasca às drogas recreativas, dado que o debate travado no presente trabalho claramente leva à liberação do uso de *drogas* de maneira geral, e eles não enxergam a ayahuasca como uma droga, senão como uma substância enteógena - e buscam veementemente desvincular a imagem dela das substâncias alucinógenas.

Ainda assim, a proteção ao uso da ayahuasca defendida no presente capítulo está mais relacionada às formas de consumo alternativo, dado seu amparo especialmente na autonomia do indivíduo e a voluntariedade de seu uso, explicitada nos propósitos de cura e autoconhecimento, por exemplo. E, mesmo na perspectiva tradicional religiosa institucionalizada, também poderia ser visto de maneira diferente e não necessariamente representar um entrave. De todo modo, o presente trabalho não se propõe conduzir o caso da ayahuasca para uma solução "salvadora", ou

⁶⁵ "But when ten percent of the whole population choose to live that way, they become parasitical, and the situation approaches the threshold of serious public harm. When fifty percent choose to live that way it may become impossible for the remainder to maintain a community at all. The closer any society is to what we might call "the garrison threshold," the more the harm principle comes into play, until at a given point, any further withdrawals pose a clear and present danger, and can be emphatically prohibited by the harm principle without any help from the principle of legal paternalism".

definitiva, mas pensar através da filosofia do direito quais seriam as possíveis análises para o caso concreto em um estado democrático de direito. E, com base no "*harm principle*" e seu viés liberal, a criminalização do uso de substâncias que causariam danos tão somente ao indivíduo que as consome não se justifica. O paternalismo legal (*legal paternalism*), referido como um dos "*liberty-limiting principles*", a ser apreciado na subseção seguinte, também é relevante para o trabalho, uma vez que é o oposto do que se busca afirmar com o "*harm principle*".

4.1.2 LEGAL PATERNALISM

Um ato paternalista é basicamente o que Estado enxerga como uma proteção para o bem do indivíduo independentemente do seu desejo. O princípio do "*legal paternalism*", ou paternalismo legal, tem uma concepção bastante limitada da autonomia pessoal. Ele é conceituado por Feinberg (1986, p. 6) a partir das classificações elencadas abaixo.

Inicialmente, cabe ressaltar que ele é uma espécie de coerção legal, (1) podendo tanto ser (i) ativo (ação do indivíduo para alcançar um benefício) quanto (ii) passivo (determinar que as pessoas se abstenham de determinada conduta - como foi o caso da ayahuasca logo que seu uso ganhou notoriedade). (2) Com ele, pode-se atingir diferentes objetivos: (i) proteger de si e aos outros, que seria o paternalismo mesclado (*mixed paternalism*) ou (ii) proteger contra terceiros, tendo estes consentido, ou contra si mesmo, - é o paternalismo genuíno/puro (*unmixed paternalism*) - exatamente o paternalismo que o "*harm principle*" visa combater. (3) Com a norma, contudo, têm-se como objetivos: (i) a restrição da liberdade para melhorar a condição do indivíduo, "*benefit-promoting paternalism*", caso em que aquilo que é melhor para o indivíduo seria definido pelo Estado, ou (ii) evitar uma lesão ao indivíduo, "*harm-preventing paternalism*". (4) Outra classificação diz respeito às partes envolvidas, podendo o paternalismo legal ser aplicável (i) às duas partes, quando alguém consente ou requer a lesão e outrem age para causá-la, o caso do paternalismo indireto, ou (ii) à uma única parte, independente da conduta de outra pessoa, que é o paternalismo direto.

Ademais, é classificado pela (5) qualidade do indivíduo cuja liberdade se restringe, (i) o "*hard paternalism*" tem por objeto proteger adultos competentes contra comportamentos em consonância com sua própria vontade, o qual está em

total desacordo com os princípios liberais, ou (ii) o "*soft paternalism*", ao qual Feinberg inclusive se refere como antipaternalismo moderado, pois se enquadra no "*harm principle*", tendo por objeto a proteção de comportamentos lesivos ante a ausência de consentimento. Feinberg também explica que as normas paternalistas geralmente apresentam vários fundamentos para além da proteção ao indivíduo que sofre a restrição, em especial quando a proteção dos interesses de uma maioria está ligada à proteção da minoria.

O autor diferencia o "*hard paternalism*", que justifica a interferência coercitiva nas condutas supostamente perigosas tomadas consciente e voluntariamente pelas pessoas, e o "*soft paternalism*", ou antipaternalismo moderado, que apenas assegura que o Estado intervenha em um comportamento perigoso que diga respeito apenas a quem age, "quando e somente quando esse comportamento é substancialmente não-voluntário, ou quando a intervenção temporária é necessária para estabelecer se é voluntário ou não" (FEINBERG, 1990, p. xvii, tradução nossa⁶⁶). Ele afirma que defende única e somente esta forma de paternalismo por ser a única alternativa que lhe parece essencialmente liberal e razoável dentre as restrições à liberdade individual paternalistas. Desta forma, na verdade, enquadraria-se o paternalismo (ou antipaternalismo) naquelas que o "*harm principle*" delimita como condutas passíveis de criminalização pelo Estado.

Ao fim, Feinberg analisa as diferentes classificações do termo paternalismo frente aos princípios limitadores da liberdade individual e conclui que somente o "*harm principle*" e o "*offense principle*" apresentam razões suficientemente boas e relevantes para a coerção penal do Estado. Conclui que "toda a interferência paternalista é moralmente ofensiva porque invade o domínio da autonomia pessoal, onde cada um dos seres humanos adultos, competentes e responsáveis, devem ser soberanos" (FEINBERG, 1990, p. xvii, tradução nossa⁶⁷)⁶⁸.

⁶⁶ "when but only when that behavior is substantially nonvoluntary, or when temporary intervention is necessary to establish whether it is voluntary or not".

⁶⁷ "all paternalistic interference is offensive morally because it invades the realm of personal autonomy where each competent, responsible, adult human being should reign supreme".

⁶⁸ Cumpre acentuar que evidentemente foram tecidas críticas pertinentes às teorias de Feinberg, conforme relata Lobato et al (2015, p. 10), como a de Kahlo, para quem seus pontos de vista são carentes de fundamento e de alicerces argumentativos, e notadamente a de Von Hirsch, que destaca como ponto fraco a tendência subjetivista do filósofo. Contudo, como bem pontuado por Lobato et al, esta última crítica não levou em consideração o "caráter seletivo do direito penal, que, como um sistema jurídico, materializa uma decisão política". Imputam a tendência subjetivista às próprias noções de bem jurídico e ao próprio processo de criminalização primário, bem como destacam que o "harm principle" não teria a capacidade de por si só esgotar a tarefa de limitar o

Enfim, evidenciados os princípios que limitam a liberdade, sobretudo o *harm principle*, oportuno salientar o que lhes dá fundamento - quais os motivos que justificam a defesa da preponderância da liberdade individual sobre o paternalismo do Estado, máxime no caso da autolesão, mas igualmente válidos para os casos de dano consentido, que vêm a ser a autonomia e a soberania do indivíduo.

4.2 DA AUTONOMIA

A presente seção tem por objeto a definição de autonomia. A autonomia dos indivíduos é tida como independência, enquanto capacidade de autogoverno, analogicamente ao estado político, tratando os indivíduos como autoridades soberanas e absolutas para governarem a si mesmos, dentro dos seus próprios limites morais. Para Feinberg, caracterizam-se como limites à soberania do indivíduo a falha na vontade (impulso), a coerção e os distúrbios psicológicos.

Ainda que a liberdade de uma pessoa autônoma venha a ser restringida, limitada, em nome de seu próprio bem-estar, se trata de uma violação dos seus direitos. Com efeito, o desenvolvimento do conceito permite concluir que a manifestação da autonomia individual é mais importante do que o próprio bem-estar do indivíduo, se assim ele entender.

Feinberg (1986, p. 7) define a autonomia como (i) capacidade, segundo o qual o indivíduo autônomo possui a habilidade de se autogovernar fazendo escolhas racionais, (ii) conjunto de virtudes, dentre eles a responsabilidade por si próprio, ou seja, quem faz uma escolha voluntária deve responder por suas consequências, o que é a ideia central de autonomia, (iii) autodeterminação completa e consistente o suficiente para estar em consonância com a exigência de sua posição de membro de uma comunidade ou (iv) como um direito, equiparado à soberania do Estado.

Nota-se que correspondendo a esses sentidos de "autonomia", existem sentidos paralelos do termo "independente": a capacidade de se sustentar, dirigir a própria vida e ser responsável pelas próprias decisões; a condição de fato de autossuficiência, que consiste no exercício das capacidades apropriadas quando as circunstâncias o permitem; o ideal de autossuficiência; e o sentido, aplicado principalmente aos estados políticos, da soberania *de jure* e

poder de incriminar do legislador. Ainda assim, para a compreensão do caso em comento, que neste ponto se restringe à possibilidade ou não de criminalização da autolesão, o "harm principle" cumpre o papel de princípio norteador, até porque, na legislação brasileira, a criminalização das drogas não tem explicitamente um viés moralista, mas uma proteção à saúde pública.

do direito de autodeterminação. (FEINBERG, 1986, p. 28, tradução nossa⁶⁹)

Cabe, então, elucidar as diferentes qualificações da autonomia pessoal e as suas decorrências:

(i) Autonomia como capacidade

Fundamentalmente, a pessoa é autônoma quando tiver capacidade. É dizer que um indivíduo só poderia se autogovernar tendo capacidade legal, uma vez o autogoverno corresponde à habilidade de fazer escolhas racionais. Assim, logo exclui-se as crianças, os senis e as pessoas com doenças mentais, por exemplo.

Tratando-se de uma qualificação legal, de competência natural (capacidade mínima relevante para uma tarefa), preenchendo este requisito a pessoa poderá viver sua própria vida como quiser, de acordo com os seus próprios valores. É um critério objetivo, portanto mesmo que a pessoa governe sua vida de forma que a maioria julgue "ruim", ela o poderá fazer, pois "se autogovernar *mal*" é diferente de não possuir a capacidade de tomar as próprias decisões sobre a sua vida. Quer dizer, basta possuir a competência para preencher este critério.

(ii) Autonomia como uma condição

Em circunstâncias "normais", a autonomia é um conjunto de virtudes naturalmente obtidos que acabam por formar a condição de autônomo, tais quais o autodomínio (pertence a si mesma); a individualidade e o direito do seu exercício; a autenticidade (suas próprias opiniões, ideais, objetivos e, ainda que as pessoas falhem neste ponto, elas têm este direito); a autodeterminação, que significa que a pessoa se forma com determinadas influências e aprendizados até que adquira a capacidade de reflexão e possa formar suas próprias convicções, no caminho para a autodeterminação, sendo que a pessoa sempre estará sujeita a influências externas, mas, enquanto possuidora de autonomia, poderá retomar as rédeas da própria vida; auto-legislação - que é próprio sentido de autônomo. Refere Feinberg (1986, p. 60) que a nossa vontade racional é "a lei à qual estamos sujeitos", sendo que esta não

⁶⁹ "Note that corresponding to these senses of "autonomous" there are parallel senses of the term "independent": The capacity to support oneself, direct one's own life, and be finally responsible for one's own decisions; the de facto condition of self-sufficiency which consists in the exercise of the appropriate capacities when the circumstances permit; the ideal of self-sufficiency; and the sense, applied mainly to political states, of de jure sovereignty and the right of self-determination".

se trataria da mera vontade do indivíduo, mas da sua racionalidade, de forma que se sobressai uma "autonomia moral" - trata-se da possibilidade de um agir de acordo com a lei que dá a si mesmo, enquanto ser racional, conforme o que acredita; **autenticidade moral** (grifos nossos), segundo a qual as ações e princípios morais são genuinamente próprios. Porém, as escolhas da pessoa são limitadas em relação às regras gerais intrínsecas às práticas sociais. Esta virtude é relevante para o caso da ayahuasca e para as práticas religiosas minoritárias de forma geral, uma vez que, enquanto forem discriminadas, terão sua liberdade socialmente reprimida, dificultando o seu engajamento com as suas próprias convicções religiosas.

Também, são virtudes da autonomia a independência moral - a pessoa torna-se mais independente assumindo a menor quantidade de compromissos possível. No entanto, comprometer-se com os outros não é necessariamente uma coisa ruim, devendo ser balanceado, ainda que a pessoa tenha este direito de escolha; integridade - fidelidade aos próprios princípios, pressupõe-se autenticidade moral - novamente, encara-se a questão da necessidade de garantia de expressão da autenticidade moral individual para que as pessoas exerçam plenamente sua integridade; auto controle (disciplina), afastando-se o controle externo (do estado), espera-se que a pessoa tenha o controle de si mesma e, caso esta virtude falhe, pode-se culminar em casos de "colapso", como o suicídio; autossuficiência - é o outro lado da independência moral - de acordo com esta característica, a pessoa não confia totalmente no compromisso das outras pessoas consigo, portanto não precisa delas para certas áreas da vida; iniciativa - quando a pessoa é autêntica e autônoma não somente nos seus gostos e opiniões pessoais, mas também em relação aos demais aspectos, como os projetos e estratégias de vida; **responsabilidade por si mesmo** (grifos nossos), outra característica de maior relevância: é a principal ideia da autonomia, contribui para o seu desenvolvimento, determinando que a pessoa está sujeita ao julgamento e às consequências a respeito de tudo o que fez, e deve ter inclusive o direito de ser a única responsável por uma conduta própria, preenchido o critério da capacidade, ainda que esta lhe ocasione eventual dano. Lembrando que se a pessoa foi coagida ou manipulada, não está em voga esta virtude.

(iii) Autonomia como ideal

Os critérios da autonomia como condição estabelecem um ideal das qualidades de autonomia cujos aspectos individualistas impedem a vida real em sociedade, mas deve ser levado em consideração que somos seres sociais e que o Estado não poderia funcionar com pessoas soberanas em todos os quesitos. Assim, uma concepção ideal da pessoa autônoma deve incluir a vida em comunidade, sendo "a de um indivíduo autêntico cuja autodeterminação é tão completa quanto consistente com a exigência de que ele é, naturalmente, um membro de uma comunidade" (FEINBERG, 1986, p. 47, tradução nossa⁷⁰).

(iv) Autonomia como direito

A autonomia como direito refere-se à soberania pessoal, que está ligada a independência. Contudo, deve-se atentar ao fato de que a soberania se distingue de autonomia pois enquanto esta é parcial e limitada, além de pressupor autoridade parcial e delegada, aquela é indivisível e total, e pressupõe total autoridade.

Por fim, as questões relacionadas à soberania do indivíduo serão mais profundamente exploradas na seção seguinte, que discorrerá sobre a soberania pessoal e os seus limites.

4.3 DA SOBERANIA PESSOAL

Estipulados os pressupostos da autonomia do indivíduo, compreende-se que a soberania pessoal se refere à autonomia enquanto direito. Portanto, nesta seção se buscará traçar estes direitos, sua relação com o almejado "próprio bem" dos indivíduos e seus limites.

A soberania pessoal se reflete em uma pessoa autônoma que tem o controle e a liberdade de "regular seu próprio território", possuindo autonomia em sentido amplo. Contudo, como anteriormente salientado, na prática é indiscutível que a autonomia terá limites estabelecidos em função da vida em sociedade, pois uma parte da privacidade e do espaço pessoal das pessoas é cedida para o convívio social.

⁷⁰ "is that of an authentic individual whose self-determination is as complete as is consistent with the requirement that he is, of course, a member of a community".

Uma forma de atentar contra o domínio pessoal do indivíduo são as interferências danosas ou ofensivas sem o seu consentimento. E o mesmo é dizer que o consentimento da pessoa é necessário e também suficiente para que ela seja tratada sem que sua soberania seja prejudicada. Assim, a discricionariedade dos indivíduos fundada na sua soberania pessoal impõe direitos negativos e positivos a terceiros no que diz respeito às interferências que os indivíduos podem lhes causar.

Percebe-se que a principal ideia da autonomia aqui delimitada é o direito de fazer escolhas e tomar decisões. Idealmente, a pessoa seria inteiramente capaz de decidir sobre a sua vida sem quaisquer interferências externas. O mais básico direito decorrente dela é o de decidir como irá viver sua vida - o que envolve, dentre diversas escolhas, qual crença a pessoa irá seguir, de qual religião fará parte (se quiser fazer parte de alguma). Ao mesmo tempo, outras interferências são mais socialmente aceitáveis (como se a pessoa irá ou não colocar o cinto de segurança, exemplifica Feinberg, 1986, p. 55), ainda que potencialmente consideradas uma violação à soberania pessoal.

Daí a pertinência desta discussão para o caso da ayahuasca. É que, ainda que, como dito, a escolha da religião esteja elencada entre os direitos mais básicos decorrentes da soberania pessoal, ao uso de substâncias psicoativas via de regra é conferido um significativo grau de reprovabilidade social, então não é tão facilmente reconhecido como uma escolha livre, decorrente da soberania pessoal. Contudo, estabelece-se que, à luz do "*harm principle*", esta escolha somente é sim atinente ao auto-respeito da pessoa, pois se vier a causar dano será uma autolesão, o que não enseja a criminalização da conduta, porquanto sua proibição seria um paternalismo legal não legitimado.

É que, se todos os princípios libertadores do direito elencados fossem levados a cabo, a pessoa não teria praticamente nenhuma possibilidade de autorregulação. Com a legitimação apenas do "*harm principle*" e "*offense principle*", as decisões que dizem respeito somente ao interesse da pessoa são tomadas por ela.

Dentro do debate sobre os limites à soberania pessoal, discute-se aquilo que faz bem e o que faz mal ao indivíduo. Feinberg afirma que o "próprio bem" da pessoa está profundamente ligado aos seus interesses, portanto não pode ser conceituado de forma geral, uma vez que varia a cada pessoa. Traz conceitos de outros autores, que sintetizam basicamente que o bem da pessoa está ligado à

felicidade e realização pessoal - o que é distinto do direito de autogoverno, mas ainda assim está instrumentalmente relacionado à autonomia. Disso, o autor conclui que:

permitir que os indivíduos, sempre que possível, escolham por si mesmos, até mesmo a escolha por caminhos arriscados, é a política mais favorável para promover sua realização pessoal, embora em alguns casos os indivíduos possam, previsivelmente, exercer sua escolha autônoma imprudentemente. (FEINBERG, 1986, p. 58, tradução nossa⁷¹)

Para a posição liberal, o indivíduo autônomo tem o direito de se autogovernar em busca da realização pessoal, e qualquer dano que ele venha a causar ao seu próprio bem é de sua responsabilidade e seria um dano menor do que a intervenção estatal para definir o que seria o seu próprio bem (como pressupõe uma posição paternalista), pois se trata de uma violação à sua autonomia. De todo modo, nos casos particulares existem restrições que eventualmente incidem sob a soberania pessoal. Ainda que hajam diferentes posições, é relevante a restrição nos casos em que: há falha na vontade, quer dizer, a decisão não é inteiramente voluntária; quando a pessoa foi coagida; e quando existem distúrbios psicológicos.

Labate (2004) se manifestara a esse respeito, como pontuado no capítulo 2⁷², afirmando que seria impossível traçar uma linha entre o que faz bem e o que faz mal no que concerne ao uso de drogas. Ao falar das voluntariedades e assunções de risco, Feinberg discorre sobre as "*dangerous drugs*", e utiliza o exemplo de um fármaco que o paciente acredita que não lhe fará mal, mas o médico diz que lhe causará dano e não é recomendado. Daí, se o paciente escolhe por utilizar a droga de qualquer maneira, o autor aponta que não se trata exatamente de uma escolha totalmente voluntária do paciente, mas um erro que o estado lhe protege (exigindo prescrição do medicamento, por exemplo) devido à sua ignorância no assunto, o que é diferente de uma escolha livre e bem informada. Ele alude que o filósofo norte-americano Richard Arneson considera este caso uma exceção, afirmando que quando uma pessoa erra o caminho para atingir determinado fim, está tomando uma atitude não voluntária. Contudo, se o indivíduo "intencional e injustificadamente discordar, e persistir em seu erro factual, esse é seu problema apenas, e nenhuma

⁷¹ "allowing individuals, whenever possible, to choose for themselves, even to choose risky courses, is the policy most likely to promote their personal fulfillment, even though in some cases individuals may predictably exercise their autonomous choice unwisely".

⁷² Ver seção 2.2, p. 13.

outra interferência em sua liberdade é permissível" (FEINBERG, 1986, p. 131, tradução nossa⁷³).

Mesmo assim, se considerado o caso da ayahuasca como análogo - os fiéis, enquanto "leigos" (supondo que não haja médicos dentre os seguidores destas religiões e crenças, à título de exemplo), estão tomando uma decisão voluntária e racional. E, ademais, no caso da ayahuasca é ainda mais justificável a escolha - posto que sequer haveria justificativas plausíveis para proibir seu consumo, ou seja, inicialmente a bebida não era considerada propriamente lesiva (não se tinha tamanho conhecimento), e, quando se debruçaram sobre o caso, quer dizer, quando formaram a equipe multidisciplinar e estudaram entre médicos e técnicos da área a substância, concluíram que ela de fato não representava danos significativos. Isso significa que, realmente, não restam motivos reais para proibir seu uso, mesmo no caso das formas alternativas. Sobre este aspecto também observou Greenawalt (2005, p. 77, tradução nossa⁷⁴), quando mencionara os casos de julgamento do peiote:

na ausência de uma análise concreta dos efeitos prejudiciais, um julgamento legislativo sobre danos dificilmente estabelece um interesse significativo em parar esse uso religioso, muito menos um interesse irresistível. O não-cumprimento consistente do estado contra os usuários religiosos desmentiu sua alegação de que impedir o uso em cerimônias religiosas isoladas equivale a um forte interesse do Estado.

Não obstante, para além disso há de se verificar diretamente os direitos fundamentais a serem ponderados no caso concreto, quando se cogita não proibir a ayahuasca. Estão em pauta principalmente a liberdade religiosa, as liberdades individuais e a saúde e a segurança públicas. Para tanto, pertinente a apreciação que se fará do voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator do Recurso Extraordinário nº 635.659.

⁷³ "willfully and unreasonably disagrees, and persists in his factual error, that is his problem only, and no further interference with his liberty is permissible".

⁷⁴ "absent a concrete analysis of harmful effects, a legislative judgment about harm hardly establishes a significant interest in stopping this religious use, much less a compelling interest. The state's consistent nonenforcement against religious users belied its claim that preventing use in isolated religious ceremonies amounts to a strong state interest".

4.4 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PONDERADOS

Nesta perspectiva, deve ser ponderada a penalização de condutas em relação às garantias dadas aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, tanto no que concerne aos direitos fundamentais que determinadas leis penais visam garantir quanto ao controle de constitucionalidade das leis penais, para que não se restrinja demasiadamente certas liberdades.

Considerando-se que a regulamentação do uso da ayahuasca representa uma limitação ao exercício da liberdade religiosa, deve ser ponderado se é de fato adequada esta limitação, avaliando-se igualmente o bem ou os bens jurídicos que ela tem por objeto proteger. Partindo-se, então, do pressuposto de que a regulamentação do uso da ayahuasca se deu em razão desta substância estar elencada como uma substância psicotrópica, logo, uma droga, tendo por isso o exercício religioso e práticas espirituais de um grupo de indivíduos restringido, valiosa a análise do voto em elaboração do Ministro Relator Gilmar Mendes nos autos do Recurso Extraordinário nº 635.659.

O Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, que teve a repercussão geral reconhecida em 09 de dezembro de 2011, foi interposto por Francisco Benedito de Souza, representado pelo Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo, em 22 de fevereiro de 2011, Recorrido o Ministério Público de São Paulo, admitido o ingresso de diversos *amicus curiae*. Alegou o Recorrente a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que define como crime “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, com sujeição às penas de: “I – advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”, submetendo-se às mesmas penalidades “quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”, conforme previsto no parágrafo 1º do referido artigo. No recurso, discute-se se a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal estaria violando o artigo 5º, inciso X, da Constituição da República, que prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, ainda em elaboração, é no sentido de dar provimento ao recurso, considerando, em síntese, que (I) a conduta ora criminalizada, se causasse algum dano, seria meramente ao usuário, e nenhum a terceiros, (II) não está suficientemente demonstrada a lesividade que a conduta representa à a saúde e à segurança públicas para que seja objeto de intervenção penal e (III) a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal afeta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas diversas manifestações.

Tendo em vista que determinadas leis penais, especialmente aquelas que proíbem ou restringem o uso das ditas drogas, tem por finalidade a contenção de riscos, abstratamente considerados, a bens jurídicos fundamentais, quais sejam a saúde e a segurança públicas, por outro lado elas podem figurar uma restrição à liberdade religiosa, como foi para o uso da ayahuasca. Ademais, podem ser também uma restrição à intimidade e a privacidade, direitos suscitados no Recurso Extraordinário em comento, devem ser ponderados os bens jurídicos a serem protegidos em face daqueles que acabam por ser violados, como se verá.

4.4.1 A SAÚDE E A SEGURANÇA PÚBLICAS

Invocado pelo Deputado Paes Lira no Projeto de Decreto Legislativo nº 2.491/10, o direito à saúde seria o cerne da proibição do uso da ayahuasca, que afirma se tratar, assim como o direito à vida, de direitos indisponíveis, sendo o uso deste tipo de substância danoso "não somente ao usuário mas a toda a sociedade, e que gera malefícios à integridade física e mental de seus usuários", alegando, ainda, que não seria uma escolha "de autonomia individual". No mesmo cenário coloca o Ministro Relator do RE 635.659/SP a criminalização da posse de drogas, e seu consequente uso, ora recorrida - como sendo a saúde e a segurança públicas direitos fundamentais a que se poderia recorrer para justificar a restrição à autonomia e liberdade dos indivíduos.

Ainda que não estivesse na balança do julgado ora analisado o direito à liberdade religiosa, outro direito fundamental que se deve ponderar quando colocado em pauta o direito ao consumo religioso da ayahuasca, como é o caso do presente trabalho, Gilmar Mendes considerou que não se justificaria a defesa da saúde e a segurança públicas para limitar a autonomia dos indivíduos. Pondera que:

Quando se discute a utilização do Direito Penal como instrumento de repressão à posse de drogas para consumo pessoal, **questiona-se sobre a existência de bem jurídico digno de proteção nesse campo, tendo em vista tratar-se de conduta que causaria, quando muito, dano apenas ao usuário e não a terceiros.** (STF, 2015, p. 26, grifou-se)

Ou seja, questiona-se se é justificado o tratamento penal dado à determinada conduta que coloca em risco única e somente o indivíduo que decide realizá-la e, ainda, se é que há uma efetiva comprovação desse risco. Conforme se depreende dos estudos multidisciplinares realizados o âmbito da regulamentação do uso da ayahuasca, por exemplo, não foram identificados seus perigos, tampouco danos significativos que o uso dela poderia ocasionar.

No que diz respeito à colisão com a saúde e a segurança pública então, pensando no dano que se poderia provocar à coletividade e aos interesses da comunidade, e não somente ao indivíduo, para que se dê tutela penal ao interesse protegido deve ser exigida a "demonstração do dano potencial associado à conduta objeto de incriminação" (STF, 2015, p. 32). É de se demonstrar, desse modo, em que medida os riscos aos interesses coletivos podem justificar a sua proteção mediante tutela penal e restrição de outros direitos fundamentais.

Avalia o Ministro Gilmar Mendes que "Até agora não se tem afirmado, por exemplo, que o álcool e o tabaco afetam suficientemente a saúde pública a ponto de legitimar a criminalização de sua venda e consumo" (STF, 2015, p. 33), sendo, quanto ao tabaco, a manutenção da ordem pública coletiva garantida com a restrição do seu uso em locais públicos. Levando-se em conta o caso da ayahuasca, como visto, também não há, até o presente momento, evidências de que seu uso afeta suficiente a saúde pública, e isto se dá por dois motivos: primeiro, porque não foi considerado relevante o potencial lesivo da substância para os indivíduos que a consomem separadamente, de acordo com os estudos realizados, e, além disso, pois se trata de uma minoria religiosa, restrita a um número restrito de pessoas, e seja nas organizações religiosas mencionadas como nas alternativas e ainda mesmo nas tribos indígenas que fazem o uso xamânico da substância, não se pode dizer que seu consumo poderia, de plano, gerar um problema significativo de saúde ou de segurança públicas.

Sustenta também o Recorrente, de acordo com o voto relatado, que não é suficiente que a saúde "seja, em abstrato, um bem social fundamental para que

mereça proteção penal", mas que efetivamente "reste demonstrada a concreta afetação do referido bem" (argumentos corroborados pelo Relator no caso dos autos), o que de fato não ocorre no caso da ayahuasca.

É que não basta existir a preocupação e interesse coletivo em preservar e proteger a saúde e a segurança públicas. Para que seja justificada uma restrição com intervenção do direito penal em prol destes valores, deve ser exigido um relevante grau de lesividade individual, "um perigo que encerra a concepção abstrata dos bens jurídicos como merecedores de tutela penal", de acordo com Gilmar Mendes. Além disso, "A simples alusão a gêneros tão amplos, pouco serve, dessa forma, à delimitação daquilo passível de proteção por medidas de natureza penal" (STF, 2015, p. 34). Além disso, deve ser considerado que, tanto no caso do julgamento quanto no caso do consumo da ayahuasca - e neste particularmente - uma possível lesividade individual está acompanhada do consentimento da vítima, que escolhe consumir a substância, direito consubstanciado na sua liberdade religiosa - que, neste ponto de vista, deve poder se manifestar nas suas mais diversas formas, independente do que o Estado consideraria ou não enquadrado no conceito de religião.

Restou superada, assim, a possível afetação aos direitos fundamentais, posto que não foi comprovada a lesividade aos direitos invocados - a saúde e a segurança públicas. Ademais, também merece ser preservado o direito à vida privada, à autonomia e, neste sentido, o livre desenvolvimento da personalidade e a autodeterminação, que é o que se discute no ora analisado Recurso Extraordinário. Portanto, além da liberdade religiosa, também está em voga a defesa a estes direitos no caso da ayahuasca, fragilizando por outro viés a justificativa da sua criminalização, como se verá.

4.4.2 DO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E A AUTODETERMINAÇÃO

Como referido no voto do Ministro Relator do RE 635.659/SP, criminalização da posse de drogas para consumo pessoal afeta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas diversas manifestações, previsto nas declarações de direito de certos países, como a Lei Fundamental alemã, em seu artigo 2º, I, conforme expresso no voto. O mesmo serve para a ayahuasca que, ainda, tem seu

consumo legitimado pela prática religiosa, mas também buscou-se criminaliza-lo por se tratar, igualmente, de "consumo de droga".

De acordo com Schwabe⁷⁵ (2005, apud STF, 2015, p. 35), o direito de personalidade não está limitado a determinados domínios da vida e, assim como a dignidade da pessoa humana, devem ser protegidos os "diferentes modos de desenvolvimento do sujeito, como o direito à autodeterminação, à autopreservação e à auto apresentação". Desse modo, a autodeterminação e o direito de personalidade visam garantir o direito do indivíduo a determinar, por si próprio, sua identidade, a partir da garantia da sua autonomia, como detalhado nas seções anteriores. Conforme ressaltado no voto em elaboração, estão incluídos, ante o exposto, "o direito de se assegurar da própria identidade e a liberdade de não ser onerado de maneira que afete massivamente a formação e a afirmação da identidade" (Schwabe, 2005, pp. 175-176, apud STF, 2015, p. 36).

Este direito geral da personalidade corresponde ao direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem, consagrados na Constituição da República, alegadamente violados no caso em comento, de onde decorrem o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação. Segundo Mendes, a proteção destes está atrelada ao

princípio da liberdade geral, que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional, e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo, tão larga quanto possível, no quadro dos diversos valores constitucionais. É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação. (STF, 2015, p. 36)

Conclui o Ministro que "A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante" (STF, 2015, p. 37). Justamente o ponto que o presente capítulo trata. Afinal, se o consumo da ayahuasca, quando considerada meramente uma droga, uma bebida alucinógena, desconsiderada sua classificação enquanto

⁷⁵ Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, org. Leonardo Martins, coletânea original Jürgen Schwabe, trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. 2005.

bebida enteógena, causa danos somente ao indivíduo que a consome, cabe a intervenção do direito penal?

Com efeito, sua proibição representa uma ofensa à privacidade e à intimidade do usuário, que tem autonomia para decidir se irá colocar em risco a sua própria saúde. Contudo, no caso do RE o Relator faz uma ressalva, aduzindo que não acredita que este seja um direito subjetivo irrestrito, a "se entorpecer irrestritamente", sendo válida a imposição de condições e restrições ao uso de determinadas substâncias. Esta ressalva é semelhante àquela apontada por Feinberg, relatada na seção 4.1, subseção 4.1.1, em que explicitou quando este direito deve ser reavaliado, também aqui afirma-se um cuidado de que a permissão do uso de substâncias psicoativas não tome uma proporção indiscriminada - o que poderia se tornar realmente um problema de saúde e segurança públicas, por exemplo. E este é justamente um ponto que pesa a favor da ayahuasca: a substância por (provavelmente) séculos não foi regulamentada, e até que fosse proibida pela primeira vez, na década de oitenta, não era uma questão relevante para o Estado. Além disso, seu uso tem um peso religioso e mesmo místico muito forte, e, até para aqueles que a utilizam com intenções de autoconhecimento e de cura, usos menos legitimados, ainda está profundamente ligada a um ritual, um culto, e não há registros de que seu uso tenha sido banalizado a ponto de causar danos de considerável monta.

4.5 APONTAMENTOS FINAIS

A isenção para o uso religioso da ayahuasca, apresentada no capítulo anterior, foi a solução adotada no Brasil para preservar, na medida do possível, a liberdade religiosa. Ela ainda tem restrições, e pode-se dizer que esta regulamentação é um ato de paternalismo legal do Estado, que acaba por - além de dizer o que é religião (prática realizada no contexto grupal, por exemplo) - definir o que é seguro para os indivíduos e como eles devem cultivar sua crença para que ela seja permitida, além de como eles devem levar suas vidas e o que representa seu bem-estar. Ocorre que, desta maneira, o usos alternativos da ayahuasca, visando o autoconhecimento e a cura, a título de exemplo, se mantém na zona de penumbra, podendo ter sua liberdade restrita.

O presente capítulo, então, dá conta de que, mesmo que estes últimos não fossem abarcados pela defesa da liberdade religiosa, a sua proibição trataria-se puramente de um ato de "*hard paternalism*". Acontece que a escolha individual de se submeter a um ritual xamânico ou qualquer ritual envolvendo o uso da ayahuasca, ainda que isso potencialmente lhe cause danos, é um ato de total voluntariedade, representativo da sua soberania pessoal, devendo ser garantido em razão da autonomia e das liberdades individuais do sujeito. É que a atuação do Estado na forma do "*hard paternalism*" não condiz com o funcionamento de um estado liberal, diante da violação à autonomia que se concretizaria, ausente comprovação do dano real a terceiros.

Embora as drogas sejam proibidas no Brasil sob o argumento da saúde pública, no caso este argumento é fraco e contestável. Cabalmente demonstrado pelos estudos do grupo multidisciplinar que diante do baixo potencial ofensivo da ayahuasca, que não atenta à saúde pública ou quaisquer outros direitos coletivos e individuais de terceiros, não há um real interesse do Estado em proteger os indivíduos do uso da ayahuasca, mormente porque não há do que protegê-los, num contexto liberal, pois: (I) como referido, não foram demonstrados os danos que seu uso acarreta e (II) em havendo o potencial de causar danos, estes lesariam apenas ao indivíduo causador, portanto decorreriam de um ato voluntário, expressão da soberania pessoal do autor. O único efeito da sua proibição seria, portanto, uma violação à autonomia do praticante.

Em suma, mesmo que seja conferido algum valor à proibição das drogas, ele será pequeno em relação à soberania pessoal. E, por fim, tratando-se de autolesão, um estado liberal não poderá infringir a liberdade religiosa em nome dessa proteção, pois sempre será um ato paternalista.

5. CONCLUSÃO

A luta pelo reconhecimento da legitimidade e da legalidade do consumo da ayahuasca teve início tão logo ela ganhou notoriedade. Prática religiosa milenar, de origem indígena, fora dos padrões europeus cristãos, que tem como elemento central do culto o consumo de substância que produz efeito alucinógeno, e ainda possui traços similares às religiões de matriz africana, dificilmente seria aceita sem ressalvas pela sociedade brasileira. Conhecer minimamente a história do país basta para reconhecer o cerne dos seus preconceitos, e, com todas as características elencadas, a reação social ao consumo da ayahuasca não poderia ser diferente: desqualificação e discriminação da cultura descentralizada.

Contudo, a análise do trabalho permite concluir que, apesar disso, há argumentos suficientes para assegurar a liberdade da sua prática num estado minimamente liberal, como se pretende o Brasil. É certo que a principal crítica (e o motivo da anterior proibição do consumo da substância e atual regulamentação do seu uso) ao fenômeno religioso ayahuasqueiro é o fato do chá da ayahuasca conter uma substância psicoativa. Entretanto, tal fato é um obstáculo contornável por dois possíveis caminhos, como visto nos capítulos três e quatro.

Tratando-se de uso religioso, fenômeno que tem espectro bastante amplo, de textura aberta por definição, a identificação do que ele abrange (o que pode ser considerado religioso) se realiza caso a caso, preferencialmente através da abordagem por analogia ou por semelhanças de família. Superada a qualificação do fenômeno, as práticas que são adotadas para cultivar suas crenças devem ser respeitadas enquanto parte fundamental deste. Elas estão protegidas, portanto, pela liberdade religiosa, fortemente assegurada, da qual decorrem a liberdade de consciência, crença, de organização religiosa e especialmente a liberdade de culto, garantindo o consumo da ayahuasca sem embaraço por parte do estado. Para os cultos e práticas tradicionais, as religiões ayahuasqueiras, a isenção religiosa para o consumo de substância ilícita a partir da defesa da liberdade religiosa parece funcionar, afigurando-se como uma alternativa possível - e é a alternativa adotada no Brasil até então.

Porém, não se pode dizer que todos os usos da ayahuasca foram abrangidos neste solução, dado que, mesmo existindo abordagens que conduzem o reconhecimento da sua legitimidade, ainda são suscetíveis a julgamentos

complexos, que não estão isentos de discriminação. Permanecem na zona de penumbra os novos usos ayahuasqueiros e os usos xamânicos, e também quaisquer usos existentes ou que venham a surgir cujas características não sejam "evidentemente religiosas". Mesmo em relação a estes não deve haver intervenção estatal, que seria um ato de mero "*hard paternalism*", paternalismo legal excessivo, que contradiz com os princípios do estado democrático de direito, não devendo ser levado a cabo em um estado liberal.

Ainda que envolva o consumo de substância alucinógena, classificada como droga, seu uso causaria lesão apenas ao praticante, que voluntariamente se submete a um ritual que envolve o uso da ayahuasca, consciente de seus efeitos, em um ato de plena autonomia e exercício da soberania pessoal que lhe é garantida por direito. Com efeito, a autolesão não é um bem jurídico criminalmente relevante, merecedor de tutela penal, justamente por ser um ato representativo da autonomia do sujeito.

Ademais, ainda que se justificasse a proibição não em razão da autolesão, mas em proteção à saúde pública, tal argumento seria insuficiente. Acontece que não basta haver o interesse estatal em proteger a saúde pública para que se justifique a criminalização de uma conduta, devendo existir um perigo concreto de lesividade, o que não é o caso da ayahuasca, cujos danos sequer foram evidenciados, mesmo após exaustivos estudos multidisciplinares sobre o tema. Neste caso, prevalece a efetivação das liberdades individuais, devendo o Estado permitir que os indivíduos definam por si próprios o que lhes "faz bem" e como levarão suas vidas.

Em síntese, não restam razões plausíveis para penalizar ou impor restrições ao consumo da ayahuasca. Se a isenção para o consumo sacramental da ayahuasca, em defesa da liberdade religiosa, pode provocar injustiças para com algumas das práticas que a tem como elemento central, a liberação do seu uso como garantia das liberdades individuais é medida que se impõe.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Henrique Fernandes. **Disputando Categorizações e normatividades: uma comparação entre os processos de regulamentação da ayahuasca no Brasil e nos EUA**. 29ª Reunião Brasileira de Antropologia, Natal, 2014

ARAÚJO, Felipe Silva. **Os usos lícitos da ayahuasca no contexto internacional de políticas sobre drogas**. Disponível em: <https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/usos_licitos_neip.pdf>, acesso em 07 de out. 2018.

ASSEMBLÉRIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas**. Organização das Nações Unidas, Resolução nº 47/135, 1992. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Preven%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Discrimina%C3%A7%C3%A3o-e-Prote%C3%A7%C3%A3o-das-Minorias/declaracao-sobre-os-direitos-das-pessoas-pertencentes-a-minorias-nacionais-ou-etnicas-religiosas-e-linguisticas.html>>, acesso em 04 nov. de 2018.

BERNARD, G. William. Entheogens in a religious context: The case of the Santo Daime religious tradition. **Zygon**, Dallas, vol. 49, n.º 3, 2014.

BLAINEY, Marc G. **Forbidden Therapies: Santo Daime, Ayahuasca, and the Prohibition of Entheogens in Western Society**. New York: Springer Science+Business Media, 2014.

BRASIL. Constituição (1988), de 05 de out. de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acesso em set. de 2018.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dez. de 1940. **Institui o Código Penal**. Brasília, DF, dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>, acesso em ago. de 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF, jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>, acesso em ago. de 2018.

BRASIL. Portaria nº 02 da Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos, de 13 de mar. de 1985. **Baixa instruções sobre limitação, proibição, fiscalização e controle de obtenção, preparo, transformação, manipulação, destruição, produção, fabricação, depósito, armazenamento, guarda posse, venda ou compra, exposição à venda, troca, transporte, remessa distribuição, importação, exportação, reexportação, prescrição, aplicação, entrega e uso para qualquer fim, de substâncias que determinem dependência física e/ou psíquica, suas fontes e dos medicamentos e demais**

produtos que as contenham. Brasília, DF, mar 1985. Disponível em: <<https://www.bialabate.net/wp-content/uploads/2008/08/Portaria-02-de-marco-de-1985-da-DIMED.pdf.htm>>, acesso em ago. de 2018.

BRASIL. Projeto de Decreto Legislativo nº 2.491 de 2010, **Susta os efeitos da RESOLUÇÃO Nº 1, DE 25 DE JANEIRO DE 2010 que dispõe sobre a observância, pelos órgãos da Administração Pública, das decisões do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas - CONAD sobre normas e procedimentos compatíveis com o uso religioso da Ayahuasca e dos princípios deontológicos que o informa.** Brasília, DF, __. 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=171EC68423B2739F298877DD575FF36A.proposicoesWebExterno1?codteor=756337&file name=Tramitacao-PDC+2491/2010>, acesso em 08 de set de 2018.

BRASIL. Resolução nº 26, de 2002 do Conselho Nacional Antidrogas, de 01 de jan. de 2003. **Define grupo de trabalho objetivando submeter à deliberação do Conselho Nacional Antidrogas - CONAD, normas de controle social referente ao uso do "chá ayahuasca".** Brasília, DF, mar 1985. Disponível em: <http://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-26-2002_98087.html>, acesso em ago. de 2018.

BRASIL. Resolução nº 5, de 2004 do Conselho Nacional Antidrogas, de 08 de nov. de 2004. **Dispõe sobre o uso religioso e sobre a pesquisa da ayahuasca.** Brasília, DF, nov. 2004. Disponível em: <http://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-5-2004_100836.html>, acesso em ago. de 2018.

BRASIL. Resolução nº 01, de 2010 do Conselho Nacional Antidrogas, de 25 de jan. de 2010. **Dispõe sobre a observância, pelos órgãos da Administração Pública, das decisões do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas - CONAD sobre normas e procedimentos compatíveis com o uso religioso da Ayahuasca e dos princípios deontológicos que o informam.** Brasília, DF, jan. 2010. Disponível em: <http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2013/07/30/11_33_03_744_resolucao_n_1_de_25_de_janeiro_de_2012___conad.pdf>, acesso em out. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659/São Paulo.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 20/08/2015. ConJur, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2018.

COSTA, Janaína Alexandra Capistrano da. **Anais Eletrônicos do Congresso Epistemologias do Sul**, volume 1 número 1, 2017.

COSTA, Maria Emília Corrêa da. **Liberdade Religiosa como Direito Fundamental.** Tese (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2005.

FEENEY, Kevin; LABATE, Beatriz Caiuby. O processo de regulamentação da ayahuasca no Brasil e na esfera internacional: desafios e implicações. **Revista Periférica**, Rio de Janeiro: UERJ, v.3, n.2, 2012.

FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of Criminal Law. Volume 3: Harm to Self.** New York: Oxford University Press, 1986.

FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of Criminal Law. Volume 4: Harmless Wrongdoing.** New York: Oxford University Press, 1990.

GLOCK, Hans-Johann. **A Wittgenstein Dictionary.** Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1998.

GOW, P. (1996). River people: Shamanism and history in Western Amazonia. In N. Thomas & C. Humphrey (Eds.). **Shamanism, history, and the state.** Ann Arbor, MI: University of Michigan Press.

GREENAWALT, Kent. **Religion and the Constitution.** Princeton: Princeton University Press, 2006.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LABATE, Beatriz Caiuby; MACRAE, Edward. The light from the forest: The ritual use of ayahuasca in Brazil. **Fieldwork in Religion**, 2(3), 197-414, 2006.

LABATE, Beatriz Caiuby. A reinvenção do uso da ayahuasca nos centros urbanos. Campinas: Mercado de Letras, 2004. (2ª ed.)

LABATE, Beatriz Caiuby. Paradoxes of ayahuasca expansion: The UDV-DEA agreement and the limits of freedom of religion. **Drugs: education, prevention and policy**, Londres, v. 19, n.1, pp. 19-26, 2011.

LOBATO, José Danilo Tavares et al. Harm Principle e seus reflexos no direito penal: Uma leitura a partir de Joel Feinberg. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v., pp. 255-289, 2015.

MIZUMOTO, Suely Akimi. **Dissociação, Religiosidade e Saúde: um estudo no Santo Daime e na Umbanda.** Tese (Mestrado em Psicologia) – Instituto de psicologia da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

NETO, Jayme Weingartner. **A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo.** Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006.

OLIVEIRA, Livia Pires Martins de. **Crianças que bailam na floresta: Avaliação psicológica da crianças participantes da Doutrina do Santo Daime residentes na Vila Céu do Mapiá, Pauini/AM.** Tese (Doutorado em Psicologia) – Instituto de psicologia da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. **Assinada na Conferência**

Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, CR, nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>, acesso em out. 2018.

RAWLS, John. **Political Liberalism.** New York: Columbia University Press, 1996

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social.** São Paulo: Escala Educacional, 2006

SARMATZ, Leandro. **Espiritismo, que religião é essa?** São Paulo: Editora Abril, Superinteressante, 2017. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/historia/espiritismo-que-religiao-e-essa/>>. Acesso em: 26. set. 2018.

STRASSMAN, Rick. **DMT: The spirit molecule: a doctor's revolutionary research into the biology of near-death and mystical experiences.** Rochester: Park Street Press, 2001.

WALZER, Michael. **Da tolerância.** São Paulo: Martins Fontes, 1999 (1ª ed.)

WALZER, Michael. Drawing the Line: Religion and Politics. **Soziale Welt**, vol. 49, no. 3, 1998, pp. 295–307. *JSTOR*, *JSTOR*, Disponível em <www.jstor.org/stable/40878238>, acesso em 18 ago 2018.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2003 (1ª ed.)