

A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA E O JULGAMENTO DO USO DE HUASCA PELO CENTRO ESPÍRITA BENEFICENTE UNIÃO DO VEGETAL (UDV). COLISÃO DE PRINCÍPIOS: LIBERDADE RELIGIOSA V. REPRESSÃO A SUBSTÂNCIAS ALUCINÓGENAS. UM ESTUDO DE CASO

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy¹

Sumário:

- 1) Introdução
 - 2) O Caso Gonzales v. UDV
 - 2.1) Aspectos Materiais
 - 2.2) Aspectos Processuais
 - 3) A Petição do Governo Norte-Americano
 - 4) A Petição da UDV
 - 5) O Acórdão da Suprema Corte
- Referências Bibliográficas

Religious motivation does not change the science.

Excerto da petição do governo norte-americano para a Suprema Corte, no caso Gonzales v. UDV.

1) Introdução

No dia 21 de fevereiro de 2006 a Suprema Corte Norte-Americana julgou *writ of certiorari*² protocolado pelo governo norte-americano em face de decisão do Tribunal de Apelação do 10º Circuito³, em caso rumoroso que suscitou oposição entre liberdade religiosa e repressão a substâncias alucinógenas. O recorrente foi representado por Alberto Gonzales, Procurador-Geral do Governo dos Estados Unidos da América do Norte. O recorrido foi o Centro Espírita Beneficente União do Vegetal, sociedade

¹ Professor doutor pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.

² Trata-se de peça recursal encaminhada a Suprema Corte Norte-Americana com objetivo de se alterar conteúdo decisório de instância inferior. A apreciação é discricionária. Vigem o *rule of four*, a regra dos quatro, isto é, são necessários votos preliminares de quatro juizes para que a matéria seja apreciada pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

³ O Tribunal do 10º Circuito tem sede em Denver, Colorado, e tem jurisdição sobre os estados do Colorado, Kansas, Novo México, Oklahoma, Utah e Wyoming.

religiosa sem fins lucrativos, e que possui sede geral em Brasília. O problema afligiu cerca de 130 adeptos desta sociedade religiosa, que vivem nos Estados Unidos da América do Norte.

A decisão foi prolatada pelo Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*) John G. Roberts, nomeado por indicação do Presidente George W. Bush, e que tomou posse em 29 de setembro de 2005. O acórdão revelou unanimidade, acompanhado assim pelos juízes John Paul Stevens, Antonin Scalia, Anthony Kennedy, David Souter, Clarence Thomas, Ruth Bader Ginsburg e Stephen Breyer. Samuel Anthony Alito Jr., que tomou posse em 31 de janeiro de 2006, não participou da discussão.

O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal (doravante UDV) é entidade religiosa com origens no Brasil, que *tem por objetivo contribuir para o desenvolvimento humano, com o aprimoramento de suas qualidades intelectuais e suas virtudes morais e espirituais, sem distinção de cor, credo ou nacionalidade*. De acordo com informações disponibilizadas no *website* da sociedade, que tem como símbolo da fraternidade humana a luz, a paz e o amor, não se *faz propaganda em busca de adeptos*, embora o grupo participe de *importantes causas coletivas, como saúde e meio-ambiente*⁴. O acórdão que se analisará indica tratar-se de *seita religiosa com origens na Floresta Amazônica*, que pratica comunhão mediante uso de chá sacramental, feito a partir de alucinógeno regulado por lei federal norte-americana.

O governo daquele país pretendia proibir que os adeptos do grupo UDV utilizassem a bebida. Invocou basicamente que ao chá seria produzido a partir de substância rigorosamente proibida pela legislação norte-americana, embora, bem entendido, tenha-se admitido a *sinceridade religiosa* por parte dos adeptos do grupo. O grupo religioso pretendeu obstruir a atuação das autoridades norte-americanas mediante rito processual que se assemelha ao modelo cautelar da legislação processual brasileira.

Como pano de fundo, o *Religious Freedom Restoration Act*, doravante RFRA, de 1993, que veda que o governo norte-americano limite o exercício pessoal de religião, a menos que comprove legítimo interesse na proibição. A UDV obteve provimento cautelar, confirmado por tribunal superior, isto é, pelo Tribunal de Apelação do 10º Circuito. O governo norte-americano levou a questão à Suprema Corte, insistindo que

⁴ Conferir www.udv.org.br.

deveria se aplicar uniformemente uma *lei de repressão ao uso de drogas*, *The Controlled Substances Act*, e que não havia exceção prevista para a invocada *prática religiosa sincera*. A Suprema Corte decidiu que o governo norte-americano não se desincumbiu do ônus da prova (*burden of proof*) que a legislação lhe impõe, no sentido de comprovar interesse relevante em proibir a utilização da substância em questão. Manteve-se a decisão das instâncias inferiores. A UDV ganhou a causa. O estudo do caso é o objeto do presente texto. As traduções que seguem são livres e de inteira responsabilidade do autor.

2) O Caso Gonzalez v. UDV

2.1) Aspectos Materiais

A questão é relevante para a cultura jurídica norte-americana, dado que envolve limites para a liberdade de religião. A teoria social imputa à cultura dos Estados Unidos forte conteúdo religioso, vinculando-se sentimento teológico e progresso material, a partir de concepções weberianas relativas ao calvinismo matizado pela salvação pela predestinação (cf. WEBER, 1992, p. 98). Tem-se historicamente o sentimento religioso como instrumento de atuação política (cf. TOCQUEVILLE, 2000, p. 233). O deslocamento europeu para a América do Norte radica em perseguição religiosa, calcada na miragem da *City upon the Hill*, espírito que fomentou a presença de puritanos na baía de Massachusetts (cf. BOORSTIN, s.d., p. 20). O primeiro grande caso do direito norte-americano refere-se a problema religioso. Trata-se do julgamento de Anne Hutchinson, parteira e curandeira acusada de desenvolver interpretação idiossincrática da doutrina puritana. Julgada entre 1637 e 1638, Anne Hutchinson foi condenada com o banimento e com a excomunhão da igreja de Boston. John Wtinthrop fora o magistrado que condenou a ré (cf. KNAPPMAN, ed., 1994, p. 1). Discussões jurídicas de fundo religioso são recorrentes na história judiciária dos Estados Unidos. Em 1989 julgou-se o pastor Jim Bakker, que apresentava na televisão o programa *PTL-Praise the Lord*, que contava com expressiva audiência, e que foi acusado de iludir seus seguidores. Bakker foi condenado a 45 anos de prisão, bem como a pagar uma multa de cerca de meio milhão de dólares. O vínculo de temas teológicos com direitos fundamentais é também muito comum. Liberdade religiosa é assunto discutido no caso *Lyng v. Northwest Cemetery Protective Association*, de 1987. No norte da Califórnia, nas montanhas Siskiyou, próximo ao

Pacífico, junto à fronteira do Oregon, na Floresta Nacional dos Seis Rios, os índios *yurok*, *karok*, *tolowa* e *hoopa* praticavam cerimônia religiosa de purificação. Dançavam os passos dos *woges*, espíritos que habitavam a terra, antes da vinda dos homens. O serviço florestal norte-americano planejava construir uma estrada para o escoamento de madeira que cortaria a reserva, passando pelos lugares dedicados aos cultos sagrados. 72 caminhões e 90 automóveis passariam diariamente pela estrada. Com base na 1ª emenda, que garante a liberdade de religião, os índios ajuizaram ação na Corte de São Francisco. A construção da estrada constituía, para os índios, algo semelhante a uma via que cortasse o Vaticano, na ótica de religião dominante. A construção da rodovia destruía a solidão, a paz e a privacidade necessárias para que os índios expressassem livremente sua religião. Precedentes havia com adventistas, testemunhas de Jeová e com os *Amish*.

Em 1983 a Corte de São Francisco julgou procedente o pedido da associação indígena. O governo apelou. Enquanto isso, uma lei federal declarou a área reserva florestal, porém garantiu e autorizou a construção da estrada, cumprindo compromisso político assumido para aprovar a norma. Em julho de 1986 a Suprema Corte da Califórnia confirmou a decisão de primeiro grau. Os autos subiram à Suprema Corte em Washington. Em novembro em 1987 a Suprema Corte reverteu as decisões originais, por diferença de apenas 1 voto (5x4). Entendeu-se que o poder executivo não conseguiria operar se tivesse que atender individualmente todos os desejos dos cidadãos. Os índios não estavam sendo coagidos a agir contrariamente a suas crenças, o que seria o objetivo da proteção da 1ª. Emenda. Em outubro de 1990 uma outra lei federal proibiu a construção do que faltava da estrada, sob o fundamento de proteção ambiental, e não de liberdade religiosa (cf. ALDERMAN e KENNEDY, 1992, p.55).

As discussões radicam no entendimento da proteção outorgada pela 1ª emenda à constituição norte-americana. Em 1990, no caso *Empoyment Div. v. Smith*, a Suprema Corte decidiu que a cláusula do livre exercício religioso, como consagrada na 1ª emenda, não proibiria o governo norte-americano de limitar práticas religiosas, por meio de leis de aplicação geral, conforme observado pelo juiz John J. Roberts no acórdão prolatado no caso UDV. No caso *Smith* manteve-se lei do estado do Oregon que negava benefícios de seguro-desemprego para usuários de drogas, inclusive para descendentes de nativos,

que teriam usado o *peiete*. Afastou-se no caso *Smith* uma jurisprudência mais amena, que havia se consolidado em 1963, quando se julgou o caso *Sherbert v. Werner*.

Houve reação por parte do Congresso Norte-Americano que subsequente ao julgamento do caso *Smith* aprovou lei que retomou jurisprudência anterior, isto é, voltando-se a percepção mais ampla de percepção religiosa. Trata-se do já citado RFRA, de 1993. Nos termos desta legislação o governo federal não poderia limitar o livre exercício pessoal de qualquer religião, inclusive por meio do implemento de normas de alcance geral. Desenhou-se então única exceção, por meio da qual a limitação exigiria que o governo comprovasse, de fato e indiscutivelmente, interesse relevante na proibição, com fundamento na proteção de direitos públicos mais abrangentes.

A aplicação do RFRA em relação ao uso de substâncias sacramentais reportava-se a outra regra, relativa ao controle de substâncias entorpecentes, chamada de *The Controlled Substances Act*. A referida norma regula a importação, manufatura, distribuição e posse de substâncias psicotrópicas. Nos termos do acórdão do caso UDV, a lei de substâncias controladas divide-as em cinco tabelas, com base no potencial de dano, em relação a cada um das substâncias listadas. A tabela de número 1 alcança substâncias com maior número de restrições, inclusive mediante a identificação de tipos penais.

A UDV praticava comunhão mediante o uso de um chá sacramental, chamado de *hoasca*. A referida bebida seria produzida a partir de planta da região amazônica, a *psychotria viridis*, cujos efeitos seriam potencializados por outra planta, a *banisteriopsis caapi*. Encontra-se no chá o DMT, *dimethyltriptamina*, substância elencada na tabela número 1 da *lei de substâncias controladas*. Assim, em primeiro lugar, tem-se que o chá *hoasca* conteria DMT, de uso proibido nos Estados Unidos da América.

Em 1999 a alfândega norte-americana interceptou uma partida de *hoasca* cujo destinatário era a UDV. Comprovou-se que antes da apreensão a UDV havia recebido cerca de 14 lotes de *hoasca*. Após a apreensão, e ameaçada pelas autoridades, a UDV buscou o judiciário norte-americano.

2.2) Aspectos Processuais

A UDV propôs ação contra as autoridades norte-americanas, com pedido de liminar. Buscava-se o que o direito processual norte-americano nomina de *declaratory and injunctive relief*. A *injunction* é ordem da Corte que implica em ato específico do

requerido, em decorrência de circunstância de perigo imediato (cf. HAZARD JR. e TARUFFO, 1993, p. 156), de uso recorrente em sociedade altamente litigiosa (cf. CARP e STIDHAM, 2001, p. 17). No pedido original a UDV alegou que a hipótese não era de aplicação da lei de substâncias controladas, cuja utilização no caso contrariava o RFRA. Cautelarmente requereu-se autorização para uso temporário do *hoasca*, até decisão final.

Em audiência o governo norte-americano reconheceu que a aplicação da lei de substâncias controladas seria ônus pesado imposto ao exercício sincero de religião, e que a UDV de fato demonstrava sinceridade no uso da substância encontrada no chá sacramental. Alegou-se, porém, que a aplicação da norma do RFRA não era desrespeitada, porque havia três interesses legítimos comprovados, nomeadamente: 1) proteção da saúde dos membros da UDV, 2) prevenção de eventual uso recreacional do *hoasca*, com conseqüente utilização do DMT, substância proibida e, 3) adesão por parte do governo norte-americano a convenção da ONU, de 1971, relativa à repressão ao uso de substâncias psicotrópicas.

Em 1ª instância reuniu-se extenso conjunto probatório. O governo norte-americano provou que o DMT pode causar reações psicóticas, alterações cardíacas e interações adversas com outras substâncias. Em embate judicial *equipoise* (equilibrado) a UDV provou que o uso do *hoasca* não criava problemas concretos, e que não havia relatos de ocorrências. Ainda, a UDV demonstrou que os 130 membros do grupo não representavam mercado consumidor que justificasse preocupações. Pelo contrário, tratava-se de mercado consumidor mínimo e desprezível. O juiz de instância inicial, com base nas provas, concluiu que o governo norte-americano não havia demonstrado interesse legítimo em limitar as atividades da UDV, mediante a proibição do uso do *hoasca*.

Quanto à convenção da ONU de 1971, decidiu-se originariamente que o documento não se aplicava ao *hoasca*. Deferiu-se liminarmente o pedido da UDV e proibiu-se o governo norte-americano de impedir a importação e consumo do *hoasca* por parte dos requerentes. O governo norte-americano apelou para o Tribunal que em 2ª instância manteve a decisão originária, por seus próprios e intrínsecos fundamentos. Inconformado, o governo protocolou pedido na Suprema Corte, o *writ of certiorari*. No

modelo judicial norte-americano a Suprema Corte detém discricionariedade em relação à escolha dos casos que lhes são encaminhados (cf. REHNQUIST, 2001, p. 224).

Tem-se embate entre *prática religiosa sincera* e *interesse legítimo na limitação de direito de exercício religioso*. O governo ampliou a argumentação e alavancou tese de que pedido cautelar exige demonstração de possibilidade de se receber tutela jurisdicional quanto ao mérito, o que não estaria cabalmente demonstrado pela UDV. As autoridades norte-americanas insistiam que a *lei de substâncias controladas* não abria exceção para o uso do DMT, bem como não suscitaria nenhuma outra exceção. O que se reconheça, nos termos do acórdão, que não se trata de afirmação absolutamente ortodoxa. É que exceção há para o uso do *peiate*, por parte de membros da *Native American Church*. Ainda, em 1994, a exceção fora estendida para todos os membros de tribos reconhecidas, porque as autoridades norte-americanas desenvolveram tese de relação específica com tribos indígenas, refutada pelos advogados da UDV.

O *writ of certiorari* também se baseou no tratado de 1971, pelo qual os Estados Unidos da América teriam se comprometido a reprimir estupefacientes, entre eles o DMT. Tratava-se de obrigação internacional, de feição cogente, que deveria ser cumprida. São estas, entre outras, as argumentações do governo norte-americano, tema do próximo item.

3) A Petição do Governo Norte-Americano

A petição do governo norte-americano (*brief for the petitioners*) protocolada junto à Suprema Corte dos Estados Unidos, em nome do Procurador-Geral, Alberto R. Gonzales, e demais autoridades interessadas no caso⁵, segue a sistemática e a formalidade do processo civil naquele país. Primeiramente, e em destaque, indica-se a questão apresentada, laconicamente:

Se o Religious Freedom Restoration Act de 1993, 42 U.S.C. 2000bb et seq., determina que o governo norte-americano permita a importação, distribuição, posse e uso de substância alucinógena controlada, no caso do Congresso ter determinado que tal substância tenha alto potencial de lesão, bem como uso

⁵ A saber, Karen P. Tandy, do *DEA-Drug Enforcement Administration*, John Snow, Secretário do Tesouro, David Iglesias, Procurador Federal no estado do Novo México, Hugo Martinez, representante da Agência da Imigração no Estado do Novo México.

*inseguro mesmo com acompanhamento médico, e se a importação e a distribuição da referida substância viola tratado internacional*⁶.

Os advogados do governo norte-americano centram a questão no RFRA, vinculando todo o caso em norma legal superveniente que capitula o *hoasca* como substância proibida, e portanto fora do alcance de proteção de regras de liberdade religiosa. Um índice (*table of contents*) dá conta dos passos da petição, indicando também as autoridades e antecedentes que instruem a pretensão dos requerentes.

O texto explicita que o julgamento do Tribunal de Apelação dera-se em 12 de novembro de 2004, que o requerimento para oitiva da Suprema Corte (*writ of certiorari*) fora protocolado em 10 de fevereiro de 2005 e que em 18 de abril do mesmo ano aquele Sodalício concordou em apreciar a questão.

Os requerentes começam invocando a *lei de substâncias controladas* (*The Controlled Substances Act*) que penaliza a posse, manufatura ou distribuição de quaisquer substâncias que a norma elenca, com as exceções previstas na própria regra. Indicam-se as tabelas que descrevem as várias substâncias, com especial foco na tabela número 1, na qual se identificam substâncias com maior poder de dano (*high potential for abuse*). Com base na premissa indica-se a falta de segurança que marca o uso de tais alucinógenos. Entre as substâncias que a tabela número 1 alcança há o DMT, encontrado no *hoasca*, o chá sacramental servido nas cerimônias da UDV.

Em seguida, os requerentes dão os contornos do tratado assinado pelos Estados Unidos da América junto à Organização das Nações Unidas em 1971, relativo à repressão de substâncias entorpecentes. Afirmaram que *a convenção é pedra de toque em esforço internacional para se combater o uso de drogas e o tráfico internacional de entorpecentes*. Nos termos da petição a Convenção da ONU também dividiria as várias substâncias em tabelas, encontram-se o DMT (encontrado no *hoasca*) no grupo 1, no qual se listam as drogas de maior potencial ofensivo. Faz-se menção ao fato de que os Estados Unidos fizeram apenas uma reserva à convenção, relativa ao uso do *peiete*, por parte de nativos norte-americanos, que usam a erva desde tempos imemoriais, substancialmente em cerimônias religiosas.

⁶ *Brief for Petitioners*, p. 1, tradução livre do autor.

Os requerentes então dão as linhas gerais do RFRA, também no que toca à necessidade das autoridades comprovarem efetivo interesse em limitar práticas religiosas, a exemplo do que se passava no caso UDV. Informou-se que a UDV, o Centro Espírita Beneficente União do Vegetal, seria organização religiosa fundada no Brasil em 1961, e que chegou aos Estados Unidos da América em 1993. Por pelo menos 34 vezes ao ano os membros da UDV realizariam cerimônias nas quais se ingeria o *hoasca*, chá que conteria DMT, substância proibida pela lei norte-americana de substâncias controladas, bem como pela convenção que os Estados Unidos assinaram junto à Organização das Nações Unidas em 1971.

Historiou-se a apreensão da partida de *hoasca* para a UDV, bem como deu-se novamente notícia a propósito dos remédios judiciais propostos pela entidade religiosa de origem brasileira. Noticiou-se que em primeira manifestação o juízo *a quo* não aceitara tese de que o *hoasca* não estaria explicitamente indicado na tabela número 1, publicada em anexo à lei de substâncias controladas. Também esta primeira manifestação havia desvinculado a possibilidade do uso do *hoasca* como decorrência direta da liberdade religiosa inserida na 1ª emenda à constituição norte-americana.

Porém, confeccionou-se liminar, com base em premissa que dava conta de que o governo não conseguiu se desempenhar do ônus de comprovar que detinha interesse relevante em intervir na liberdade religiosa dos requeridos. De tal modo, os requerentes queixaram-se da liminar, que proibia as autoridades norte-americanas de processar criminalmente os requeridos, pelo transporte e posse da substância controlada. Também se proibiu o governo norte-americano de restringir as quantidades de *hoasca* importadas. Os requerentes exploraram contradições nos votos dos juízes que apreciaram a causa no Tribunal de Apelação.

A linha de argumentos então se desloca novamente para a lei *de substâncias controladas*, que guardaria congruência e coerência com o RFRA. Isto é, na percepção dos requerentes, com base em fortíssimo conteúdo de precedentes que qualifica copiosa jurisprudência, há balanço em favor da pretensão do governo norte-americano, no conflito que se desenhou entre o exercício de religião e interesses governamentais da mais alta importância.

Excerto substancial também insiste em aspecto processual, com base em grande número de precedentes, que sustenta que os requeridos precisam demonstrar em cautelar a probabilidade que se desenhava em seu favor, no sentido de que teriam sucesso na argumentação central, lastreada no mérito da questão. Passo de densidade científica explora os perigos que envolvem o uso do DMT, substância encontrada no *hoasca*. Os requerentes apresentaram complexo estudo de arqueologia jurídica, informando os porquês que justificaram a inclusão do DMT na tabela 1 na *lei de substâncias controladas*, por parte da Câmara dos Deputados, nos Estados Unidos.

Há esforço argumentativo no sentido de se firmar a tese de que a prevenção dos problemas oriundos do uso do DMT é interesse legítimo que oxigena a atuação das autoridades norte-americanas. De tal modo, a inclusão do DMT (e conseqüentemente do *hoasca*) na tabela número 1 da lei de substâncias controladas não seria antinômico com a o RFRA, porque relevante interesse justificaria a limitação da liberdade religiosa, como previsto pela norma de regência. Para os advogados do governo norte-americano a proibição tinha fundamento científico, de modo que *motivações religiosas não alteram a ciência*. No entender dos requerentes a lei deveria ser aplicada a partir de regras, e não de exceções. Citou-se caso dos *Amish*, e de um agricultor que postulou isenção de recolhimento de valores de previdência social, com base em excepcionalismo religioso, tese que foi refutada pela Suprema Corte norte-americana.

Prevendo que os requeridos iriam invocar o uso do *peíote*, por parte das tribos norte-americanas, os advogados dos requerentes fixaram que tal liberalidade decorria de fato distinto, relativo a obrigações históricas, assumidas pelo colonizador, na luta travada pela posse do território norte-americano. De fato, há imunidade de soberania em relação às tribos indígenas (cf. CANBY, JR., 1998, p. 87). Para os requeridos, a situação dos nativos qualifica opção do legislador, que deve respeitar a normatividade das tribos, em passo que invoca concepção de pluralismo jurídico, em seu sentido antropológico.

O princípio da razoabilidade⁷ é invocado pelos requerentes, no sentido de que a lei de substâncias controladas deve ser oposta à norma de liberdade religiosa, por conta dos perigos que o uso do DMT poderia trazer. Trata-se da adoção de princípio que revela política, tema afeto à reflexão constitucional norte-americana (cf. DWORKIN, 1999, p. 81 e ss.). Os perigos do uso do *hoasca* são novamente indicados, especialmente no que toca ao desenvolvimento de sentimentos psicóticos. Haveria ainda a possibilidade da utilização do *hoasca* para finalidades desvinculadas de práticas religiosas, certo uso de natureza recreacional, que deveria ser obstaculizado, no entendimento dos requerentes.

O governo dos Estados Unidos juntou documentação das autoridades brasileiras, relativas ao enquadramento legal do *hoasca* no Brasil. Nos termos de informação por Ronaldo Urbano, da Polícia Federal brasileira, substâncias que contém DMT são proibidas no Brasil. Traduziram-se excertos da Lei nº 6368, de 28 de outubro de 1976. Ainda juntou-se comunicação entre representante da embaixada norte-americana no Brasil (Mark Hoffman) e a já mencionada autoridade da Polícia Federal. Com base no art. 12 da Lei nº 6368, de 1976, bem como com fundamento em regulamentação da ANVISA, informou-se que o comércio e a exportação de DMT são proibidos no Brasil. Quanto ao *hoasca* não haveria previsão legal específica para proibição de comércio, de consumo e de exportação, dado que as substâncias devem ser analisadas casuisticamente. Quanto ao consumo por parte de grupos religiosos, não há previsão legal para proibição do *hoasca*, que não também é geralmente exportado, porque não há vinculação entre o DMT e o *hoasca* por parte da legislação brasileira.

Os requeridos concluíram que as decisões de primeira instância deveriam ser reformadas.

4) A petição da UDV

Protocolada por escritório de advocacia com sede em Albuquerque, no estado do Novo México, a petição da UDV apresenta como questão

⁷ O princípio da razoabilidade é explorado no direito brasileiro por Luís Roberto Barroso, em *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 218 e ss. É também de uso recorrente no Supremo Tribunal Federal, a exemplo do conteúdo dos julgados das ADINs 1407-2/DF, 1564-8/RJ, 1805-2/DF, 2317-9/DF, 2422-1/DF, 2551-1/MG, 2667-4/DF, 3124-4/MG, 3299-2/DF, 3395-6/DF, 3540 MC/DF, bem no HC 80.949/RJ e no HC 82.354/PR. Colisão de direitos, que é tema que está no centro do caso que se estuda, é objeto das considerações de Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 95 e ss.

Se uma corte distrital abusou de seu poder discricionário ao outorgar liminar com base no RFRA, Religious Freedom Restoration Act de 1993 (...) ao entender que os requerentes não lograram demonstrar interesse legítimo ao implementar a lei de substâncias controladas em face do uso de hoasca, por parte dos requeridos.

Percebe-se inicialmente aspectos de estratégia judicial relevantes para a compreensão do problema, em seus aspectos processuais. Isto é, o governo norte-americano questiona se o RFRA limita a atuação das autoridades governamentais, em relação ao combate do comércio de substâncias que contém DMT, discriminado em lista de lei federal, e sujeito a apreensão e superveniente medida criminal. Os requeridos centram a questão na discricionariedade do juízo *a quo*, que entendeu que os requerentes não adimpliram condição essencial para efeitos de afastamento de norma que autoriza liberdade religiosa. Rigoroso índice antecede a petição (*brief for respondents*), também condimentada por exuberante jurisprudência, em favor da liberdade de religião, sem os obstáculos previstos na *lei de controle de substâncias*.

Inicia-se afirmando que o Centro Espírita Beneficente da União do Vegetal (UDV) trata-se de religião de feição cristã originária do Brasil, estabelecida e bem estruturada. Afirma-se que o uso do chá sacramental, o *hoasca*, é central em cerimônias de comunhão. Lembra-se que o uso do *hoasca* em ocasiões não religiosas é ato que qualifica sacrilégio. Ainda em âmbito teológico informou-se que o uso do *hoasca* nas cerimônias da UDV tem valor sacramental. Lembra-se que o número de adeptos nos Estados Unidos é de pequena expressão, que não passam de 130 pessoas, e que isto se dá porque a UDV não procura alcançar prosélitos.

Indicou-se que em 17 anos de existência da UDV o uso do *hoasca* nas cerimônias do grupo não teria causado nenhum problema de saúde, bem como não havia notícias de uso indiscriminado da substância, por parte dos membros da sociedade religiosa. Há notícias de pesquisa interdisciplinar que teria concluído que o uso do *hoasca* no contexto ritual da UDV matizara elemento catalisador na evolução psicológica e moral dos membros da sociedade, resultando em mudanças positivas nas vidas dos adeptos do grupo.

Todos os passos do processo em primeira instância foram lembrados, em pormenor, especialmente no que toca ao conjunto de provas levadas a juízo. Estatísticas

referentes ao uso do *hoasca*, no sentir dos requeridos, comprovaria a imprestabilidade em proibir o uso da substância, em âmbito de ritual sacramental, bem entendido. Os requeridos apontaram o desacerto das afirmações dos requerentes, em relação aos supostos riscos que o uso do *hoasca* poderia representar à saúde dos membros da UDV. Todos os itens relativos a problemas de saúde, a exemplo de questões cardíacas, foram impugnados pelos requeridos, desmistificando assertiva dos requerentes, que acenaram com relação preocupante entre o uso do *hoasca* e as possibilidades de suicídio. Questionou-se também a impropriedade e a inadequação da afirmação dos requerentes, que apontaram para perigos de interação entre o *hoasca* e outras substâncias, dado que comprovadamente tal risco seria insignificante. As argumentações do governo norte-americano seriam alarmistas, e não havia comprovação de tráfico internacional da substância questionada. Em resumo, cotejado com os números do comércio de drogas nos Estados Unidos, o *hoasca* seria absolutamente insignificante.

Apegou-se na admissão, por parte do governo norte-americano, de que o uso do *hoasca*, por parte dos membros da UDV, identificaria prática religiosa marcada pela sinceridade. Quanto à convenção da Organização das Nações Unidas, os requeridos juntaram documentação dando conta de que o *hoasca* não se enquadraria entre as substâncias perseguidas pelo pacto como, aliás, havia se reconhecido em primeira instância, em desfavor da tese do governo norte-americano. De tal modo, argumentou-se que as instâncias originárias teriam aplicado corretamente o RFRA, dado que o governo norte-americano não havia conseguido comprovar legítimo interesse na limitação da liberdade de religião, ameaçada com a vedação de utilização de substância de importância sacramental, a exemplo do *peio*, de uso entre os nativos norte-americanos.

No entender dos requeridos, sufragado pelas cortes inferiores, havia por parte do governo norte-americano inadequado tratamento ao RFRA, instrumento legal que protegia a liberdade de prática religiosa. Ao que consta, as autoridades norte-americanas aplicavam erroneamente a lei de substâncias controladas, em desfavor de norma fundamental de proteção a liberdade de religião. E porque o uso do *hoasca* não ameaçaria a saúde dos membros da UDV não havia razão para se invocar motivos de segurança e de saúde públicas. Ainda, comprovadamente, não havia indicações que comprovassem desvio da substância para uso ilícito, fora do contexto religioso. À Suprema Corte

também se vedaria apreciação de matéria fática, já apreciada em primeira instância, em favor dos requeridos.

Excerto de robusto valor argumentativo insiste na inaplicabilidade da convenção de 1971 ao uso do *hoasca*, porque não há menção a bebidas decorrentes de infusão, a exemplo do chá sacramental cuja licitude se discutia. Aspectos ligados ao preparo da bebida são especificados, e com base em comentários oficiais da convenção, por parte de autoridades norte-americanas e europeias (especialmente da Holanda) procurou se demonstrar que não há indicação direta aplicável à proibição do *hoasca*. Avançou-se para tema de análise jurídica e invocou-se que no direito norte-americano as regras da convenção de 1971 devem ser interpretadas também *a partir* da RFRA, que fundamenta os cânones da liberdade religiosa.

Suposta aplicação uniforme do conteúdo normativo da lei de substâncias controladas não seria justificação de interesse relevante, como exigido pelo RFRA. E porque as cortes de primeira instância teriam adequadamente aplicado a legislação, requereu-se que a Suprema Corte mantivesse as decisões contestadas, retornando-se os expedientes para os juízos de origem, para julgamento do mérito.

5) O Acórdão da Suprema Corte

Redigido pelo Juiz Presidente daquela casa, John G. Roberts, o acórdão historia os fatos, com estações nas decisões hostilizadas, e com especial atenção em aspectos substanciais, que evidenciam colisão de princípios. Os fatos anunciam oposição entre percepção de liberdade religiosa e valor contemporâneo superlativo, referente ao combate ao tráfico de entorpecentes. Tenha-se também presente na reflexão que a criminologia que hoje triunfa nos Estados Unidos, aliada ao ideário do Partido Republicano, propõe luta sem trégua ao uso de drogas, consubstanciada no movimento *Law and Order*.

Por força de delineamento lógico, a decisão do juiz Roberts apreciou todos os argumentos dos requerentes. Primeiramente, evidencia-se que o governo norte-americano não teria conseguido livrar-se do ônus imposto pela legislação de liberdade religiosa, no sentido de comprovar interesse legítimo na limitação do alcance do RFRA. Analisou-se em seguida a *lei de substâncias controladas* e com base em autoridade jurisprudencial e estatutária entendeu-se que exceções há ao disciplinado na tabela número 1. Entre elas,

cita-se textualmente a não vedação do uso do *peio*, por parte das tribos indígenas. E assim desmontou-se o argumento dos requerentes, no sentido de que a lei de substâncias controladas exigiria aplicação uniforme.

Apreciou-se o vínculo do *hoasca* com a convenção da ONU, de 1971, apontando-se que mesmo que a substância fosse explicitamente alcançada pelo pacto não daria ao governo norte-americano interesse concreto no banimento do chá sacramental, usado em cerimônias religiosas. Manteve-se o conteúdo das decisões originárias. O procedimento apenas retornaria para os juízes de origem, para julgamento do mérito. Concluiu-se que os juízes das instâncias originais não erraram ao determinar que o governo norte-americano não havia logrado demonstrar que detinha interesse legítimo em obstaculizar o uso sacramental do *hoasca* por parte dos membros da UDV.

O debate se desdobrou em torno de questão de fundo processual, dado que provimentos cautelares foram desafiados na Suprema Corte. O conteúdo da decisão não pode ser tomado como absolutamente definitivo, embora anuncie com firmeza posição jurisprudencial a ser seguida. Tem-se conflito entre liberdade religiosa e combate ao comércio de substâncias classificadas como de alto poder ofensivo. Ainda, e paralelamente, cogitou-se de aplicação de tratado internacional, em cotejo com lei interna, de proteção a direito fundamental de exercício religioso, com o calibre exegético de luta contra a proliferação de substâncias entorpecentes.

Porém, sugiro outro aspecto hermenêutico de importância que transcende ao contexto no qual o debate se colocou. Afirmo que a decisão da Suprema Corte atende tendência jurisprudencial do direito norte-americano, que prestigia direitos individuais, em seu sentido superlativo, o que *pode* denunciar adesão a concepção neoliberal que caracteriza a proteção pretoriana dos magistrados indicados pelo Partido Republicano.

Neste sentido o insumo conceitual de constitucionalistas norte-americanos. Cass Sunstein vem premonindo *minimalismo* judicial (SUNSTEIN, 2001) que marcaria composição da Suprema Corte que justifica título de livro instigante, *Radicals de Toga* (SUNSTEIN, 2005). Os magistrados da Suprema Corte dos Estados Unidos, na tese de Sunstein, buscariam uma *Constituição no Exílio*, epíteto dado ao contexto normativo norte-americano a partir do triunfo do Partido Democrático ao longo da experiência do *New Deal*, que marcou as gestões de Franklyn Delano Roosevelt. A volta ao liberalismo

que antecede o ativismo judicial que marcou posição durante Cortes Constitucionais comprometidas com ideário de maior apelo popular seria a característica do direito constitucional norte-americano que resulta do ideário Bush.

Também é este o entorno conceitual das análises de Mark Tushnet, que em *Uma Corte Dividida* (TUSHNET, 2005) aponta para tendências jurisprudenciais de feição conservador, que marcam a orientação de juízes comprometidos com a agenda republicana, a exemplo de Clarence Thomas e de Antonin Scalia.

De tal modo, avaliar-se a questão da colisão entre liberdade de religião e combate ao tráfico de entorpecentes pode ser atitude conceitual prenhe de ingenuidade, especialmente se balizada em conteúdo analítico, a propósito de mecanismos orientadores de opção hermenêutica, na existência de antinomia principiológica, tão ao gosto do constitucionalismo conceitualista brasileiro.

A propósito do Brasil, emerge leitura de direito comparado, em desfavor da tese do governo norte-americano. Refiro-me à Apelação Criminal nº 3037, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, apreciada pela 1ª Turma, relatada pelo Desembargador Federal Carreira Alvim, julgada em 1º de junho de 2004, relativa a restituição de material apreendido, consistente no *Chá Santo Daime*. Decidiu-se pela conduta atípica, por causa de decisão do Conselho Nacional de Entorpecentes para o qual (...) *as substâncias que integram o “Chá Santo Daime” devem permanecer excluídas da lista da DIMED ou do órgão que tenha responsabilidade de cumprir o que determina o art. 36, da Lei nº 6368, de 1976*. Reformou-se decisão de 1º grau no sentido de se determinar a restituição de material apreendido aos apelantes, no caso o chá que também suscitou discussão nos Estados Unidos. O acórdão foi publicado em 14 de junho de 2004.

O aludido acórdão, como informado, baseou-se em deliberação do Conselho Federal de Entorpecentes, que na 5ª Reunião Ordinária de 2 de junho de 1992 definiu *verbatim* que (...) *a ayahuasca, cujos principais nomes brasileiros são “Santo Daime” e “Vegetal”, e as espécies vegetais que a integram, a “Banisteriopsis Caapi”, vulgarmente chamada cipó, jagube ou mariri, e a “Psychotria Caapi”, conhecida como folha, rainha ou chacrona, devem permanecer excluídos das listas da DIMED (...)*. Não obstante, reportou-se também à Resolução RDC nº 25, de 15 de fevereiro de 2001, da ANVISA,

Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que considera como psicotrópica o DMT (dimetiltriptamina).

Assim, embora o DMT seja considerado psicotrópico pela ANVISA, a Resolução do Conselho Federal de Entorpecentes excluiu o *hoasca* da lista da DIMED, isto é, retirou do chá sacramental a natureza normativa de substância entorpecente. De tal modo, dado que o problema evidencia norma penal em branco, e dado que a regra colmatadora da definição exigida deixou de alcançar o *hoasca* como substância entorpecente, não há como se aplicar aos fatos a lei nº 6368, de 1976, como adequadamente informaram as autoridades brasileiras, no caso de que aqui se cuida e que se desdobrou nos Estados Unidos. O problema aponta também a tema de reserva legal absoluta. Não há previsão normativa no direito brasileiro que proíba, ao que consta, a exportação do *hoasca*.

A legislação norte-americana apresenta a mesma antinomia evidenciada pela legislação brasileira. Inclui-se o DMT como substância controlada e proibida ao consumo, excluindo-se, no entanto, o *hoasca*.

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, em favor do Centro Espírita Beneficente União do Vegetal, e em desfavor das autoridades norte-americanas que combatem o comércio de substâncias entorpecentes, indica provavelmente opção individualista que pode até se opor a relevante opção nacional, em perene litígio com a questão de substâncias entorpecentes, que é marco do ideário conservador que presentemente galvaniza o pensamento norte-americano.

Referências Bibliográficas

- ALDERMAN, Ellen e KENNEDY, Caroline. *In Our Defense*. New York: Avon Books, 1990.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- BOORSTIN, Daniel J. *The Americans: The Colonial Experience*. New York: Vintage Books, s.d.
- CAMBY JR., William. *American Indian Law*. St. Paul: West Group, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004.
- HAZARD JR., Geoffrey e TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure, an Introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.
- KNAPPMAN, Edward W. (ed.). *Great American Trials*. Detroit: Visible Ink, 1994.
- MEADOR, Daniel John. *American Courts*. St. Paul: West Group, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002.
- SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes*. New York: Basic Books, 2005.

SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

TUSHNET, Mark. *A Court Divided*. New York: Norton, 2005.

WEBER, Max. *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*. London: Routledge, 1997.

Texto originalmente publicado em: *Revista Jurídica*, Brasília, volume 8, n. 79, junho/julho de 2006.