

Recensão da obra “El estatuto legal de la Ayahuasca en España: la relevancia penal de los comportamientos relacionados con su consumo y posesión”, de Antonio Martín Pardo e Juan Muñoz Sánchez (2019)

Rafael Ferreira Vianna¹

Resumo

O presente texto consiste em uma breve recensão da obra *El estatuto legal de la Ayahuasca en España: la relevancia penal de los comportamientos relacionados con su consumo y posesión*. A abordagem adotada possibilita uma visão geral da obra, sem, contudo, revisitar pormenorizadamente fatos históricos, sociológicos e culturais relativos ao consumo da *ayahuasca*. Privilegiou-se, no presente trabalho, uma exposição crítica dos posicionamentos jurídico-penais adotados pelos autores sobre o estatuto da *ayahuasca* em Espanha, nomeadamente no seu contexto religioso-ritual.

Palavras-chave

Ayahuasca – Espanha – Direito Penal – Drogas – Liberdade Religiosa

Abstract

The present text consists in a brief review on book El estatuto legal de la Ayahuasca en España: la relevancia penal de los comportamientos relacionados con su consumo y posesión. It was given a critical approach in order to identify the accuracy of positions about the relation between criminal law and ayahuasca.

Keywords

Ayahuasca – Spain – Criminal Law – Drugs – Religious Freedom

¹ Doutor em Direito. Pesquisador do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Delegado de Polícia Civil do Estado do Paraná/Brasil. Contato: www.delegadorafaelvianna.blogspot.com

Introdução

A obra *El estatuto legal de la Ayahuasca en España: la relevancia penal de los comportamientos relacionados con su consumo y posesión*² surge a partir de uma pesquisa de pós-doutorado realizada em 2016, por Antonio Martín Pardo, na Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg, Suíça, e tem como finalidade ser um informe jurídico sobre o estatuto legal da *ayahuasca* em Espanha. Para esse intento, contou com a parceria entre o *International Center for Ethnobotanical Education, Research and Service* (ICEERS) e a seção de Málaga do Instituto Andaluz Interuniversitário de Criminologia.

Sem dedicar maior espaço a questões bioquímicas ou a fatos históricos e culturais sobre o consumo da *ayahuasca*, temas tratados nos primeiros três capítulos da obra, a presente recensão analisará como se dá, atualmente, o consumo da bebida psicoativa em Espanha, tema abordado no capítulo 4, e fará uma análise crítica dos posicionamentos jurídicos adotados pelos autores na segunda parte da obra, quando, após um estudo de direito comparado, tentam definir se a produção, transporte e consumo da *ayahuasca* estão submetidos ao controle jurídico-penal de drogas.

I. O uso da *ayahuasca* em Espanha

Após fazer uma breve explanação sobre a composição da *ayahuasca*, seus efeitos e seus usos tradicionais, nomeadamente o ancestral indígena/xamânico e o curandeirismo mestiço/vegetalismo (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 23 e ss), os autores apresentam como ocorreu a introdução da bebida em Espanha e sua utilização atual.

Segundo os autores (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 47), a introdução da *ayahuasca* no país se deu por duas vias: o neoxamanismo urbano e as religiões *ayahuasqueiras* brasileiras.

Em que pese a *ayahuasca* não ter um consumo tradicional e não ser conhecida popularmente em Espanha (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 10), sua utilização em sessões de psicoterapia e de cura física e espiritual se tornou relativamente comum em determinados círculos no final do século XX e início do século atual (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 48).

Com base em uma tese de doutorado ainda inédita (*La vida como proceso de sanación. Prácticas chamánicas del Alto Amazonas en torno de la ayahuasca en España*), de 2015, da Faculdade de Ciências Políticas e Sociologia da Universidade Complutense de Madri, de autoria de López Pavillard, os autores indicam que, no ano de 2010, aproximadamente 10 mil

² MARTÍN PARDO, Antonio; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. *El estatuto legal de la Ayahuasca em España: la relevancia penal de los comportamientos relacionados con su consumo y posesión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

peessoas consumiram *ayahuasca* em Espanha e ocorreram 317 sessões de utilização da bebida. No ano de 2011, estimava-se que existiam entre 60 e 70 líderes *ayahuasqueiros* dirigindo cerimônias regulares no país (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 48).

Quanto às religiões *ayahuasqueiras* brasileiras, há duas denominações principais e regularmente inscritas no Registro de Entidades Religiosas do Ministério da Justiça espanhol: Santo Daime, desde 2003; e União do Vegetal, desde 2008. A Igreja do Santo Daime tem, inclusive, seus estatutos aprovados e registrados, desde 2013, no Ministério da Justiça (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 143).

II. *Ayahuasca* dentro do sistema internacional de fiscalização de drogas

No início da segunda parte da obra (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 69 e ss), os autores analisam o contexto histórico da elaboração dos 03 principais tratados internacionais sobre drogas da Organizações das Nações Unidas-ONU (a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961 e seu Protocolo de Alteração de 1972; o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971; e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988), concluindo que, apesar de o forte caráter proibicionista e do estímulo à repressão penal para utilizações não terapêuticas ou científicas dessas substâncias, existe nas Convenções a reserva quanto aos usos tradicionais e mágico-religiosos de plantas que podem ser matéria-prima para produção de substâncias psicoativas.

Interpretam os autores, no mesmo sentido dos Informes de 2010 e de 2012 da Junta Internacional de Fiscalização de Estupefacientes (JIFE) ou *International Narcotics Control Board* (INCB), que a *ayahuasca* não está incluída nas proibições e nas listas de psicotrópicos das Convenções Internacionais, pois não se pode supor que a inclusão na lista do princípio ativo de uma substância importe na inclusão da própria substância, quando ela é claramente distinta (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 78).

Assim, dentro do sistema internacional de fiscalização de drogas, a *ayahuasca* não pode ser considerada uma droga ilícita e não está sob fiscalização internacional, ainda que o preparado vegetal tenha como princípio ativo uma substância considerada ilícita quando isolada, no caso a DMT (dimetiltriptamina).

Em que pese a conclusão ser acertada, quanto à *ayahuasca* não merecer controle penal no âmbito internacional, os fundamentos parecem não ser os melhores, pois o preparado mantém propriedades psicoativas que são, pretensamente, os efeitos danosos à saúde (pública e individual) que as Convenções sobre drogas buscam limitar, controlar e combater penalmente. Exigir que os nomes específicos da bebida ou das plantas estejam incluídos na lista de

substâncias proibidas, quando o preparado tem como princípio ativo uma substância ali prevista e é consumido justamente em virtude de seus efeitos psicoativos, parece desconsiderar uma interpretação mais sistêmica e teleológica da própria legislação internacional (ainda que ilegítima ou desnecessária, campo que exige outra reflexão e fundamentação).

Os autores visualizam tal problema e a fragilidade da argumentação quando, na seção posterior do livro (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 81 e ss), apresentam a *ayahuasca* como uma possível “nova substância psicoativa”, conforme classificação do Informe Específico do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes de 2013 (Informe SMART 2013 da UNODC, na sigla em inglês). Essas “novas substâncias” podem ser em sua forma pura/isolada ou preparados e nelas estão incluídos preparados vegetais, substâncias sintéticas e até substâncias com usos médicos estabelecidos.

III. Modelos de regulação da *ayahuasca* no direito comparado

Tendo em vista que as medidas internacionais não são propriamente executivas, o capítulo subsequente analisa as medidas internas tomadas pelos Estados nacionais a partir das recomendações internacionais. No caso específico da *ayahuasca*, sua inclusão como “nova substância psicoativa”, em que pese não estabelecer um regime jurídico determinado no campo internacional, faz com que ela passe a figurar em uma zona de suspeita e de vigilância inespecífica (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 88), fazendo com que o direito interno de cada país adote medidas particulares sobre o tema.

Assim, os autores sistematizam a forma de tratamento da *ayahuasca* pelo mundo em 03 tendências distintas, sendo elas: i) sem posição institucional definida, mas com algumas decisões permissivas de tribunais; ii) proibicionista; e iii) permissiva com regulação de parte de seus usos (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 89).

A maioria dos países pode ser enquadrada na primeira categoria, pois não há um uso histórico-cultural da bebida, ela não é conhecida popularmente e não há qualquer regulação ou reconhecimento legal expresso. Por outro lado, nesses países, como o Chile, exemplo analisado pelos autores (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 90 e ss), há uma lei penal de drogas que se aplica, em uma primeira análise, à *ayahuasca*, enquadrando-a como droga ilícita por ter como princípio ativo a DMT.

Contudo, nesses países, como não existe uma previsão expressa à *ayahuasca* ou aos componentes vegetais utilizados em sua preparação no complemento da lei penal em branco de tráfico ou uso de drogas, e como não existe um mal social maior no consumo de referida bebida, a qual é utilizada em contextos bem definidos de caráter religioso, cultural ou de meditação e

cura espiritual, os tribunais tendem a decidir que a *ayahuasca* não pode ser identificada com a DMT e, assim, não pode ser considerada um estupefaciente ou psicotrópico, devendo ser afastada a lei antidrogas e seus delitos dos casos que julgam.

As consequências dessas decisões, geralmente, são de duas ordens: ou se busca uma regulamentação sanitária para controlar os contextos que seu uso será permitido, aceito ou tolerado; ou se busca incluir expressamente nas normativas de controle de estupefacientes a *ayahuasca* e seus compostos vegetais, para não restar dúvidas de sua proibição e enquadramento no objeto material do delito de tráfico de drogas.

Foi este o caminho adotado pela França, exemplo utilizado pelos autores para a tendência proibicionista de tratamento da *ayahuasca* (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 95 e ss), pois após uma decisão judicial em grau de apelação, em 2005, que absolveu integrantes da Igreja do Santo Daime por ausência de previsão manifesta da *ayahuasca* como sustância estupefaciente em França e pela impossibilidade de comparar uma bebida com a DMT sintética ou isolada, o Ministro da Saúde francês, a partir de proposta enviada pelo Diretor-Geral da Agência Nacional de Segurança dos Medicamentos e dos Produtos Sanitários, incluiu expressamente, ainda no ano de 2005, a *ayahuasca* e seus compostos vegetais utilizados como matéria-prima no rol de substâncias consideradas estupefacientes, isto é, drogas ilícitas/proibidas, sendo condutas relacionadas com sua produção, importação ou distribuição punidas com pena de prisão (podendo chegar à prisão perpétua para os dirigentes de organizações que tenham como finalidade praticar essas condutas).

Por fim, o último modelo é aquele em que a produção, a distribuição e o consumo da *ayahuasca* estão legitimados, em alguns casos, por diferentes iniciativas legislativas. No Brasil, em que pese a lógica repressiva da legislação penal de combate às drogas, é legalizado o uso da *ayahuasca* em contexto religioso, existindo regulamentação específica sobre o tema³ e exclusão expressa do âmbito de aplicação da legislação penal de drogas o uso ritualístico-religioso de plantas psicoativas (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 103 e ss).

Já no Peru, em que pese o rigor e dureza do tratamento do tráfico de drogas pelo Código Penal de 1991, os usos e conhecimentos indígenas tradicionais da *ayahuasca* são, desde 2008, oficialmente tidos como patrimônio cultural da nação peruana, não existindo uma regulação específica sobre o tema, mas um modelo de “proteção sem regulamentação” (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 113). No mesmo sentido, o Peru foi o único país que aderiu com reservas

³ Resolução nº 01, de 25 de janeiro de 2010, do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas do Brasil (CONAD).

a Convenção de 1971 sobre substâncias psicotrópicas, destacando o uso ancestral da *ayahuasca* por grupos indígenas amazônicos-peruanos (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 112).

Em outra parte da obra, mas de importância fundamental para o estudo comparado desenvolvido, os autores trazem que o governo canadense, em julho de 2017, autorizou a Igreja Céu de Montreal a importar e consumir *ayahuasca* em seus rituais (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 37).

III. Tratamento jurídico-penal da *ayahuasca* em Espanha

Sendo a Espanha signatária das Convenções Internacionais sobre drogas, não há diferença significativa entre o seu sistema de controle e repressão penal ao tráfico de drogas e o de países como Brasil e Portugal.

Especificamente em relação à *ayahuasca*, a primeira questão a ser solucionada é definir se a bebida deve ser considerada uma droga ilícita. Os problemas enfrentados quanto ao preenchimento dos elementos do tipo penal do artigo 368 do Código Penal espanhol são os mesmos de outros ordenamentos jurídicos, pois não há um conceito jurídico do que é droga, recorrendo-se a listas enumerativas do que é considerado uma substância tóxica, psicotrópica ou estupefaciente.

Defendem os autores que a ausência de uma previsão exata e taxativa da *ayahuasca* e de seus componentes vegetais nas listas de substâncias fiscalizadas (internacionais ou nacionais) impede a classificação da bebida como droga em sentido jurídico-penal, afirmando-se *prima face* a atipicidade de qualquer comportamento com ela relacionado (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 121-122).

Em pesquisa realizada no âmbito das decisões judiciais de Espanha, os autores não encontram uma jurisprudência cediça sobre o tema, pois ele nunca chegou a ser analisado pelo Supremo Tribunal do país, existindo diversas decisões com fundamentos contraditórios e vagos sobre o caráter ilícito da *ayahuasca*. Em que pese existir apenas uma decisão⁴ não absolutória envolvendo a *ayahuasca*, nem todas as sentenças têm como *ratio decidendi* a inexistência de objeto material do delito, como defendem os autores (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 123).

Ao contrário, muitas sentenças entendem, coerentemente, que a legislação não estabelece que apenas a DMT obtida sinteticamente deve ser reprimida penalmente e que a *ayahuasca* contém, sem dúvida alguma, DMT como princípio ativo, uma substância considerada psicotrópica e prevista em todas as listas (internacionais e nacionais) como droga proscrita.

⁴ SAP de Castellón (Sección 1) nº 264, de 24 de junho de 2015 (Tol 5496373).

Argumentam os autores que essas sentenças cometem um erro conceitual ao equiparar a parte com o todo (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 124), mas não percebem que é o princípio ativo DMT que transforma a *ayahuasca* em uma substância psicoativa (ainda que somada com o inibidor IMAO) e é apenas por esse efeito que ela é ingerida. Se não existisse a DMT na bebida e ela não provocasse os efeitos de alteração sensorial e de percepção da realidade, ela não seria consumida ou não despertaria qualquer preocupação social e jurídica. Assim, não há qualquer ilegitimidade em se tomar o todo pela parte na presente discussão ou em considerar a substância aquosa apenas como um meio de transportar DMT para o organismo humano.

Parece, contudo, que as sentenças não enfrentam a questão do multiculturalismo, da liberdade religiosa ou da ausência de lesão efetiva ou de perigo ao pretense bem jurídico protegido pelo crime de tráfico de drogas, trazendo variados argumentos, desde o erro de tipo pela ausência de consciência do caráter psicoativo da *ayahuasca* (o que parece muito pouco provável), passando pela falta de certeza da atividade efetiva da bebida em razão da não medição exata da quantidade de IMAO, até a falta de prova do elemento subjetivo da predisposição para o tráfico de drogas (MARTÍN PARDO et al, 2019, *maxime* p. 126).

Outra questão levantada por Muñoz Sánchez e Martín Pardo (2019, p. 127 e ss) é que no caso da *ayahuasca*, mesmo quando se considera presente o objeto material do tipo penal de tráfico de drogas, pode ocorrer a atipicidade das condutas relacionadas em razão da figura denominada “consumo compartilhado/compartido”.

A exclusão da tipicidade nesses casos tem como fundamento que o bem jurídico tutelado pelos crimes relacionados a drogas é, em Espanha, objetivamente, a saúde pública. Contudo, apesar de serem crimes de mera conduta, isto é, que não exigem qualquer resultado concreto da ação para estar consumado, bastando a probabilidade de um dano para a saúde da sociedade (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 114 e ss), o perigo não é uma presunção absoluta, sendo atípica a conduta quando não há risco de disseminação, facilitação ou promoção do uso de drogas indiscriminadamente, por terceiras pessoas indeterminadas, mas apenas por um grupo de pessoas que compartilha o uso da droga (autoconsumo coletivo).

Para configurar o consumo compartilhado ou autoconsumo coletivo de *ayahuasca* - e não uma oferta pública de droga - devem estar presentes os seguintes requisitos (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 137 e ss): i) círculo fechado de pessoas, i.e., que possuam uma relação interpessoal prévia ao consumo e que a incorporação de novos participantes tenha limitações e seja individualizada; ii) que todos os membros participem ativamente da aquisição, preparação, abastecimento e controle da substância que vão consumir; iii) que após a entrega da bebida ocorra o consumo imediato, i.e., seja consumida no ritual religioso ou sessão de meditação ou

cura. Tal finalidade busca evitar que a bebida seja desviada e comercializada para consumo em contextos não controlados; iv) o consumo deve ocorrer em lugar fechado, sem acesso ao público em geral; e v) ausência de uma finalidade comercial ou de obtenção de lucro;

Diante desses requisitos, os autores consideram (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 142-143) que todos os atos das religiões *ayahuasqueiras* brasileiras relacionados com a bebida são atípicos, mas que o neoxamanismo ocidental ou urbano não segue o mesmo caminho. Nessas práticas terapêuticas ou de meditação há uma clara oferta pública da substância para todos aqueles dispostos a pagar pelo seu consumo.

Em relação às religiões *ayahuasqueiras*, caso se ultrapasse as questões de atipicidade, isto é, caso se considere que estamos diante de uma droga psicotrópica e que seu uso não se enquadra na figura do autoconsumo coletivo/compartilhado, o que os autores consideram um equívoco, não restaria outro caminho a não ser aceitar que existe um risco real à saúde pública.

Em tal hipótese, em razão do direito à liberdade religiosa não ser um direito ilimitado, apesar de ser fundamental, podendo ser adstrito para assegurar a ordem pública (artigo 16 da Constituição Espanhola) ou para assegurar a segurança pública e proteger a ordem, a saúde e a moral pública, assim como os direitos e liberdades dos demais (artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos), não se poderia falar em uma causa de justificação penal do exercício regular do direito à liberdade religiosa e de culto (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 144 e ss).

É este o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Contencioso-Administrativo da Audiência Nacional de Espanha, os quais decidiram, em 2014 e 2008, respectivamente, que a proteção à saúde pública é um limite válido e proporcional para restringir o exercício da liberdade religiosa dos membros das igrejas *ayahuasqueiras* (MARTÍN PARDO et al, 2019, p. 147-149).

Considerações finais

Os autores concluem que, em Espanha, a *ayahuasca* não pode ser considerada uma substância psicotrópica, estupefaciente ou uma droga tóxica-ilícita por não estar expressa e especificamente prevista no complemento dos tipos penais em branco relativos a drogas. Para eles, não se pode equiparar a bebida *ayahuasca* com a DMT isolada ou sintética, restando ausente o objeto material do delito de tráfico de drogas.

Ainda que se considere a *ayahuasca* uma substância psicotrópica, por conter como princípio ativo a DMT, os comportamentos relacionados a ela em contexto religioso seriam

atípicos, pois classificados dentro da categoria do uso compartilhado/compartido, o qual não coloca em risco a saúde pública.

Pode, hipoteticamente, o uso da *ayahuasca* ser limitado pela via do direito administrativo, seja pela restrição de sua circulação ao ter seus compostos vegetais classificados como plantas tóxicas; quer se suspeite de um risco iminente e extraordinário para a saúde, o que os autores verificaram não existir.

Para Martín Pardo e Muñoz Sánchez (2019, p. 153), não há riscos associados ao consumo da *ayahuasca*, sejam físicos, psicológicos ou sociais. Mesmo os efeitos fisiológicos da ingestão da bebida (vertigens, náuseas, diarreias, transpiração, taquicardia e aumento da pressão sanguínea) são classificados como muito leves pela literatura especializada.

Por fim, avalia-se que a obra é um marco importante para a discussão e o estudo da questão jurídico-penal da *ayahuasca*, não apenas em Espanha, o que ocorre sem dúvida, principalmente pelo levantamento exaustivo de todas as sentenças que tratam do assunto no país, mas no mundo inteiro, existindo uma reflexão bem escalonada dos principais pontos controvertidos sobre o tema e conclusões bem fundamentadas, ainda que sem levar em conta o multiculturalismo.

Referências

MARTÍN PARDO, Antonio; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. *El estatuto legal de la Ayahuasca em España: la relevancia penal de los comportamientos relacionados con su consumo y posesión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.