UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

USO DA *AYAHUASCA*: FUNDAMENTOS E LIMITES DA CRIMINALIZAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS EM SOCIEDADES MULTIRRELIGIOSAS

RAFAEL FERREIRA VIANNA

Orientador: Prof. Doutor Augusto Silva Dias

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, Ciências Jurídico-Criminais

2019

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

USO DA *AYAHUASCA*: FUNDAMENTOS E LIMITES DA CRIMINALIZAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS EM SOCIEDADES MULTIRRELIGIOSAS

RAFAEL FERREIRA VIANNA

Orientador: Prof. Doutor Augusto Silva Dias

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, Ciências Jurídico-Criminais

Júri:
Presidente: Doutor José Artur Anes Duarte Nogueira, Professor Catedrático e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Vogais:
- Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado, Professor Associado com Agregação Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- Doutora Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria, Professora Associada Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
- Doutor Miguel Fernando Pessanha Teixeira de Sousa, Professor Catedrático Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- Doutora Maria Fernanda Santos Martins Palma Pereira, Professora Catedrática Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- Doutor Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, Professor Catedrático Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- Doutor Augusto Manuel Gomes da Silva Dias, Professor Associado com Agregação Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- Doutor Paulo Manuel Mello de Sousa Mendes, Professor Associado Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

2019

"Por isso nós, tudo pensando com devida ponderação, concedemos ao dito rei Afonso a plena e livre faculdade, entre outras, de invadir, conquistar, subjugar a quaisquer sarracenos e pagãos, inimigos de Cristo, suas terras e bens, a todos reduzir à servidão e tudo praticar em utilidade própria e dos seus descendentes".

Papa Nicolau V, Bula *Romanus Pontifex*, 1454

"A verdade mística não pode ser apreendida, mas sim experimentada por meio do êxtase".

Abu Hamid al-Ghazali

"No momento em que era possível optar, a esmagadora maioria escolheu simplesmente obedecer".

Esther Mucznik

"Não é necessário acreditar em Deus para acreditar na Justiça".

Phil Zuckerman

"É que não só com a Escritura, também no direito e para o pensamento jurídico 'as coisas antigas passaram'".

António Castanheira Neves

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos deuses do conhecimento, se é que eles existem, a oportunidade de pensar em palavras.

Agradeço a você, Carol, mãe dos meus filhos e meu eterno amor, por estar sempre ao meu lado.

Agradeço aos meus avós, aos meus pais e aos meus sogros, por todo apoio, sem o qual nada disto seria possível.

Agradeço ao Professor Doutor Augusto Silva Dias, pela honrosa oportunidade de aprender.

DEDICATÓRIA

Mesmo diante da incompletude de meu pensamento e da imperfeição de minhas palavras, dedico minha tentativa àqueles que lutam para que o mal absoluto não triunfe sobre a Terra.

Que vocês, Gregório e Helena, meus pequenos Professores sobre o sentido da vida, mantenham sempre a pureza, a dignidade e o amor que hoje nos sustentam.

RESUMO

O problema estudado está localizado no cruzamento entre multiculturalismo e política criminal de combate às drogas. Adota-se como caso-problema a criminalização do uso (produção, distribuição e consumo) religioso da *ayahuasca*, bebida feita pela mistura e decocção de plantas amazônicas, a qual possui DMT, um psicotrópico proibido pelas convenções e legislações antidrogas. Referida bebida é utilizada em rituais das religiões brasileiras do Santo Daime, da União do Vegetal, da Barquinha e por *neo-ayahuasqueiros*. Com a expansão dessas religiões pelo mundo, diversos líderes religiosos foram presos por tráfico de drogas, gerando discussões jurisprudências e doutrinárias sobre os fundamentos e limites da liberdade religiosa, do multiculturalismo e da criminalização das drogas. A religião é uma necessidade humana fundamental e o consumo de substâncias psicoativas em contexto ritual-religioso é comum em diversas sociedades ao longo da história. A teoria do bem jurídico-penal camufla a fragilidade dos fundamentos da política criminal contra as drogas e da seletividade penal, especialmente quando o uso é não problemático ou não disfuncional. A análise apropriada em uma sociedade que se pretende democrática e multicultural deve considerar o contexto e o sentido dos usos de substâncias psicoativas, bem como as consequências sociais de determinadas práticas culturais, respeitando as culturas como alternativas de vida e concretização da autonomia moral do indivíduo e da liberdade sobre o próprio destino. No caso dos grupos religiosos *ayahuasqueiros*, constata-se que a bebida ocupa papel central e fundamental na forma como seus seguidores vivem, partilham suas experiências, seu *ethos* e enxergam-se como indivíduos, existindo costumes e normas culturais bem definidas sobre a produção, distribuição e forma de consumo ritual da *ayahuasca*. Entende-se que essas normas culturais são materialmente jurídicas e decorrem do surgimento de "novos direitos", ainda não reconhecidos pela legislação oficial-estatal. Com a diversidade cultural ocasionada pela globalização e a impossibilidade da regulação legal-estatal de todos os campos e aspectos da vida social atual, defende-se que normas jurídicas extraestatais sejam consideradas para a solução de problemas jurídicos concretos e o pluralismo normativo reconhecido. No complexo mundo atual, uma nova postura é exigida do jurista, assim como um novo paradigma para a realização do Direito, nomeadamente a adoção do pensamento complexo e a interpretação jurídica multicultural. Em um modelo participativo, aberto, dialógico, reflexivo e dialético-crítico, o jurista, ao analisar um caso problemático multicultural, deve considerar os diferentes interesses e normas em conflito, estando aberto para, no caso do direito penal, aceitar que normas jurídicas não estatais podem ser consideradas como exercício regular de um direito, retirando a antinormatividade de algumas condutas culturais tipificadas em abstrato como crime. No caso em estudo, adotando-se a teoria da tipicidade conglobante e respeitando-se a primazia da liberdade, conclui-se que o sentido religioso, o contexto ritual e a existência de normas jurídico-comunitárias sobre seu uso permitem que o mesmo seja considerado como não contrário ao Direito, sendo ilegítima a criminalização das condutas de produção, importação, distribuição e consumo da *ayahuasca*.

PALAVRAS-CHAVE

AYAHUASCA – DROGAS – RELIGIÃO – PROIBICIONISMO – MULTICULTURALISMO – LIBERDADE RELIGIOSA – PENSAMENTO COMPLEXO – PRAGMATISMO JURÍDICO

ABSTRACT

The problem studied is located at the intersection between multiculturalism and criminal policies to combat drugs. The criminalization of *ayahuasca* and its religious use (production, distribution and consumption) is adopted as a case study. *Ayahuasca*, a beverage made by mixing two plants from Amazon rainforest, has DMT as active principle, a substance considered a psychotropic/drug. This beverage is used in rituals of the Brazilian religions of Santo Daime, União do Vegetal, Barquinha and by mystical groups (*neo-ayahuasqueiros*). As the use of *ayahuasca* spreads outside of Brazil, many religious leaders were arrested as drug dealers, beginning the discussions about the limits of freedom Religious, multiculturalism and the War on drugs. Religion is a fundamental human need and the consumption of psychoactive substances in ritual-religious is common in several societies throughout the history. In the other hand, prohibitionism is inefficient, harmful and its arguments are reductionists. Theory of legal goods conceals the fragility of the foundations of the criminal policy against drugs, especially when the use is not problematic or dysfunctional. The appropriate analysis in a democratic and multicultural society should consider the context and meaning of the uses of psychoactive substances, as well as the social consequences of certain cultural practices, respecting cultures as alternatives of life and concretization of individual autonomy. For the followers of these Brazilian religious groups, *ayahuasca* is a sacred drink related to the construction of a symbolic system and their *ethos*. There are social rules and cultural norms in order to regulate the production, distribution and the ritualistic consumption of *ayahuasca*. In this thesis it is argued that these cultural norms are materially legal and stem from the emergence of "new rights", not still recognized by official legal system. It is impossible a state legal system control all the fields and aspects of current social life, even more in a complex and intercultural world. Therefore, extra-state legal norms should be considered for the solution of concrete legal problems and the legal pluralism should be recognized. The new paradigms for the legal system must be the complex thinking and the multicultural legal interpretation. In a dialogic, open, reflexive and dialectical-critical model, the criminal jurist, when analyzing an intercultural problem case, could consider community legal norms as regular exercise of a right, which are able to remove the anti-normativity of some cultural conducts typified in abstract as crime. In the specific case of *ayahuasca*, adopting the theory of conglobante criminal typicality and respecting the moral independence of the people, it is concluded that *ayahuasca* can not be criminalized legitimately.

KEY-WORDS

AYAHUASCA – DRUGS – RELIGION – PROIBICIONISM – MULTICULTURALISM – RELIGIOUS FREEDOM – COMPLEX THINKING – LEGAL PRAGMATISM

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 4

1. USO RITUAL DE SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS, LIBERDADE RELIGIOSA E MULTICULTURALISMO 21

1.1. Histórico do uso religioso de psicoativos (enteógenos ou plantas de poder) 21

1.2. Questões multiculturais no contexto do uso religioso de drogas proibidas 31

1.3. Fundamentos e proteção da liberdade religiosa e da cultura em uma sociedade multicultural 37

2. USO RELIGIOSO DA *AYAHUASCA* E QUESTÕES CRIMINAIS 57

2.1. Religiões *ayahuasqueiras* brasileiras 57

2.1.1. Santo Daime 60

2.1.2. Barquinha 62

2.1.3. União do Vegetal 63

2.1.4. Novos grupos *ayahuasqueiros* 65

2.2. Internacionalização/transnacionalização das religiões *ayahuasqueiras* 67

2.3. A clandestinidade de grupos *ayahuasqueiros* em Portugal: alguns aspectos etnocriminológicos 75

2.3.1. Efeitos, significados e implicações do reconhecimento pela Comissão da Liberdade Religiosa 84

2.4. O problema jurídico-criminal dos membros dos grupos religiosos que produzem e fornecem ayahuasca 88

3. BENS JURÍDICOS E INTERESSES TUTELADOS COM O TIPO PENAL DE TRÁFICO DE DROGAS E A POLÍTICA-CRIMINAL DE COMBATE ÀS DROGAS 93

3.1. Questionamentos sobre a função do Direito Penal e da teoria do bem jurídico: aproximação a um pragmatismo jurídico penal 93

3.2. Critério diferenciador entre o permitido e o proibido no campo das drogas: seletividade punitiva 110
3.3. Discursos declarados dos modelos político-criminais de combate às drogas 123
3.3.1. Modelo médico-sanitário 125
3.3.2. Modelo de segurança nacional ou geopolítico 126
3.3.3. Modelo de defesa social ou de segurança pública 127
3.3.4. Modelo de não banalização, moralista e de controle social 129
3.4. Aspectos criminológicos e falsas premissas dos modelos repressivos 131
3.5. Tipo penal de tráfico de drogas e plantas de uso estritamente ritualístico-religioso 138

4. CONFLITOS DE INTERESSES JURÍDICOS NO CONTEXTO MULTICULTURAL 146

4.1. Pluralismo jurídico, multiculturalismo e "novos direitos" 146
4.2. O difuso e o indefinido como pensamento complexo (e não como caos): a interpretação jurídica multicultural como novo paradigma do direito penal 164
4.3. Limites à tolerância e ao diferente em uma sociedade multicultural 180
4.4. Conflito de interesses transconstitucionais: liberdade religiosa versus proteção à saúde e à ordem pública no campo da ayahuasca 194
4.4.1. O consumo religioso da *ayahuasca* por gestantes, crianças e adolescentes 208

5. PERSPECTIVAS PARA A SOLUÇÃO DE PROBLEMAS CRIMINAIS MULTICULTURAIS 216

5.1. Por um direito penal anti-hegemônico: liberdade, autonomia e diferenciação multicultural como valores fundamentais 216
5.2. Tipo de injusto, exercício regular de direito e atipicidade conglobante 230
5.2.1. Adequação social, elementos negativos do tipo e o problema da tipicidade no caso da *ayahuasca* 230
5.2.2. Entre atipicidade e justificação do uso religioso da *ayahuasca*: aplicação da teoria da tipicidade conglobante 235

5.2.3. Resultado lesivo desvalorado e princípios da intervenção mínima e da ofensividade 239

5.3. O problema dos erros e o conhecimento condicionado do injusto 246

5.3.1. Entre erro de tipo, erro de proibição e erro de tipo permissivo 246

5.3.2. Conhecimento condicionado do injusto como erro de tipo permissivo que afeta o elemento cognitivo do dolo 252

5.4. Consenso e perspectivas sobre políticas de regulamentação da produção e fornecimento religioso da ayahuasca: função legiferante multicultural 257

CONCLUSÃO 267

REFERÊNCIAS 276

INTRODUÇÃO

Em um momento histórico marcado pela globalização capitalista e consequente homogeneização das sociedades ocidentais, caracterizadas pelo progresso tecnológico, facilidade de locomoção e massificação dos meios de comunicação e de informação[1]; surgem questões, aparentemente em contradição com o ideal capitalista de transformar todos em consumidores[2], relativas à pluralidade cultural e a como acomodar culturas diversas em um mesmo espaço territorial e sob a égide de um ordenamento jurídico comum.

A partir da compreensão de cultura como uma teia semiótica[3], isto é, um sistema de significações que um grupo de pessoas dá tradicionalmente às coisas do mundo, o que gera "sistemas de valores, de representações e de comportamentos que permitem a cada grupo identificar-se, localizar-se e agir em um espaço social que o cerca"[4], os quais (sistemas de significados) também "contribuem para a formação da identidade pessoal"[5] dos indivíduos, interessa no presente estudo as situações limites surgidas do encontro entre culturas diferentes, quando práticas comuns e aceitas como normais por um grupo cultural minoritário são consideradas crimes por determinado ordenamento jurídico estatal[6].

Como se verá ao longo do trabalho, questões de diversidade cultural podem ser pensadas e abordadas sob diferentes enfoques, envolvendo questões jurídico-políticas variadas. O termo multiculturalismo, nesse sentido, foi cunhado com a finalidade de marcar "uma concepção ético-política sobre a organização justa de uma sociedade com tais

---

[1] ANDRÉ, João Maria. Interpretação do mundo e multiculturalismo: incomensurabilidade e diálogo entre culturas. *Revista Filosófica de Coimbra,* Coimbra, vol. 18, n. 35, pp. 07-42, mar. 2009, p. 09; destaca 03 fenômenos que caracterizaram as últimas décadas e culminaram nos atuais Estados poliétnicos ou multiculturais: i) erosão do Estado-Nação; ii) a globalização; e iii) o desenvolvimento da sociedade em rede.

[2] LÉVI-STRAUSS, Claude. *Mito e Significado.* Trad. António Marques Bessa. Lisboa: Edições 70, 1978, p. 26, já falava da "supercomunicação" na sociedade e de indivíduos-consumidores desprovidos de qualquer originalidade, ainda que ele não acreditasse na possibilidade de homogeneidade.

[3] GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas.* Reimp. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 04.

[4] CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais.* Trad. Viviane Ribeiro. Bauru: EDUSC, 1999, p. 108.

[5] DIAS, Augusto Silva. Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais. In. PALMA, Maria Fernanda et al (Coords.). *Emoções e Crime:* filosofia, ciência, arte e direito penal. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 57-80, p. 61.

[6] Este é o clássico, mais usual e mais objetivo, conceito de crime culturalmente motivado: "*A cultural offence is an act by a member of a minority culture, which is considered an offence by the legal system of the dominant culture. That same act is nevertheless, within the cultural group of the offender, condoned, accepted as normal behavior and approved or even endorsed and promoted in the given situation*", VAN BROECK, Jeroen. Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice,* Netherlands, s./l., vol. 9, nº 01, pp. 01-32, 2001, p. 05.

características”[7], designando o ideal de “reconhecimento do outro como um igual que é diverso”[8]. Ao se estudar os crimes culturalmente motivados sob uma perspectiva multicultural, portanto, adere-se a um forte posicionamento ético-filosófico de que todo ser humano é merecedor de dignidade em si mesmo e de que cabe ao pensador crítico[9] questionar suas próprias certezas e denunciar discursos políticos e visões de mundo etnocêntricas e carentes de relações dialógicas.

A partir dessa postura, um relativismo axiológico cultural absoluto já fica logicamente afastado, uma vez que não há diálogo e reconhecimento possível diante daqueles que pregam o não reconhecimento, a eliminação e a sujeição do outro. Não há argumento racional e razoável sobre direito à própria cultura que sirva para oprimir, aniquilar e retirar o poder de decisão de cada pessoa sobre seu próprio destino[10].

O encontro entre culturas diferentes permite a modificação permanente das sociedades, fato antropologicamente necessário à continuidade das mesmas[11], cabendo aos pensadores críticos a construção de modelos que permitam que as transformações sejam sempre em um sentido libertador, dignificante e emancipador do ser humano. Caso não fosse esse um dever ético dos juristas em geral e as sociedades não se modificassem e evoluíssem em questões atinentes aos direitos humanos básicos[12], ainda hoje seriam aceitáveis culturas escravagista,

---

[7] DIAS, Augusto Silva. O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências. In. BELEZA, Teresa Pizarro et al (Orgs.). *Multiculturalismo e Direito Penal.* Coimbra: Almedina, 2014, pp. 15-31, p. 17.

[8] Ibid., idem.

[9] “Por teoria crítica entendo toda teoria que não reduz a ‘realidade’ ao que existe. A realidade, qualquer que seja o modo como é concebida, é considerada pela teoria crítica um campo de possibilidades e a tarefa da teoria consiste precisamente em definir e avaliar a natureza e o âmbito das alternativas ao que está empiricamente dado”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Por que é tão difícil construir uma teoria crítica? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, nº 54, pp. 197-215, jun. 1999, p. 197.

[10] Maria Paula Ribeiro de Faria também chega a essa conclusão ao tratar da adequação social da conduta e da falta de consciência da ilicitude, equiparando, contudo, erroneamente, o uso religioso de psicoativos a esses casos mais graves, conforme FARIA, Maria Paula Ribeiro de. *A adequação social da conduta no Direito Penal:* ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005, pp. 665 e ss.

[11] CUCHE, Denys. *A noção*... Op. cit., pp. 238 e ss.

[12] “O conceito de direitos humanos assenta-se em um bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais: existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à realidade restante; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres”, conforme SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Contexto Internacional,* Rio de Janeiro, vol. 23, n. 01, pp. 07-34, jan./jun. 2001, p. 16.

racistas ou machistas, todas de existência recente (senão presente) em diversas partes do mundo. Emprestando as belas palavras utilizadas por Augusto Silva Dias, "a essa inovação não se opõe nem a natureza multicultural da sociedade, nem o multiculturalismo como política, pois o 'elogio da diversidade' que lhe é inerente não significa a fossilização e estagnação das culturas, mas antes a abertura ao diálogo e o reconhecimento de que a mudança é inevitável"[13].

Compatibilizar os limites do multiculturalismo e do reconhecimento à própria cultura diante de crimes culturalmente motivados, e ao mesmo tempo impedir que o discurso penal tradicional e políticas criminais sirvam sem maiores críticas para oprimir grupos minoritários, parece ser a principal questão a ser pensada neste atual momento de crise multicultural do direito penal[14]. Essa é a hipótese de base, a partir da qual será possível a problematização principal desta pesquisa (sobre a criminalização da *ayahuasca*) e a reflexão sobre alguns argumentos e direcionamentos para a melhor aplicação de um direito penal multicultural emancipador (uma boa solução para o problema).

A *ayahuasca* ("aya" pessoa morta, alma ou espírito e "waska" corda ou cipó)[15] é uma bebida feita a partir da mistura e decocção de um cipó, *Banisteriopsis caapi*, chamado popularmente de jagube ou mariri, com as folhas de um arbusto, *Psychotria viridis*, conhecido como chacrona ou rainha[16], a qual é considerada sagrada por algumas culturas indígenas ancestrais da América do Sul e por alguns grupos religiosos originários do Brasil[17].

---

[13] DIAS, Augusto Silva. Problemas do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 06, fasc. 02, pp. 209-232, abr./jun. 1996, p. 215.

[14] Já no início da década de 1990 se falava na doutrina penal sobre três crises no direito penal, sendo elas: i) imanente ao próprio direito penal moderno e seu sistema de garantias; ii) uma crise de legitimação do direito penal e sua dogmática abstrata e afastada da realidade; e iii) a crise da expansão da legislação penal. Ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo.* Barcelona: JMB, 1992, p. 17.

[15] LABATE, Beatriz Caiuby. A literatura brasileira sobre as religiões *ayahuasqueiras*. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 231-273, p. 232.

[16] GAUJAC, Alain. *Estudo sobre o psicoativo N,N-dimetiltriptamina (DMT)* em *Mimosa tenuiflora* (Willd.) Poiret e em bebidas consumidas em contexto religioso. 183 pp. Tese (Doutoramento em Química) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013, pp. 13 e ss.

[17] Para uma visão introdutória e geral sobre o tema, ver LABATE, Beatriz Caiuby et al. *Religiões ayahuasqueiras:* um balanço bibliográfico. Campinas: Mercado de Letras/FAPESP, 2008.

Enquanto a bebida ficou restrita a tribos indígenas da América do Sul[18], sendo utilizada principalmente por xamãs e curandeiros para manter contato com espíritos da natureza e conseguir curas e orientações espirituais, não existiu maior interesse jurídico sobre o assunto. No Brasil, até o início da década de 1980, o uso da *ayahuasca* era feito apenas na região amazônica[19], sem despertar qualquer interesse da sociedade como um todo ou das instâncias formais de controle social. Foi nesse período, no entanto, que algumas religiões *ayahuasqueiras*[20] amazônicas começaram a se expandir para centros urbanos brasileiros e a se internacionalizar, estimulando pesquisas bioquímicas, farmacológicas e antropológicas mais sistemáticas sobre a bebida.

Com a constatação de que a *ayahuasca* possui como princípio ativo o alcaloide N-N-dimetiltriptamina (DMT)[21], considerado um psicoativo ou psicotrópico modificador ou perturbador da atividade cerebral, já que permite estados alterados de consciência[22], e por isso uma droga proibida pelas convenções internacionais antidrogas e legislações penais nacionais, iniciou-se um período de apreensões, repressão dirigida e prisões de produtores, fornecedores e usuários da bebida em diversos países, mesmo em contexto religioso.

Junto com a ação de proporcionar um incremento do alcaloide DMT ao organismo humano, a mistura do cipó jagube com as folhas da chacrona contém um inibidor da enzima monoamina oxidase (iMAO), responsável por metabolizar a DMT e a serotonina no organismo humano, o que possibilita que os níveis de alguns receptores cerebrais/neurotransmissores sejam afetados, o funcionamento normal do sistema nervoso central (SNC) modificado e a sensação alucinógena sentida[23][24].

---

[18] LUZ, Pedro. O uso ameríndio do caapi. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed., 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 37-68.

[19] Acredita-se que foi na floresta Amazônica brasileira onde se deu os primeiros contatos entre a bebida e não ameríndios, o que proporcionou a criação das primeiras religiões *ayahuasqueiras* e a difusão da bebida para outros contextos culturais, conforme GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SABINO, Bruno Duarte. *Ayahuasca*: entre o legal e o cultural. *Saúde, Ética e Justiça*, São Paulo, nº 14 (2), pp. 44-53, 2009.

[20] O termo "religiões *ayahuasqueiras* brasileiras" foi cunhado, ao que tudo indica, por Beatriz Caiuby Labate e Wladimyr Sena Araújo, em 2002, ao organizarem o livro *O uso ritual da ayahuasca*, passando a ser considerada a partir de então uma categoria antropológica, conforme LABATE, Beatriz Caiuby et al. *Religiões ayahuasqueiras:* um balanço bibliográfico. Campinas, Mercado de Letras/FAPESP, 2008, p. 23.

[21] GAUJAC, Alain. *Estudo*... Op. cit., pp. 13 e ss.

[22] BRITO, Glacus de Souza. Farmacologia humana da *hoasca* (chá preparado de plantas alucinógenas usado em contexto ritual no Brasil). In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, p. 623-651.

[23] GAUJAC, Alain. *Estudo…* Op. cit. p. 11-12.

[24] Uma síntese esclarecedora sobre a farmacologia e a toxicologia da *ayahuasca* é apresentada por GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SABINO, Bruno Duarte. *Ayahuasca*… Op. cit. pp. 48-50.

A intensidade e a forma como esses estados alterados de consciência são vivenciados variam de acordo com a finalidade buscada ao se ingerir a bebida e o contexto em que é consumida, sendo os relatos mais comuns os de ocorrer: uma sensação de separação entre corpo e alma, o recebimento de instruções auditivas sobre a vida, o contato com seres de uma dimensão sobrenatural, relacionados geralmente com algo da floresta ou da natureza, e a visão de formas geométricas e cores[25].

Mesmo no Brasil, em que povos originários[26] já utilizavam a *ayahuasca* em rituais religiosos, a bebida e seus usuários/seguidores sofreram, até a fase atual de aceitação e legalização do consumo religioso, os mais variados tipos de repressão criminal[27].

Contudo, a aceitação do uso religioso da *ayahuasca* no Brasil torna-se elemento central da análise e da discussão quando há a internacionalização das religiões *ayahuasqueiras* para países europeus e norte-americanos, uma vez que, em território brasileiro, religiosos podem legalmente produzir, transportar, ter em depósito e fornecer *ayahuasca* para fins religiosos, mas ao chegarem com a bebida em outros países podem ser presos por tráfico internacional de drogas[28].

Tal questão não está solucionada, existindo, como se verá ao longo do trabalho, ainda hoje, a criminalização da *ayahuasca* em alguns países e a prisão de diversos religiosos. No entanto, desde o início da década de 1990, quando as igrejas Santo Daime-ICEFLU e União do Vegetal (UDV)[29] iniciaram a expansão internacional das religiões *ayahuasqueiras*, diversas disputas jurídicas já foram travadas e decisões de concordância prática adotadas para acomodar os rituais religiosos em diferentes contextos.

Atualmente, o Santo Daime-ICEFLU e a UDV estão presentes em todos os países da América do Sul, nos Estados Unidos, no Canadá, no Japão e em diversos países da Europa,

---

[25] HARNER, Michael J. Common Themes in South American Indian Yagé Experiences. In. HARNER, Michael J. (Ed.). *Hallucinogens and shamanism.* New York: Oxford Press, 1973, pp. 155-175.

[26] Estados multinacionais, que possuem povos originários e minorias nacionais, tiveram que enfrentar questões de diversidade cultural com antecedência histórica aos estados poliétnicos que se formaram a partir das imigrações, conforme KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*: una teoria liberal de los derechos de las minorias. Trad. Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós Ibérica, 1996, pp. 26 e ss.

[27] Conforme já pesquisado e apresentado em VIANNA, Rafael Ferreira. *A questão penal do uso religioso da ayahuasca e o multiculturalismo.* 57 pp. Relatório (Fase Escolar do Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014, pp. 19 e ss.

[28] Como será analisado, com destaque, no capítulo 2 desta tese.

[29] Como se verá mais detalhadamente adiante, essas são as duas igrejas que utilizam a *ayahuasca* com maior número de seguidores e maior grau de institucionalização e organização, conforme GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SABINO, Bruno Duarte. *Ayahuasca…* Op. cit., p. 46.

destacadamente Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha e Holanda[30]; claramente, seguindo a classificação cunhada por Kymlicka[31], países poliétnicos. Nesses países, a discussão sobre a colisão de interesses advindos da proteção e garantia da liberdade religiosa e cultural e da política de combate às drogas e proteção à saúde pública e individual tem possibilitado a construção de diversos discursos e argumentos, seja na esfera policial, jurídica, política ou legislativa, não existindo, ainda, um consenso sobre o melhor modelo a ser adotado.

Neste contexto, cabe estudar criticamente as origens, os fundamentos e os interesses ("bens jurídicos") que pretensamente são protegidos com a política de combate às drogas, estimulada mundialmente a partir da década de 1970[32][33], e a tipificação do tráfico de drogas, buscando-se os limites e as acomodações necessárias e possíveis em face do uso de psicotrópicos por alguns grupos culturais imigrantes.

Quando se estuda as legislações e decisões jurisprudenciais sobre o crime de tráfico de drogas, depara-se com quatro planos do discurso proibicionista[34], sendo eles: o moral, o sanitarista, o de segurança pública e o de segurança nacional[35]. É importante ressaltar que o gênero *droga*[36] faz menção a substâncias capazes de alterar o estado físico e/ou psíquico da pessoa, sendo algumas consideradas lícitas e outras ilícitas[37]. Há uma política generalizada de combate às drogas classificadas como ilícitas (diversos países e culturas), mas não existe um traço diferenciador claro e material entre estas e as que devem ser consideradas lícitas e aceitáveis socialmente (e, portanto, não "combatidas"), como é o caso das bebidas alcoólicas. Infere-se, portanto, que não é a própria substância ou suas características que justificam sua

---

[30] LABATE, Beatriz Caiuby. *A literatura…* p. 234.
[31] KYMLICKA, Will. *Ciudadanía...* Op. cit., pp. 29 e ss.
[32] TAVARES NETO, José Querino; PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. O combate ao narcotráfico na ordem jurídica mundial e a carência de políticas públicas. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 14, n. 26, pp. 199-213, jan.-jun. 2014, p. 200
[33] MOURÃO, Carla. Enkrateia Toxicon: o "combate às drogas" e a regulação dos prazeres. *Estudos e Pesquisas em Psicologia* – UERJ, Rio de Janeiro, ano 02, n. 01, pp. 89-102, 1º sem. 2002.
[34] "Antes de ser uma doutrina legal para tratar da 'questão das drogas' o proibicionismo é uma prática moral e política que defende que o Estado deve, por meio de leis próprias, proibir determinadas substâncias e reprimir seu consumo e comercialização", RODRIGUES, Thiago. Tráfico, Guerra, Proibição. In. LABATE, Beatriz Caiuby et al (Orgs.). *Drogas e cultura:* novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008, pp. 91-104, p. 91.
[35] RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e a abolição das penas. In: PASSETI, Edson (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, pp. 131-151.
[36] "A palavra 'droga' refere-se a uma substância química tomada de forma deliberada para obter efeitos desejados", conforme IVERSEN, Leslie. *Drogas.* Trad. Flávia Souto Maior. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 07.
[37] OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. Bogotá: Temis, 1998, pp. 01 e ss.

proibição, mas o discurso que a sustenta. Pode-se dizer, assim, que a determinação quanto à licitude ou ilicitude de uma *droga* advém de valorações de ordem econômica, moral e social[38], o que exige um estudo crítico sobre como se estabelecem hegemonicamente as leis e discursos neste campo[39], alheias a um juízo ético e moral de razão prática para o problema.

Essa constatação permite questionar qual o interesse tutelado pelo Direito Penal ao proibir o consumo e o comércio ou distribuição de algumas substâncias psicotrópicas, o que validaria os diferentes planos que acobertam o discurso proibicionista, uma vez que seria possível compreender a real necessidade da proibição. Todavia, ante a pluralidade de vertentes que sustentam a visão antidrogas, não há um consenso acerca do "bem jurídico" que se quer proteger. É possível conjecturar que diferentes fatores foram determinantes para se chegar a um discurso proibicionista estrutural e transnacional, como "a radicalização política do puritanismo norte-americano, o interesse da nascente indústria médico-farmacêutica pela monopolização da produção de drogas, os novos conflitos geopolíticos do século XX e o clamor das elites assustadas com a desordem urbana"[40].

A pluralidade de discursos e a indeterminação quanto aos interesses tutelados para a estruturação do proibicionismo devem ser analisadas com mais cautela e de forma detalhada. Ademais, há uma forte tendência na literatura especializada em afirmar o fracasso desse modelo, sendo que alguns indicam alternativas possíveis à proibição[41], o que deve ser cotejado com outros valores e interesses que concorrem com a política de combate às drogas. Considerando o cenário atual da política criminal (transnacional) de drogas, questiona-se a adequação dessa proibição quando ela interfere em crenças culturais e religiosas, colidindo com direitos fundamentais como o da liberdade religiosa, que é o caso do uso da *ayahuasca.*

É neste cruzamento entre política de combate às drogas e acomodações exigidas pela diversidade cultural em um cenário multicultural – em que alguns países recebem grupos de indivíduos com tradições, costumes e crenças próprias, isto é, com uma cultura diferente e

---

[38] ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; DIETER, Vitor Stegemann. *Política criminal das drogas*: o proibicionismo e seu bem jurídico. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a70c831f7cd4077>. Acesso em 12 set. 2016.

[39] "A teoria crítica sempre entendeu por hegemonia a capacidade das classes dominantes em transformar as suas ideias em ideias dominantes", SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por que...* Op. cit. p. 211.

[40] FIORE, Maurício. O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 92, pp. 09-21, mar. 2012, p. 09.

[41] Ibid. pp. 18 e ss.

que gera conflitos com o que é dominante e aceito como juridicamente adequado ou de acordo com o Direito na sociedade de acolhimento – que situa-se a presente tese.

A literatura existente no campo de estudo da *ayahuasca* é pacífica em afirmar[42] que existe um *ethos* próprio dos indivíduos que pertencem a grupos religiosos *ayahuasqueiros*, sendo que os laços comunitários advindos do uso ritual/religioso da bebida influenciam a própria identidade da pessoa, suas crenças, suas ideias e seu modo de vida. Ademais, a cultura *ayahuasqueira* integra-se e miscigena-se com outras culturas dos países em que se instala, uma vez que diversas pessoas são atraídas pelo caráter salvacionista[43] e exótico (xamanismo indígena)[44] dessas religiões. O sincretismo ocorrido fortemente na origem das religiões *ayahuasqueiras* brasileiras não para de acontecer, a todo momento, em todos os países[45].

O movimento religioso *ayahuasqueiro* apresenta-se como uma alternativa histórica a qualquer Estado, nação ou grupo hegemônico existente, promovendo, como se verá adiante, uma mundialização associativa e comunitária em resposta à globalização disruptiva, massificadora e desagregadora[46].

Além disso, como se verá no primeiro capítulo, o uso religioso de substâncias que contêm algum tipo de psicoativo não é um fenômeno novo ou isolado, sendo que as posturas adotadas quanto à *ayahuasca* podem gerar reflexos em diversas práticas culturais que, ainda hoje, mantêm-se na clandestinidade devido ao medo da repressão criminal.

---

[42] VIANNA, Rafael Ferreira. *A questão...* Op. cit., pp. 02 e ss.

[43] "De um lado, há duas aplicações diferentes do que se poderia considerar um projeto clássico de salvação: pessoas "iluminadas" ou "tocadas" pelo divino "trazem a boa nova", e procuram dentre os viventes: (1) aqueles escolhidos para compartilhar e usufruir de seus benefícios e (2) dispostos a assumir as responsabilidades e deveres decorrentes". GROISMAN, Alberto. Trajetos, Fronteiras e Reparações. *Revista Antropologia em primeira mão,* Florianópolis, n. 73, pp. 04-26, 2004, p. 21.

[44] O xamanismo aqui deve ser entendido de forma ampla, ou seja, como a possibilidade de se transitar entre o nosso mundo e "outros mundos", em um estado alterado de consciência, estabelecendo contato com entidades espirituais, conforme MACRAE, Edward. *Guiado pela Lua:* xamanismo e uso ritual da *ayahuasca* no culto do Santo Daime. São Paulo: Brasiliense, 1992, p. 18.

[45] Aqui torna-se possível visualizar alternativas de formas de vida em diferentes locais, o que Boaventura chama de *globalização contra-hegemônica*, e cumprir com a presente tese uma das principais funções da atual teoria crítica: "À teoria crítica compete, em vez de generalizar a partir dessas alternativas em busca da Alternativa, torná-las conhecidas para além dos locais e criar, através da teoria da tradução, inteligibilidade e cumplicidades recíprocas entre diferentes alternativas em diferentes locais. A criação de redes translocais entre alternativas locais é uma forma de globalização contra-hegemónica – a nova face do cosmopolitismo", SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por que...* Op. cit. p. 213.

[46] Sobre a globalização disruptiva *versus* a mundialização humanista, ver COMPARATO, Fábio Konder. *Ética:* direito, moral e religião no mundo moderno. 2ª ed. rev., 3ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 415.

Como a maioria das questões que envolvem a integração de culturas advindas de minorias imigrantes, a transposição da cultura *ayahuasqueira*, ou de outras que se utilizam de plantas de poder[47], não pode ser considerado um fenômeno simples que fica restrito a uma análise química-farmacológica conjugada com a dogmática penal tradicional ou a uma superficial ponderação dos interesses em conflito (liberdade religiosa x proteção à saúde pública e/ou repressão uniforme ao uso ilegal de drogas).

Partindo de um suporte filosófico-jurídico e metodológico que combina o pragmatismo jurídico de Michael Sullivan[48] com a visão tridimensional do Direito de Miguel Reale (1910-2006)[49], a qual entende que a experiência jurídica deve ser analisada em seus aspectos fáticos, axiológicos e normativos, recorrer-se-á ao longo da tese à crítica de decisões judiciais e ao diálogo com outras áreas do conhecimento humano, objetivando que este estudo seja útil para a solução de um problema real.

A partir disso e para se atingir o objetivo almejado, é imprescindível ponderar que o uso sacramental da *ayahuasca* envolve aspectos multiculturais importantes e complexos, como a forma que o indivíduo se enxerga como pessoa e como as crenças e o *ethos* do grupo religioso influenciam a formação da personalidade[50] e a criação de novos modos de vida, indissociáveis da própria visão de dignidade que a pessoa tem de si mesma.

Como dito, é uma necessidade imperiosa deslocar a ênfase da análise de questões químicas e farmacológicas e da simples subsunção da substância presente na *ayahuasca* à legislação penal para a reflexão sobre aspectos culturais, sociais e psicológicos do consumo

---

[47] Plantas que contém princípios ativos modificadores do sistema nervoso central (SNC) recebem, de acordo com a visão que se têm delas, nomenclaturas variadas ao serem classificadas, sendo os principais: i) plantas alucinógenas (termo médico-farmacológico); ii) plantas de poder (termo religioso); iii) plantas enteógenas (termo antropológico e religioso); iv) plantas psicodélicas (termo político-cultural-artístico). Os nomes serão utilizados indistintamente no presente trabalho, pois todos designam a mesma coisa e o leitor atento não se influenciará pela escolha de um ou outro nome.

[48] O pragmatismo jurídico sintetizado por Michael Sullivan promove a almejada desvulgarização dessa corrente do pensamento em sua aplicação jurídica mais conhecida e advinda de Richard Posner, assim como supera as críticas advindas de Ronald Dworkin ao demonstrar sua preocupação em uma abordagem ampla e também axiológica do Direito, já que busca uma melhora fundamentada, dialógica e dialética da vida em sociedade. Ver SULLIVAN, Michael. *Legal Pragmatism:* community, rights and democracy. Bloomington: Indiana University Press, 2007.

[49] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, *maxime* pp. 585-589.

[50] Evidentemente que a formação da identidade pessoal é complexa, mas a identidade cultural é um importante fator a ser ponderado. Neste sentido, DIAS, Augusto Silva. *Acidentalmente...* Op. cit., *maxime* pp. 62-67.

em contexto religioso[51], pois o sentido dado pela pessoa (*set)* à ingestão do psicoativo, o cenário (*setting)*[52] em que se dá esse consumo e o controle informal que existe em um ritual sacralizado são alguns dos aspectos mais importantes a serem considerados na análise dos impactos sociais da *ayahuasca* e, consequentemente, da possibilidade e necessidade de sua criminalização.

Também não é o caso de se defender, sem maiores considerações, a ocorrência de um espaço livre de direito[53], pois parece existir, em situações como essas, mais uma concretização do direito fundamental à liberdade religiosa e um reconhecimento jurídico para determinado pluralismo normativo, em razão da interculturalidade (com o objetivo precípuo de se realizar a dignidade do ser humano e o seu projeto individual e societário de emancipação), do que propriamente relações sociais não valoradas ou sem intervenção normativa jurídica.

A preocupação jurídica sobre o tema engloba questões de como o uso religioso da *ayahuasca* se sustenta, como a produção é feita e como o provimento da bebida é realizado aos devotos, passando pela recorrente discussão sobre o fornecimento da *ayahuasca* para crianças e adolescentes durante os rituais. Tal análise jurídico-penal não pode ser feita sem o conhecimento histórico e dos valores culturais da mundividência dos grupos *ayahuasqueiros*, cabendo ao jurista ser sempre um pouco antropólogo[54] quando pensa e julga tais questões. Com tal desiderato é que se constrói o capítulo dois desta tese, buscando-se, inclusive, alguma vivência etnográfica na comunidade *ayahuasqueira* de Portugal.

Cabe à doutrina jurídica multicultural ser crítica para que o direito penal não seja utilizado apenas como uma ferramenta para reafirmar as visões de mundo de grupos hegemônicos, assim como lhe cabe construir bases sólidas para que não prevaleçam apenas discursos comunitaristas fechados. Ao contrário da não intervenção jurídico-axiológica, cabe ao Direito assegurar que existam as condições propícias para todo e qualquer indivíduo

---

[51] Conforme alerta feito por MACRAE, Edward. Um pleito pela tolerância entre as diferentes linhas *ayahuasqueiras*. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 493-506.
[52] LABATE, Beatriz Caiuby et al. *Religiões…* pp. 62 e ss.
[53] Conforme conceito desenvolvido por KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5ª ed. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 337 e ss.
[54] Além de um dos fundamentos metodológicos do pragmatismo jurídico, a abordagem multidisciplinar das questões surgidas a partir da diversidade cultural são exigências do multiculturalismo, conforme DIAS, Augusto Silva. *O multiculturalismo*... Op. cit., *maxime* pp. 24 e ss.

realizar e desenvolver a própria personalidade, não devendo a cultura ser utilizada como um instrumento para reforçar injustiças ou condicionar futuros de maneira apenas exterior à pessoa. É com tal objetivo que no terceiro capítulo busca-se compreender, refletir e questionar posicionamentos relativos a políticas criminais e visões criminológicas que se fundam em um discurso irracional e generalizador sobre drogas.

A partir da visão de que o direito penal não pode servir nem ser utilizado para conduzir ética e moralmente a vida em sociedade ou as escolhas do modo de vida de cada indivíduo, ainda que sirva para demarcar alguns limites[55], recorre-se ao pensamento complexo[56] para se encontrar alternativas emancipatórias para esse instrumento de controle social historicamente situado. Com isso, ao longo da tese, busca-se testar argumentos e discursos possíveis na área jurídico-criminal para o fornecimento e uso religioso da *ayahuasca*.

Em que pese o direito penal positivo poder ser construído e aplicado para manter a visão de mundo do grupo historicamente hegemônico naquele momento, cabe à doutrina penal criticar as leis, embasar legisladores e juristas e construir aplicações possíveis de um direito penal justo e de políticas criminais menos marcadas pela inequidade e mais voltadas para a proteção e a garantia de direitos humanos básicos diante de qualquer ofensor.

Uma vida ética pode ser variável, múltipla, indefinível, mas é preciso partir de alguns acordos comuns para que seja possível viver em sociedade e dialogar com respeito absoluto à dignidade advinda da liberdade do ser humano. Parece que o elemento central na busca de entendimento e da utilização da razão como elemento crítico-transformador[57] é a aplicação constante, em todas as análises, de uma "hermenêutica de suspeição contra supostos universalismos ou totalidades"[58] ou tentativas de imposição de ídolos aos outros[59]. Em outras

---

[55] VIANNA, Rafael Ferreira. Contribuição da filosofia e da psicologia para a (não) justificação penal diante de dilemas morais. *Revista de Estudos Criminais,* São Paulo, ano XV, n. 60, pp. 177-211, jan./mar. 2016, *maxime* pp. 205 e ss.

[56] Para uma noção introdutória sobre a abertura epistemológica provocada por esse paradigma científico-metodológico, ver MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo.* 4ª ed. Trad. Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2011.

[57] HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In. CIVITA, Victor (Ed.). *Os Pensadores - Textos Escolhidos.* Vol. XLVIII. Trad. José Lino Grünnewald. São Paulo: Abril, 1983, pp. 123-170, p. 154.

[58] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por que...* Op. cit. p. 202.

[59] Aqui faz-se referência à ideia de ídolos desenvolvida por BACON, Francis. *Novum Organum.* Trad. José Aluysio Reis de Andrade. [Livro eletrônico on-line], EbookLibris-Acrópolis, 2002. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/norganum.html>. Acesso em: 31 ago. 2016; e utilizada com um sentido aproximado por NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce Homo:* como se chega a ser o que se é. Trad. Artur Mourão.

palavras, um certo relativismo, dentro dos limites da não interferência na esfera de terceiros, deve ser aceito, tolerado e até protegido pelo Direito, o que possibilita a realização do direito fundamental à independência moral do indivíduo[60].

Em pensamento análogo ao desenvolvido por Nilo Batista, ao tratar da criminalização dos bailes funks cariocas[61], não cabe à Polícia ou ao Judiciário dizer o que é religião ou cultura, mas cabe a essas instituições proteger a todos de qualquer tentativa de imposição de qual religião, cultura ou modo de vida seguir. Evidentemente que a liberdade individual de escolha sobre o próprio modo de vida tem limites, pois a interferência direta e significativa de uns sobre os outros torna impossível a lógica libertária plural que aqui se apresenta como substrato.

Assim, cabe a doutrina penal multicultural desenvolver argumentos para proteger a pessoa e seu modo de ver o mundo do Estado, de outros grupos e do próprio grupo ao qual pertence, assegurando sempre o direito de saída e de desobediência, pois cultura e Direito que não emancipam, oprimem. O momento histórico contemporâneo pode marcar um ponto de ruptura na história humana tão significativo quanto o surgimento do cristianismo, a Revolução Francesa ou a Revolução Industrial, sendo necessária a construção de marcos teóricos que balizem a convivência em um mundo humanista multicultural.

Também cabe à ciência jurídico-criminal descortinar interesses que anteparam a emancipação geral do ser humano[62], de forma que cada um consiga viver de acordo com suas escolhas, não interferindo na esfera do outro e nem o subjugando, seja ele quem for, pois o "outro" tem tanto direito de escolher o próprio destino quanto "eu" ou qualquer um. É com esta aspiração à integração cultural e reafirmação dos direitos humanos básicos, principalmente o da liberdade de escolha sobre o próprio destino, que esta tese se desenvolverá, testando seus próprios argumentos e discursos.

[Livro eletrônico on-line], Covilha: LusoSofia, 2008, pp. 07-08. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/nietzsche_friedrich_ecce_homo.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2016.

[60] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 525 e ss.

[61] BATISTA, Nilo. Sobre a criminalização do funk carioca. In. BATISTA, Carlos Bruce (org.) *Tamborzão*: olhares sobre a criminalização do Funk. Rio de Janeiro: Revan, 2013, pp. 185-206.

[62] Termo utilizado no sentido de autonomia crítica e também de um novo modelo de racionalidade, conforme WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 27-28.

Para refletir sobre os fundamentos do direito penal ocidental moderno, é imprescindível estranhá-lo, não tomá-lo como pronto, autorrevelado ou evidente. É necessário *depaysement*, para usar a mesma expressão de Laplantise[63]. Em que pese a contribuição lógico-sistêmica da dogmática penal para organizar a ciência jurídico-criminal, suas concepções abstratas e ontológicas foram levadas para o próprio conceito material de crime, para as teorias criminológicas e afastaram o saber jurídico da realidade social do crime e das políticas criminais[64]. Valores lógicos abstratos já não subsistem com legitimidade em um mundo que contesta o estabelecido e que tem no confronto multicultural sua realidade atual mais visível.

Sendo o direito penal uma manifestação do ser humano vivendo em sociedade, seu estudo exige inevitavelmente a consciência de que os valores e interesses tutelados são apenas os decorrentes de uma cultura possível, entre tantas outras[65][66] A diversidade cultural existente no mundo contemporâneo, os conflitos sociais e os enfrentamentos diários vividos nas atividades policial e judicial reforçam essa concepção, ainda mais quando se trata de crimes de mera proibição[67].

O processo de unificação da humanidade em torno de um mínimo ético irredutível[68] ou de uma cultura cívica comum[69], ambos conceitos que buscam construir um nível de reconhecimento e convivência que respeite a dignidade humana em todos os seus planos e permita o diálogo mesmo com as diferenças, além de ser pensado como objetivo filosófico e político, exige reflexão sobre eventuais consequências penais a indivíduos integrantes de

---

[63] LAPLANTINE, François. *Aprender Antropologia.* Trad. Marie-Agnès Chauvel. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 12.
[64] YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Presentación. In. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna.* Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, pp. 07-12, p. 09.
[65] Parafraseando Laplantine em sua belíssima construção lexical, mesmo quando traduzida para o português: "O conhecimento antropológico da nossa cultura passa inevitavelmente pelo conhecimento das outras culturas, e devemos especialmente reconhecer que somos uma cultura possível entre tantas outras, mas não a única". LAPLANTINE, François. *Aprender...* Op. cit. p. 13.
[66] Em que pese existir uma aspiração ideológica à universalidade do direito penal a partir da dogmática penal, conforme SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, pp. 21 e ss.
[67] Sobre *delictum mere prohibitum* em uma perspectiva multicultural, ver DIAS, Augusto Silva. *Crimes Culturalmente Motivados*: o direito penal ante a "estranha multiplicidade" das sociedades contemporâneas. Coimbra: Almedina, 2016, *maxime* pp. 286 e ss.
[68] COMPARATO, Fábio Konder. *Ética...* Op. cit. pp. 494 e 505.
[69] DIAS, Augusto Silva. *O multiculturalismo...* Op. cit., p. 19-21.

grupos que não comungam das mesmas obrigações advindas desta filosofia, mas querem se beneficiar dos direitos que dela se originam.

De qualquer sorte, é necessário o concreto balizamento do conteúdo de uma cultura cívica comum[70] ou dos pressupostos que irão conduzir o diálogo intercultural e a aplicação de políticas criminais multiculturais, pois a própria afirmação de que "o bem humano por excelência (*to anthropinon agathon*), aquele que em todos os tempos e lugares, tem sido expresso pela palavra *felicidade (eudaimonia)*"[71] carece de confirmação prática com a simples comparação com algumas culturas que pregam que a vida é uma passagem de sofrimento para um pós-morte no paraíso ou que existem funções específicas para cada classe/casta que devem ser realizadas como lei imutável pelos que a integram[72].

O risco enfrentado com tais pressupostos ou pontos de partida é utilizar o direito penal como realizador de uma missão civilizatória etnocêntrica, o que pode ser limitado ao caracterizar tais pressupostos em termos abertos como: de que todos os seres humanos são capazes de uma racionalidade comunicativa[73][74], que toda cultura tem sua lógica interna e seus mecanismos de justificação, os quais precisam ser ponderados, e que todo ser humano adulto, capaz e livre tem uma reserva intocável de autonomia para decidir sobre o desenvolvimento da própria personalidade e sobre a adesão ou não a uma prática cultural.

Pode um Estado criminalizar o uso cultural-ritual-religioso de determinada substância psicotrópica comprovadamente nociva à saúde dos indivíduos que a ingerem, sob o argumento de proteção à saúde individual e púbica? Pode o Direito criminalizar, sob o

---

[70] Como reflexão desenvolvida por DIAS, Augusto Silva. Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 16, n. 02, pp. 187-238, abr./jun. 2006, *maxime* p. 224.

[71] COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*...Op. cit., p. 500.

[72] WEBER, Max. *Ciência e Política:* duas vocações. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 14ª ed. São Paulo: Cultrix, 2007, pp. 116-118, já alertava sobre a irracionalidade das decisões e valores dos seres humanos ao falar da violência aceita na ética (violência legítima) dos guerreiros hindus e de como, no livro *Bhagavad Gita*, Khrisna orienta Arjuna a guerrear sempre e fazer o que tiver que fazer uma vez que este é o dever de sua casta neste mundo.

[73] Para uma visão introdutória sobre a proposta de Habermas de utilização da razão comunicativa (em oposição à razão instrumental) como meio de favorecer o entendimento e a elaboração de alternativas de ação para a mudança, ver POLLI, José Renato. *Habermas:* agir comunicativo e ética do discurso. Jundiaí: Editora In House, 2013, pp. 10 e ss.

[74] Toda interação existente entre seres humanos é mediatizada pela linguagem (em suas diversas formas) com pretensão de validade para o emissor, o que parece distinguir o próprio ser humano. Ver HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa:* complementos e estudios previos. Trad. M. Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 1982, *maxime* pp. 493 e ss.

argumento da indisponibilidade do direito fundamental à integridade física, a conduta do médico ou da fanateca[75] que realiza a excisão clitoridiana em uma mulher maior, capaz e livre que decide submeter-se a tal procedimento por questões afetivas-culturais?[76] Mais ainda, poderia um Estado intervir criminalmente para impedir a "escravização" sexual de uma mulher adulta que se submete a um homem por considerá-lo de uma casta superior à sua?

Casos que envolvem menores de idade, incapazes ou nos quais existe uma impossibilidade real de mudança devido a ameaças ou à opressão sistemática e socialmente estimulada[77] devem ser protegidos pelo Direito, talvez com a utilização de sanções penais, como veremos detalhadamente ao longo desta tese, mas existem casos de adultos capazes que se chocam com o próprio sentimento ocidental de dignidade do ser humano, conduzindo inevitavelmente a uma tentativa de imposição de uma visão parcial de direitos humanos.

A simples cogitação de uma mulher submetida a um cárcere voluntário e passivo, vivendo apenas para realizar trabalhos domésticos e satisfazer sexualmente a um homem (que não raro possui várias mulheres nas mesmas condições) que ela julga ser superior, já causa certo desconforto e mal estar em um jurista ocidental com formação humanista, mas estes sentimentos também precisam ser colocados diante do sentimento do outro e questionados. Seria possível a ausência de repressão penal no caso dessa mulher ser maior, capaz e realmente acreditar que seu destino na Terra é servir àquele homem? Ao não criminalizar a conduta desse homem, estaria o Direito abrindo mão da própria ideia de dignidade da pessoa humana? Ou estar-se-ia respeitando o que o ser humano tem de mais sagrado, sua livre escolha, mesmo contra toda e qualquer lógica ou razão?

Pode-se abrir mão da força, da punição e da repressão diante daquele que tem valores tão diversos? Fazer com que não exista uma interferência estatal penal diante de casos extremos não conduzirá à destruição da própria ideia de Direito? E como não transpor lógicas

---

[75] DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido*… Op. cit., p. 193.

[76] Ver NJAMBI, Wairimu Ngaruiya. Dualisms and female bodies in representations of African female circumcision: a feminist critique. *Feminist Theory*, s./l., vol. 05, nº 03, pp. 281-303, 2004.

[77] Como a situação vivida por diversas mulheres, principalmente em comunidades pequenas e isoladas/afastadas, conforme retratado, na literatura, de forma crítica, triste e magistral, por COUTO, Mia. *A confissão da leoa.* 10ª ed. Lisboa: Caminho, 2012.

de casos extremos para casos multiculturais menos graves ou que apenas se chocam com a moralidade média imposta e massificada pelo grupo hegemônico?

Adotando de partida apenas o parâmetro que se deve respeitar escolhas culturais feitas por pessoas maiores, livres e capazes que não interferem na esfera privada e nos destinos dos outros, desenvolver-se-á a presente tese para testar os argumentos e as possibilidades de uma convivência plural e libertária entre culturas diferentes.

Sob uma perspectiva estrutural-metodológica, a tese pode ser vista a partir dos três pilares do pragmatismo jurídico (contextualismo, antifundacionalismo e consequencialismo)[78], conjugados com as três dimensões da experiência e análise jurídica (fato, valor e norma)[79], já que a estrutura organizacional dos capítulos busca seguir esta linha de raciocínio.

Desta forma, nos dois capítulos iniciais apresenta-se a prática religiosa *ayahuasqueira*, suas origens, seu contexto e os problemas jurídicos que hoje existem neste campo (contextualização e fato). No capítulo 03, busca-se criticamente colocar em dúvida conceitos adotados pela dogmática penal e aplicados na política criminal de combate às drogas, demonstrando-se os problemas práticos trazidos por pressuposições axiológicas tácitas, generalizações e abstrações neste campo (antifundacionalismo e valor). Por fim, nos últimos dois capítulos busca-se estudar o padrão axiológico-intencional a ser adotado em uma visão multicultural do problema do uso religioso da *ayahuasca* e as consequências de diferentes posicionamentos, visualizando-se os possíveis caminhos jurídico-criminais para se construir a melhor decisão da questão (consequencialismo e norma).

Evidencia-se, já de início, o que se confirmará ao longo do trabalho, que a metodologia jurídica seguida baseia-se no jurisprudencialismo elaborado por Castanheira Neves[80], elegendo-se o caso do uso religioso da *ayahuasca* como problema jurídico concreto, existente

---

[78] POSNER, Richard A. What has pragmatism to offer law? *Southern California Law Review*, Berkeley, n. 63, pp. 1653-1670, 1990, pp. 1660-1661; GREY, Thomas. What good is legal pragmatism. In. BRINT, Michael; WEAVER, William (Eds.). *Pragmatism in law and society.* San Francisco: Westview Press, 1991, pp. 09-27, p. 16.

[79] REALE, Miguel. *Filosofia*...Op. cit., pp. 585-586.

[80] NEVES, António Castanheira. *O actual problema metodológico da intepretação jurídica - I.* Reimp. Coimbra: Coimbra, 2010, *maxime* pp. 334 e ss; NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica:* problemas fundamentais. Reimp. Coimbra: Coimbra, 2013, *maxime* pp. 142 e ss; NEVES, António Castanheira. Método Jurídico. In. NEVES, António Castanheira. *Digesta:* escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 02. Reimp. Coimbra: Coimbra, 2010, pp. 283-336, *maxime* pp. 315 e ss.

na práxis cotidiana, que exige interpretação jurídica ampla e complexa para a determinação normativa adequada para realizar constitutivamente o Direito.

Inspirado pelas palavras de Boaventura de Sousa Santos – "o conhecimento-emancipação não aspira a uma grande teoria, aspira sim a uma teoria da tradução que sirva de suporte epistemológico às práticas emancipatórias"[81] –, este trabalho consiste, em verdade, em uma intransigente e radical (tentativa) prática de moderação ou, utilizando-se das palavras de Celso Lafer ao caracterizar o conjunto da obra de Norberto Bobbio, de uma tentativa de reflexão teórico-prática de "oposição à fúria dos extremos e aos riscos de seus desdobramentos na política, no direito, na cultura e na sociedade"[82], para que nunca chegue o dia, em país algum, em que as pessoas tenham que "escolher", como no romance preditivo *Submissão*[83], apenas entre uma ultra direita nacionalista e um fundamentalismo religioso radical, ainda que disfarçado.

[81] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por que*... Op. cit. p. 206.
[82] LAFER, Celso. *Norberto Bobbio:* trajetória e obra. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 25.
[83] HOUELLEBECQ, Michel. *Submissão.* Trad. Rosa Freire d'Aguiar. Rio de Janeiro: Alfaguara-Objetiva, 2015.

1. USO RITUAL DE SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS, LIBERDADE RELIGIOSA E MULTICULTURALISMO

1.1. Histórico do uso religioso de psicoativos (enteógenos ou plantas de poder)

Plantas que, quando ingeridas, têm a capacidade de induzir estados alterados de consciência – com modificações das percepções visuais, auditivas, táteis, olfativas e gustativas – sempre fascinaram o ser humano, devido a seus efeitos profundos na mente humana e pela aparente possibilidade de comunicação com um plano sobrenatural[84]. A força de tais experiências individuais e a falta de compreensão sobre como essas plantas conseguiam causar efeitos tão significativos na mente humana levaram diversos povos "primitivos"[85] a, de alguma forma, sacralizar tais plantas e seu uso[86].

O objetivo desta seção consiste em apresentar uma visão geral sobre quais são as principais plantas alucinógenas[87] utilizadas em contexto cultural-religioso e suas origens, demonstrando como são comuns em diversas partes do mundo e como ou por que começaram a ganhar relevância jurídica.

Com o desenvolvimento das ciências, buscou-se entender quais eram os princípios ativos contidos nessas plantas que agiam sobre o cérebro e como causavam os efeitos chamados alucinógenos, o que permitiu que diversas substâncias psicoativas fossem isoladas e também sintetizadas em laboratório.

A dessacralização da natureza, a partir da melhora das pesquisas científicas, no entanto, ocorre paulatinamente na história da humanidade, não atingindo todos os povos e culturas de

---

[84] SCHULTES, Richard Evans; HOFMANN, Albert. *Plantas de los Dioses:* orígenes del uso de los alucinógenos. Trad. Alberto Biano. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 09.

[85] Entre aspas, como adverte Lévi-Strauss, uma vez que o pensamento primitivo caracteriza-se por ser sem escrita e por aspirar à totalidade, não por ser inferior ao pensamento moderno-científico, conforme LÉVI-STRAUSS, Claude. *Mito e Significado.* Trad. António Marques Bessa. Lisboa: Edições 70, 1978, pp. 20 e ss.

[86] Parece ser este o critério que justifica o próprio surgimento das religiões, isto é, a atribuição de sagrado a determinadas coisas, conforme infere-se da leitura de DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa:* o sistema totémico na Austrália. Trad. Miguel Serras Pereira. Oeiras: Celta, 2002, p. 45: "Quando se crê que os seres sagrados não se distinguem dos outros senão pela intensidade maior dos poderes que lhe são atribuídos, a questão de saber como os homens puderam ter a ideia de tais seres torna-se bastante simples: basta investigarmos que forças são as que, pela sua excepcional energia, puderam ferir o espírito humano de maneira a inspirar-lhe sentimentos religiosos".

[87] Ver nota 47.

forma uniforme[88]. Ademais, aquilo que a ciência ainda não consegue explicar satisfatoriamente, as culturas tendem a explicar através de mitos ou de uma força sobrenatural, o que passa a fazer parte do campo religioso[89].

A aparição da vida no universo é o mistério central para o homem, sendo que todas as religiões do mundo tentam, em alguma medida, explicar o nascimento, a morte, a diferenciação das espécies, a natureza do ser humano (e de sua mente/consciência), a renovação da vida e dos ciclos cósmicos, entre outros temas que são de insuficiente compreensão pela razão científica[90].

A ciência das religiões e a antropologia revelam, a partir de revisões históricas e pesquisas atuais sobre as mais diversas sociedades e seus cultos, que, mesmo nas sociedades em que as pessoas precisam lutar pela subsistência diariamente e nas quais não existe uma divisão de funções sociais bem elaborada e que permita maior segurança sobre o futuro, os seres humanos são capazes de pensamentos "desinteressados"[91], fazendo com que todas as sociedades guardem em sua constituição *hierofanias*, isto é, manifestações de realidades sagradas[92].

Presume-se que o ser humano tem uma tendência/inclinação religiosa em razão das religiões fornecerem respostas à falta de propósitos claros da vida e possibilitarem algum alívio aos sofrimentos, dificuldades diárias e pressões da vida em comunidade[93]. É interessante verificar como Freud (1856-1939) trata de religião e do uso de substâncias psicoativas (substâncias tóxicas) no mesmo contexto[94], ou seja, como medidas que podem ajudar o ser humano a suportar os sofrimentos da vida em sociedade, decorrentes da limitação das pulsões naturais, e a ausência de respostas sobre o propósito da vida humana. Ainda sob

---

[88] ELIADE, MIRCEA. *O Sagrado e o Profano.* Trad. Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p 75.
[89] Ibid., pp. 12 e ss.
[90] Ibid., p. 73.
[91] Em que pese ser possível colocar em dúvida se os homens realmente desenvolveram sua relação com o divino de forma desinteressada, uma vez que buscavam alegrar os deuses para obter benefícios em sua vida concreta, facilitando a relação com a natureza e, assim, sua sobrevivência, utiliza-se o termo no sentido de LÉVI-STRAUSS, Claude. *Mito*... Op. cit. p. 22.
[92] ELIADE, Mircea. *O Sagrado*... Op. cit. p. 13.
[93] FREUD, Sigmund. O Mal-Estar na Civilização. In. FREUD, Sigmund. *O Futuro de uma Ilusão, O Mal-Estar na Civilização e outros trabalhos (1927-1931).* Coleção Obras Completas de Sigmund Freud, vol. XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1980, pp. 40-90, pp. 49 e ss.
[94] Ibid. idem

uma perspectiva psicanalítica, pode-se pensar que o uso religioso de psicoativos alucinógenos se dá em maior escala e de forma mais comum em sociedades mais comunitárias, grupos sociais menores e com maior grau de comunitarismo, justamente porque as pressões e o controle social existentes são mais fortes, sendo necessário um momento de fuga da realidade para os seus membros.

Assim, somando-se ao sentimento "oceânico" de ligação com o universo ou algo superior que, a princípio, domina boa parte das pessoas[95], tem-se a necessidade de explicação do mundo, da essência humana e de tudo que se desconhece no funcionamento da mente, da natureza e do universo. Ademais, nas sociedades primitivas, muitos saberes tradicionais eram passados oralmente e em ritos iniciáticos[96], utilizando-se de psicoativos para aumentar o impacto da experiência e assegurar a sua continuidade[97].

Com essa necessidade do sagrado que o ser humano (*homo religiosus*)[98] e as sociedades têm[99] e os fortes efeitos que algumas plantas causam sobre a mente humana e os sentidos (fortes alterações sensoriais/cognitivas e o desprendimento da realidade concreta e do dia a dia), a sacralização dessas plantas tornou-se inevitável[100], sendo normal seu uso em contexto sagrado/divino/religioso em todas as sociedades, até os dias de hoje[101][102].

O uso de outras substâncias que alteram os sentidos também é comum em todas as sociedades, com finalidades variadas, desde o uso recreativo e para a interação social até o

---

[95] FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar*... Op. cit., pp. 42 e ss.
[96] ELIADE, Mircea. *O Sagrado*... Op. cit. p. 91.
[97] GRUZINSKI, Serge. *A colonização do imaginário:* sociedades indígenas e ocidentalização no México espanhol, séculos XVI-XVIII. Trad. Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, pp. 315 e ss.
[98] ELIADE, Mircea. *O Sagrado*... Op. cit. p 16.
[99] RATZINGER, Joseph. *Fé, verdade, tolerância:* o cristianismo e as grandes religiões do mundo. Trad. Sivar Hoeppner Ferreira. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência "Raimundo Lúlio" (Ramon Llull), 2013, *maxime* pp. 175 e ss, entende que é a própria necessidade do divino e da compreensão do *logos* de Deus que caracterizam a universalidade do espírito humano.
[100] Alguns estudiosos, destaque-se, cogitam que foi o uso de plantas alucinógenas que fez surgir a própria ideia de divindade a partir do que se iniciaram as primeiras religiões, uma vez que os efeitos sobrenaturais vivenciados quando da ingestão de psicoativos eram muito impactantes e inexplicáveis para os povos primitivos, conforme SCHULTES, Richard Evans; HOFMANN, Albert. *Plantas*... Op. cit. pp. 62-64.
[101] ALBUQUERQUE, Maria Betânia Barbosa. Psicoativos e saberes religiosos: reflexões sobre um campo de estudos. *Plural – Revista de Estudos de Religião.* Vol. 05, n. 01, pp. 69-89, 2014, p. 70.
[102] HUXLEY. Aldous. *As Portas da Percepção e Céu e Inferno.* Trad. Osvaldo de Araújo Sousa. Rio de Janeiro: Globo, 2005, pp. 30 e ss.

uso terapêutico, médico e militar[103]. Esta pesquisa concentra-se nos usos religiosos a que são destinadas algumas substâncias psicoativas.

Em que pese existirem registros de estudos farmacológicos sobre substâncias psicoativas oriundas de plantas já no Século XVI[104], os primeiros estudos de caráter antropológico, social e no campo das ciências das religiões apenas surgiram no final do Século XIX, com os estudos sobre o uso do cacto *peyote* e, posterior, com o isolamento de seu princípio ativo, a mescalina[105].

Ao longo de todo Século XX, principalmente em sua segunda metade, os estudos sobre as designadas substâncias enteógenas[106] ganharam força e permitiram verificar que os psicoativos utilizados em rituais religiosos pertencem, geralmente, à família dos psicodislépticos/alucinógenos[107], por esses permitirem visões e criarem a sensação de que se estabelece contato com outros planos sobrenaturais, deuses, espíritos ou seres que instruem sobre assuntos divinos, religiosos e terrenos.

Na Índia, há relatos antiguíssimos sobre o uso ritual de *datura* em cerimônias devocionais ao deus hindu Shiva. A tradicional imagem de Shiva é, inclusive, representada com o deus segurando em uma de suas mãos uma flor de *datura*[108]. Em outras partes da cultura védica também existem referências a uma bebida sagrada utilizada pelos sacerdotes hindus, chamada *soma*, a qual seria preparada a partir do cogumelo *amanita muscaria*, que provavelmente é o mais antigo alucinógeno utilizado pela humanidade[109]. Modernamente, a palavra *soma* foi utilizada na literatura distópica de Aldous Huxley (1894-1963) para

---

[103] CARNEIRO, Henrique. A odisseia psiconáutica: a história de um século e meio de pesquisas sobre plantas e substâncias psicoativas. In. LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder*. Campinas: Mercado de Letras, 2005, pp. 57-81, *maxime* pp. 68 e ss.
[104] Ibid., p. 64.
[105] Ibid., p. 59.
[106] Henrique Carneiro (Ibid., p. 63) reforça que existem, como visto, três nomes para designar essas substâncias, sendo eles: i) alucinógenos, mais comum em pesquisas científicas-farmacológicas; ii) enteógenos; utilizado geralmente para designar substâncias utilizadas para fins religiosos e se atingir o êxtase; e iii) psicodélicos, utilizada pelo movimento político cultural de 1960 e usuários de LSD.
[107] Basicamente, em que pese existirem algumas variações classificatórias, as substâncias que agem sobre o sistema nervoso central podem ser dividas em 03 grandes famílias: i) psicolépticos, que deprimem as funções psíquicas; ii) psicoanalépticos, que estimulam o SNC; e iii) psicodislépticos (alucinógenos), que modificam as funções psíquicas, conforme SEIBEL, Sergio Dario; TOSCANO JR., Alfredo. Conceitos básicos e classificação geral das substâncias psicoativas. In: SEIBEL, Sergio Dario; TOSCANO JR., Alfredo (Orgs.). *Dependência de Drogas*. São Paulo: Atheneu, 2001, pp. 01-06, p. 04.
[108] SCHULTES, Richard Evans; HOFMANN, Albert. *Plantas*... Op. cit., pp. 10 e ss.
[109] Ibid., pp. 34 e 82.

designar a droga consumida pela população condicionada e oprimida de *Admirável Mundo Novo*[110] para fugir da tristeza.

É também na Índia que existem os registros mais antigos sobre o uso religioso da maconha ou ganja/marijuana *(Cannabis sativa)*, em que pese existirem registros chineses de mais de cinco mil anos recomendando a *Cannabis* para diversos fins medicinais e terapêuticos[111][112]. A planta do cânhamo e suas fibras também encontraram diversos usos comerciais desde a antiguidade, sendo, no entanto, a partir dos Vedas hindus e de diversos cultos ancestrais tibetanos que a maconha passou a ser consumida com propósitos religiosos, sendo considerada um presente dos deuses para o espírito humano[113].

O uso da maconha em contexto social, recreativo e terapêutico espalhou-se pelo mundo e mantém-se até hoje, sendo muito popular em todos os continentes e gerando constantes debates jurídicos sobre sua legalização. Em rituais religiosos, a maconha é utilizada, hodiernamente, pela religião rastafári (surgida na Jamaica, em 1930).

A doutrina religiosa rastafári teve seu substrato com as ideias políticas de Marcus Garvey (1887-1940), um nacionalista jamaicano que lutou para recriar o orgulho negro dos jamaicanos e suas ligações com o continente africano. Em 1930, quando Ras Tafari Makonnem (1892-1975) tornou-se imperador da Etiópia (país africano que sempre manteve sua independência), passando a ser chamado de Haile Selassie, grupos jamaicanos começaram a venerá-lo como a reencarnação de Jeová (Jah) e o predestinado para liderar uma grande, única e rica nação negra na África[114].

De caráter evidentemente bíblico messiânico, os seguidores e adoradores de Jah Ras Tafari passaram a pregar uma volta à natureza, o vegetarianismo, o não corte dos cabelos, o

---

[110] HUXLEY, Aldous. *Admirável Mundo Novo*. 5ª ed. Trad. Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1979, p. 36.
[111] SCHULTES, Richard Evans; HOFMANN, Albert. *Plantas*... Op. cit., p. 96.
[112] Recentemente, pesquisadores arqueólogos da *University of Chinese Academy of Sciences* descobriram uma tumba, com aproximadamente 2800-2400 anos, em que o cadáver foi envolto em *Cannabis*, o que indica ser pré-histórico o uso ritual da planta, conforme JIANG, Hongen et al. Ancient *Cannabis* Burial Shroud in a Central Eurasian Cemetery. *Economic Botany*, New York, [Article on-line], 20 set. 2016. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007/s12231-016-9351-1>. Acesso em: 18 out. 2016.
[113] SCHULTES, Richard Evans; HOFMANN, Albert. *Plantas*... Op. cit., pp. 92 e ss.
[114] ERSKINE, Noel Leo. *From Garvey to Marley:* Rastafari theology. Gainesville: University Press of Florida, 2007, pp. 05 e ss.

afastamento do mundo capitalista ocidental e o uso ritual da ganja para fins meditativos e terapêuticos, principalmente do espírito[115].

Com a divulgação da religião rastafári pelo cantor de reggae Bob Marley (1945-1981), o uso ritual religioso da maconha e outras práticas rastafáris se espalharam por diversos países, gerando discussões multiculturais e jurídico-criminais similares as que existem hoje quanto ao uso ritual da *ayahuasca*[116].

Na África, até onde se sabe e quando comparada com o continente americano, é pequena a incidência, e consequentemente a utilização, de plantas alucinógenas[117], sendo o culto do *buiti* ou *bwiti*, que venera a iboga (raiz de um arbusto que produz efeitos inebriantes e que permite, segundo seus seguidores, contato com os antepassados), um dos únicos cultos religiosos de uma planta de poder naquele continente[118]. Nativos do Gabão e do Congo, principais países de utilização da iboga, têm nessa planta de poder um dos principais elementos de unificação e resistência cultural da região[119]. A iboga já era utilizada em contexto religioso pelos pigmeus[120], que a veneravam como se fosse um deus, sendo que seu uso continua em diversas tribos, geralmente em rituais de iniciação e relacionados com a morte, uma vez que os efeitos provocados afetam a coordenação motora e permitem uma viagem astral com antepassados[121]. Fora do contexto religioso, a ibogaína isolada, princípio ativa da iboga, vem sendo pesquisada para o tratamento contra a drogadição de heroína e cocaína[122].

Já no México e nos Estados Unidos, os indígenas originários faziam, e seus descentes fazem até hoje, o uso do cacto *peyote (Lophophora williamsii)* em rituais religiosos, sendo esse um dos alucinógenos mais conhecidos e utilizados em contexto religioso[123]. O seu

---

[115] ERSKINE, Noel Leo. *From Garvey* ... Op. cit., pp. 05 e ss.
[116] RENTELN, Alison Dundes. *The Cultural Defense.* New York: Oxford University Press, 2004, pp. 78 e ss. e 257 e ss.
[117] SCHULTES, Richard Evans; HOFMANN, Albert. *Plantas...* Op. cit., p. 26.
[118] Ibid. pp. 81 e 112-115.
[119] Ibid. idem.
[120] SAMORINI, Giorgio. Buiti: religião enteogênica africana. In. LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder.* Campinas: Mercado de Letras, 2005, pp. 301-329.
[121] Ibid. p. 309.
[122] OTT, Jonathan. *Pharmacotheon:* entheogenic drugs, their plant sources and history. 2ª ed. Kennewick: Natural Products, 1996, p. 373; SCHULTES, Richard Evans; HOFMANN, Albert. *Plantas...* Op. cit., p. 113 e ss.
[123] SCHULTES, Richard Evans; HOFMANN, Albert. *Plantas...* Op. cit., pp. 27, 62, 81 e 144 e ss.

princípio ativo é a mescalina, a qual também é encontrada em outros cactos, como o São Pedro, *wachuma* ou *aguacolla*, o qual é utilizado, em países andinos como Peru, Equador e Bolívia, como substrato para o chá *cimora*, empregado em rituais religiosos que buscam a comunicação com outras realidades[124].

No sul do México e Guatemala, destaca-se o consumo ritual-religioso milenar de cogumelos mágicos/divinos, os quais possuem como princípios ativos a *psilocibina* e a *psilocina*, que provocam visões coloridas por várias horas, o que leva os indígenas mexicanos a acreditarem que um deus mora nesses cogumelos[125].

Robert Gordon Wasson (1898-1986) é o mais famoso pesquisador sobre o consumo de cogumelos alucinógenos (*magic mushrooms*) por humanos, sendo considerado o criador da *enthnomycology*, campo da biologia e da botânica que estuda os usos históricos e impactos sociais do consumo de fungos (cogumelos) por seres humanos. Wasson fez diversos estudos sobre os usos sagrados-místicos de cogumelos mágicos por culturas indígenas mexicanas[126] e escreveu outros livros sobre o poder e os efeitos que os cogumelos podem causar sobre a mente humana e um possível contato com o divino[127].

Por fim, no Brasil, pode-se verificar dois grandes grupos de usos religiosos tradicionais de substâncias psicoativas alucinógenas, sendo eles: os cultos da jurema e as religiões *ayahuasqueiras*.

Os cultos da jurema, conhecidos como Catimbó, têm pouca doutrina escrita[128], pois não constituem uma religião institucionalizada, mas práticas religiosas infra organizacionais desenvolvidas e realizadas, tradicionalmente, no nordeste brasileiro[129]. Miscigenando elementos xamânicos-indígenas, cristãos, kardecistas e umbandistas (uma religião indo-afro-

---

[124] SCHULTES, Richard Evans; HOFMANN, Albert. *Plantas...* Op. cit., pp. 30 e 166 e ss.
[125] Ibid., pp. 22-23.
[126] WASSON, Robert Gordon. *The Wondrous Mushroom:* mycolatry in Mesoamerica. New York: McGraw-Hill, 1980.
[127] Como, por exemplo, WASSON, Valentina Pavlovna; WASSON, Robert Gordon. *Mushrooms, Russia and History*. New York: Pantheon Books, 1957.
[128] Existem, contudo, alguns estudos importantes sobre o tema, como, por exemplo, BRUMANA, Fernando Giobelina. A propósito de la jurema: reflexiones sobre el campo religioso brasileño. *Revista de Antropologia*, São Paulo, vol. 48, nº 02, pp. 423-471, 2005.
[129] Conforme MOTTA, Roberto. A Jurema do Recife: religião indo-afro-brasileira em contexto urbano. In. LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder.* Campinas: Mercado de Letras, 2005, pp. 279-299.

brasileira), o Catimbó centra-se na ingestão de uma bebida chamada popularmente de "vinho da jurema", preparada a partir de uma árvore do gênero Acácia, a *Mimosa hostilis*[130].

A jurema é considerada, em efeitos e sacralidade, uma bebida análoga à *ayahuasca*, contendo inclusive o mesmo princípio ativo, a DMT[131]. O uso indígena tradicional da jurema na região nordeste do Brasil sempre foi tão difundido que é retratada ao longo do romance indianista *Iracema*, de José de Alencar (1829-1877), como uma bebida sagrada, guardada pelo pajé e capaz de proporcionar sonhos agradáveis aos índios[132].

Por ficar restrito à região nordeste do país, não ter grande divulgação nos meios de comunicação e não possuir um caráter expansionista, o Catimbó não tem despertado ações repressivas de órgãos estatais, ainda que a utilização da jurema em contexto urbano, em "terreiros" de Candomblé-Xangô, possa modificar esse cenário[133].

A *ayahuasca* é considerada sagrada e utilizada por várias tribos indígenas ancestrais da região amazônica, sendo seu uso indígena tradicional comum em diversos países da América do Sul, como se verá adiante. A bebida – que, como visto, consiste na mistura e decocção de um cipó, *Banisteriopsis caapi*, chamado popularmente de jagube ou mariri, com as folhas de um arbusto, *Psychotria viridis*, conhecido como chacrona ou rainha[134] - recebe diversos nomes, como *yagé*, daime, santo daime, *hoasca*, vegetal, cipó dos mortos, vinho das almas, *caapi*, *ambiwaska*, *natema* ou *kamarampi*[135]. No entanto, é pela designação derivada da língua quíchua/quéchua, idioma dos incas peruanos e bolivianos, que a bebida ficou mais conhecida, relembrando que etimologicamente "aya" significa pessoa morta, alma ou espírito e "waska" corda ou cipó[136].

---

[130] OTT, Jonathan. *Pharmacotheon…* Op. cit. p. 174.
[131] "Todas las recetas para los análogos de *ayahuasca* deben incluir un inhibidor de MAO y un promotor de DMT", conforme SCHULTES, Richard Evans; HOFMANN, Albert. *Plantas*... Op. cit., pp. 137.
[132] ALENCAR, José de. *Iracema.* [Livro eletrônico/e-book] – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013, pp. 34, 52, 82 e 85.
[133] MOTTA, Roberto. *A Jurema*... Op. cit.
[134] GAUJAC, Alain. *Estudo*... Op. cit., pp. 13 e ss.
[135] ZULUAGA, Germán. A cultural do yagé, um caminho de índios. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed., 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 129-145, pp. 133-134.
[136] LABATE, Beatriz Caiuby. A literatura brasileira sobre as religiões *ayahuasqueiras*. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, p. 232.

Os primeiros registros escritos sobre a *ayahuasca* constam de missões jesuíticas da primeira metade do Século XVIII, a partir dos quais já se infere o uso mágico e ritual que era feito da bebida[137]. Alguns pesquisadores, no entanto, acreditam que o uso sagrado da *ayahuasca* é imemorial e feito há aproximadamente 2.000 anos[138]. Considerada uma planta dos deuses, sagrada pelos efeitos que ocasiona, entendidos como contatos com outros planos, com entidades da floresta, curas e orientação espiritual, a *ayahuasca* é um ponto de confluência entre culturas sul-americanas, já que sua divinização e uso ancestral são comuns na Colômbia, Venezuela, Equador, Peru, Bolívia e Brasil[139][140].

É comum, ainda hoje, o uso mágico-sagrado da *ayahuasca* em culturas indígenas e dentre moradores da floresta amazônica[141], sendo que seu uso urbano começou depois do 1º ciclo da borracha[142], pois durante esse período os seringueiros adentravam na floresta para coletar látex, mantinham contato com os indígenas e acabaram conhecendo a *ayahuasca*[143][144]. Foi nesse período, em um ritual xamânico indígena, que o seringueiro Raimundo Irineu Serra (1892-1971), neto de escravos e natural do Maranhão, nordeste do Brasil, pretensamente recebeu a iluminação de Nossa Senhora da Conceição, a qual o orientou a criar uma igreja cristã que utilizasse a bebida dos índios (*ayahuasca*) como sacramento principal[145][146].

---

[137] DE MORI, Bernd Brabec. Tracing Hallucinations: contributing to a critical ethnohistory of *ayahuasca* usage in the Peruvian Amazon. In. LABATE, Beatriz Caiuby; JUNGABERLE, Henrik (Eds.). *The Internationalization of ayahuasca*. Berlim: LIT, 2011, pp. 23-47, pp. 32-33.

[138] MCKENNA, Dennis J. *ayahuasca*: uma história etnofarmacológica. In. METZNER, Ralph (Org.). *ayahuasca*: alucinógenos, consciência e o espírito da natureza. Trad. Márcia Frazão. Rio de Janeiro: Gryphus, 2002, pp. 172-194, p. 174.

[139] LUZ, Pedro. *O uso*… Op. cit., pp. 37-68.

[140] DE MORI, Bernd Brabec. *Tracing*... Op. cit. pp. 42 e ss.

[141] LUZ, Pedro. *O uso*… Op. cit., pp. 37-68.

[142] Movimento econômico e de migração de trabalhadores de várias regiões do Brasil para o norte do país, especificamente para a floresta Amazônica, no início de 1900, para trabalharem na extração da seiva da seringueira, conhecida como látex, utilizada para fabricação da borracha. Por todos, ver DEAN, Warren. *A luta pela borracha no Brasil:* um estudo de história ecológica. São Paulo: Nobel, 1989.

[143] BALZER, Carsten. Santo Daime na Alemanha: uma fruta proibida do Brasil no "mercado das religiões". In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca*. 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 507-537, p. 509 e ss.

[144] CEMIN, Arneide Bandeira. Os rituais do Santo Daime: sistemas de montagens simbólicas. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 347-382, pp. 347-348.

[145] OLIVEIRA, Isabela. Breve Histórico da ressignificação da *ayahuasca* na religião Santo Daime. *In. Interthesis – Revista Internacional Interdisciplinar*, Florianópolis, v. 07, n. 02, pp. 316-342, 2010, p. 324.

[146] SANTO DAIME. Origem do Santo Daime. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/religiao-da-floresta/o-santo-daime/origem-do-santo-daime>. Acesso em: 13 ago. 2016.

Quando voltou do trabalho na floresta, Raimundo passou a fazer curas e atendimentos espirituais na cidade de Rio Branco, capital do estado brasileiro do Acre, até que, na década de 1930, constituiu, oficialmente, a primeira igreja *ayahuasqueria* brasileira, a Igreja do Santo Daime. Raimundo Irineu Serra passou a ser conhecido como Padrinho ou Mestre Irineu pelos seus seguidores, tendo rebatizado a *ayahuasca* como Daime devido aos pedidos feitos por quem a ingere - "dai-me luz, dai-me amor e dai-me paz"[147]. Também foi durante a década de 30 que os hinários da Igreja do Santo Daime foram "recebidos", em rituais de ingestão da bebida, por Irineu Serra, tornando-se ponto central na liturgia da igreja. É quando os fiéis entoam os cânticos, bailam/dançam e ingerem a *ayahuasca* que conseguem "sair do corpo", fazer o "voo mágico xamânico" e, supostamente, obtêm lições espirituais[148].

Posteriormente, como se verá adiante, foram criadas outras igrejas (Barquinha e União do Vegetal) que também cultuam e usam ritualisticamente a *ayahuasca*. A preparação da bebida - que ocorre no Brasil para as religiões *ayahuasqueiras*, não só por questões de clima e cultivo[149], mas também por mandamentos doutrinários das igrejas, que atendem a questões metafísicas - é considerada sagrada e feita de forma ritualizada, consistindo na colheita dos vegetais, limpeza das folhas, raspagem e maceração do cipó, cozimento/decocção da mistura (que só ocorre em determinada fase da lua e em horários definidos) e envase da bebida. Enquanto os homens manuseiam o cipó, as mulheres entoam cânticos e são responsáveis pelo preparo das folhas. Todos trabalham sob o efeito da bebida sacramental e com total devoção, uma vez que consideram aquela atividade sagrada[150][151].

De forma geral, até o início da década de 1960, a maioria das substâncias psicoativas alucinógenas eram legalizadas e diversos estudos sobre o uso farmacêutico, psicológico,

---

[147] MACRAE, Edward. *Guiado*... Op. cit., p. 67.
[148] GOULART, Sandra Lúcia. O contexto de surgimento do Santo Daime: formação da comunidade e do calendário ritual. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 277-301.
[149] GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SABINO, Bruno Duarte. *Ayahuasca*... Op. cit., p. 48.
[150] SANTO DAIME. O Feitio. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/ritual/feitio>. Acesso em: 13 ago. 2016.
[151] CEMIN, Arneide Bandeira. *Os rituais*... Op. cit., pp. 360-365.

médico-psiquiátrico eram realizados por universidades[152] e pela indústria farmacêutica[153]. Da mesma forma, em razão de ainda não estar massificado o uso da internet e dos transportes rápidos transoceânicos, o uso religioso de plantas de poder estava restrito a suas regiões originárias, no caso da *ayahuasca* à região amazônica no norte/noroeste do Brasil, não despertando maior interesse para o Direito em geral e para o direito penal em particular.

1.2. Questões multiculturais no contexto do uso religioso de drogas proibidas

Nesta seção, em continuidade à breve revisão histórica do uso de plantas alucinógenas em contexto cultural-religioso, buscar-se-á: (i) contextualizar o momento histórico a partir do qual o uso dessas plantas passou a ser um problema multicultural; e (ii) determinar qual o critério diferenciador para uma prática ser considerada cultural-religiosa-sacramental, objeto a ser considerado neste estudo jurídico-criminal com viés multicultural.

O grande público tomou conhecimento e passou a se interessar sobre os usos de plantas alucinógenas para fins místicos-mágicos-religiosos durante as décadas de 1960 e 1970, principalmente em razão do movimento político-cultural psicodélico e a partir da publicação, pela *University of California Press*, do livro *The Teachings of Don Juan: a Yaqui way of Knowledge*[154], do antropólogo Carlos Castaneda (1925-1998)[155]; no Brasil publicado com o título *A erva do diabo: as experiências indígenas com plantas alucinógenas reveladas por Dom Juan*[156]. Em que pese ainda hoje existirem dúvidas se os relatos trazidos no livro são efetivamente parte de uma pesquisa etnográfica desenvolvida pelo autor ou se são apenas criações de uma obra ficcional, o livro alcançou enorme sucesso na difusão da utilização de plantas de poder (cogumelos mágicos, cacto *peyote*, datura/trombeta, entre outros) em contexto religioso e xamânico, principalmente ao tratar dos conhecimentos de tribos indígenas do México e dos Estados Unidos.

---

[152] Conforme se pode ver com a incrível história de vida e com os estudos realizados por Timothy Leary (1920-1996), Professor (expulso) de Psicologia da Universidade de Harvard. Para uma visão geral de suas pesquisas e suas ideias para o futuro da humanidade, ver LEARY, Timothy. *The Politics of Ecstasy.* Reprinted. Berkeley: Ronin Publishing, 1998.
[153] CARNEIRO, Henrique. *A odisseia...* Op. cit. pp. 64 e ss.
[154] CASTANEDA, Carlos. *The Teachings of Don Juan*: a Yaqui way of Knowledge. Oakland: UC Press, 1968.
[155] CARNEIRO, Henrique. *A odisseia...* Op. cit. pp. 61 e ss.
[156] CASTANEDA, Carlos. *A erva do diabo*: as experiências indígenas com plantas alucinógenas reveladas por Dom Juan. 3ª ed. Trad. Luzia Machado da Costa. Rio de Janeiro: Record, 1968.

Outro livro que também fez sucesso, na época, foi *As Portas da Percepção*[157], de Aldous Huxley, no qual o autor descreve pormenorizadamente suas experiências com a mescalina oriunda do cacto *peyote*. Esse talvez tenha sido o livro que mais influenciou o movimento de contracultura que floresceu naquela época[158].

Foi também naquele período histórico – com as primeiras convenções internacionais com pretensões de completude ao tratar do tema do controle de drogas (*Convenção Única sobre Entorpecentes/Estupefacientes/Narcóticos de Nova Iorque*, de 1961[159], complementada pelo *Protocolo de Genebra* de 1972, e a *Convenção de Viena Sobre Substâncias Psicotrópicas*, de 1971[160]) e com o lançamento pelo presidente estadunidense Richard Nixon (1913-1994) de uma campanha mundial contra as drogas[161] – que o direito penal passou a se interessar, com primazia, sobre o uso religioso de psicoativos alucinógenos e plantas de poder, uma vez que elas foram classificadas como drogas proibidas e sua produção, fornecimento ou uso criminalizados pelas legislações penais da maioria dos países.

A N-dimetiltriptamina (DMT), princípio ativo encontrado na *ayahuasca*, é expressamente prevista como substância psicotrópica, devendo seu uso ser proibido, assim como dos preparados que a contenham, na Lista 1 da *Convenção de Viena Sobre Substâncias Psicotrópicas* de 1971.

Não que antes disso inexistisse certa normatividade proibitiva sobre o uso de algumas substâncias psicoativas em rituais religiosos, pois as igrejas cristãs sempre buscaram coibir usos de plantas consideradas sagradas por religiões pagãs, permitindo e disciplinando apenas o uso do vinho como simbolismo cristão aceito. Buscava-se, desta forma, manter o poder das igrejas cristãs institucionalizadas para dizer o que consideravam "verdade" e dos sacerdotes para orientar os caminhos espirituais[162]. No entanto, antes desse período, o direito penal não

---

[157] HUXLEY. Aldous. *As Portas...* Op. cit.
[158] ALBUQUERQUE, Maria Betânia Barbosa. *Psicoativos...* Op. cit. pp. 77 e ss.
[159] UNITED NATIONS. *Single Convention on Narcotic Drugs.* New York, 30 mar. 1961. Disponível em: <http://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_en.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.
[160] UNITED NATIONS. *Convention on Psychotropic Substances.* Viena, 21 fev. 1971. Disponível em: <http://www.incb.org/documents/Psychotropics/conventions/convention_1971_en.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.
[161] Para uma visão crítica sobre os interesses do lançamento da "guerra contra as drogas" pelo presidente Nixon, ver BULLINGTON, Bruce; BLOCK, Alan A. A Trojan horse: Anti-communism and the war on drugs. *Crime, Law and Social Change*, s./l., vol. 14, n. 01, pp. 39-55, mar. 1990.
[162] ESCOHOTADO, Antonio. *Historia General de las Drogas.* Madrid: Alianza, 1998, pp. 166 e ss.

tinha sido utilizado como instrumento para reprimir o uso dessas substâncias em contexto religioso-cultural.

Como mais um ingrediente de preocupação para a política criminal de combate às drogas, soma-se a globalização dos meios de comunicação e de transporte, como já mencionado, o que facilitou sobremaneira os deslocamentos e as imigrações de grupos étnicos para países que até então desconheciam certos usos de plantas psicoativas.

Algumas situações que envolvem o uso de psicoativos naturais em contexto não religioso, como o *khat* iemenita-somali, o *kambô* brasileiro e a folha de coca andina, também ilustram e auxiliam a reflexão multicultural e jurídico-penal aqui desenvolvida, pois são costumes e usos que pertencem a tradições culturais ancestrais.

O consumo social do *khat*[163] (folhas de um arbusto que são mascadas) é tão popular em algumas regiões do Iêmen, da Etiópia, do Quênia e da Somália como é o uso do café no ocidente, não existindo sequer a cogitação de algumas pessoas locais de que em outros países a planta é classifica como uma droga ilícita[164]. O uso do *khat* é uma tradição ancestral nesses países africanos, sendo utilizado como uma forma de integração em reuniões sociais, para melhorar a performance mental e para evitar a depressão[165]. Alison Renteln já analisou, sob a perspectiva da *cultural defense*[166], diversos casos de prisões de imigrantes usuários de *khat*, destacando sempre que o *khat* é um elementro central de socialização nesses países africanos, principalmente no Iêmen, e que isso, geralmente, não é levado em consideração pelos tribunais.

Em 2004, quando Renteln escreveu o livro *The Cultural Defense*, o *khat* ainda não era proibido na Inglaterra, como a autora cita, existindo, não obstante, nos Estados Unidos, desde o início da década de 1990, uma verdadeira guerra criminal contra essa planta e seus usuários imigrantes[167]. Devido a pressões internacionais/estadunidenses, a planta que foi vista com

---

[163] O *khat* possui como princípio ativo o alcaloide catinona, um estimulante do SNC semelhante às anfetaminas, conforme COX, Glenice; RAMPES, Hagen. Adverse effects of khat: a review. *Advances in Psychiatric Treatment*, London, vol. 9, pp. 456–463, 2003, p. 456.
[164] RENTELN, Alison Dundes. *The Cultural…* Op. cit. p. 74 e ss e 249.
[165] COX, Glenice; RAMPES, Hagen. *Adverse…* Op. cit., p. 457.
[166] RENTELN, Alison Dundes. The use and abuse of cultural defense. In. FOBLETS, Marie-Claire; RENTELN, Alison Dundes (Eds.). *Multicultural Jurisprudence*: comparative perspectives on the cultural defense. Oxford: Hart Publishing, 2009, pp. 61-82.
[167] RENTELN, Alison Dundes. *The Cultural…* Op. cit. p. 74-75.

naturalidade na Inglaterra durante anos, sem o seu uso gerar qualquer problema de saúde ou ordem pública, passou de um dia para o outro, em 2014, a ser considerada uma droga ilícita e as condutas de plantar, fornecer ou utilizar criminalizadas com penas que podem ir de multa até prisão de 14 anos[168].

O uso do *kampô*, *kambô* ou "sapo verde", que consiste na aplicação da secreção da rã *Phyllomedusa bicolor* sobre a pele humana superficialmente perfurada ou queimada para permitir a entrada da secreção na corrente sanguínea, também vem sendo objeto de estudo no campo farmacológico e antropológico[169], sendo que sua grande expansão urbana conduz, tendencialmente, ao surgimento, em um futuro próximo, no Brasil e em outros países, de questionamentos jurídicos quanto à sua licitude. Os índios amazônicos *Katukina*, do estado brasileiro do Acre, utilizam tradicionalmente o *kampô* para combater a preguiça, dar vigor e melhorar o desempenho e a sorte nas caçadas. Já nos centros urbanos, o *kampô* vem sendo utilizado como terapia para a melhora geral da saúde, sendo conhecido popularmente como a "vacina ou injeção do sapo"[170]. Os efeitos clínicos e sobre o sistema nervoso central provocados pelo *kampô* ainda não são bem definidos, existindo diversos relatos de visões e experiências sobrenaturais, mesmo sua classificação farmacológica estando na família dos psicolépticos e não dos psicodislépticos (alucinógenos)[171].

Também conhecida e com viés multicultural importante é a questão do uso tradicional da folha de coca em países andinos e as tentativas de eliminar o cultivo e o uso dessa planta. Ainda que existam registros ancestrais de idolatria à folha de coca[172] e alguns defensores da existência de uma cultura sagrada-religiosa em relação a ela[173], parece que seu uso tem uma finalidade predominantemente pragmática de manter a disposição dos índios amazônicos e

---

[168] BBC NEWS. Stimulant khat banned as illegal class C drug in UK. *BBC World News Official Website*, South East Wales, 24 jun. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/uk-wales-south-east-wales-27991393>. Acesso em 11 out. 2016.
[169] LIMA, Edilene Coffaci de; LABATE, Beatriz Caiuby. A expansão urbana do kampo (Phyllomedusa bicolor): notas etnográficas. In. LABATE, Beatriz Caiuby et al (Orgs.). *Drogas e cultura:* novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008, pp. 315-344.
[170] Ibid., p. 330.
[171] Ibid., p. 319.
[172] VARELLA, Alexandre Camera. Os vícios de "comer coca" e da "borracheira" no mundo andino do cronista indígena Guaman Poma In. LABATE, Beatriz Caiuby et al (Orgs.). *Drogas e cultura:* novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008, pp. 345-368, p. 354 e ss.
[173] HENMAN, Anthony Richard. A coca como planta mestra: reforma e nova ética. In. LABATE, Beatriz Caiuby et al (Orgs.). *Drogas e cultura:* novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008, pp. 369-380.

combater o mal das alturas dos povos andinos. Ademais, por não ser um alucinógeno e não induzir um estado reflexivo-introspectivo, é difícil imaginar um objetivo místico-transcendental maior do que uma finalidade utilitária em seu consumo. O consumo cotidiano/corriqueiro, ao longo da história (com registro desde a chegada dos primeiros europeus)[174], pelos índios amazônicos e povos andinos corrobora a ideia de que não existe algo de sagrado ou religioso em tal uso, em que pese ser tradicional e cultural.

Apesar da existência de diversas plantas e substâncias psicoativas e alucinógenas, as quais são utilizadas sob os mais diferentes pretextos e com as mais variadas finalidades, o critério diferenciador do uso cultural-religioso das chamadas plantas de poder ou plantas dos deuses (enteógenos)[175], interesse primordialmente deste estudo, é o que seus consumidores/usuários pensam sobre sua origem, natureza e o propósito do uso[176].

Para os seguidores de religiões que utilizam enteógenos, as plantas de poder são sagradas, presentes dos deuses, habitadas por espíritos capazes de transmitir ensinamentos ou elas mesmas deuses[177]. Essa compreensão de mundo não condiciona tão somente os rituais religiosos desses grupos, mas todo um *ethos* e uma forma de vida, de enxergar a si mesmo, o mundo e de se relacionar com o meio ambiente e com os outros[178].

A característica primordial que diferencia uma qualquer substância psicoativa de um enteógeno – termo utilizado, repise-se, para designar substâncias que quando ingeridas permitem estados alterados de consciência e o atingimento do êxtase, isto é, de um sentimento de completude que é traduzido como o contato com o divino – é a mesma que em todas as manifestações religiosas: o ser sagrado, ou seja, uma hierofania[179].

Em que pese a multiplicidade de hierofanias em diferentes culturas[180], em todas as manifestações religiosas existe sempre uma representação de algo sagrado, sobrenatural, fora

---

[174] FERREIRA, Pedro Eugênio M.; MARTINI, Rodrigo K. Cocaína: lendas, história e abuso. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, Rio de Janeiro, vol. 23, n. 02, pp. 96-99, 2001, p. 96-97.
[175] O termo enteógeno a princípio foi cunhado por Robert Gordon Wasson e significa "aquilo que leva alguém a ter o divino dentro de si" conforme MACRAE, Edward. *Guiado*... Op. cit., p. 16.
[176] SCHULTES, Richard Evans; HOFMANN, Albert. *Plantas*... Op. cit., p. 62.
[177] GOULART, Sandra Lucia et al. Introdução. In. LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder.* Campinas: Mercado de Letras, 2005, pp. 29-55, *maxime* pp. 31-32.
[178] Ibid. p. 38.
[179] ELIADE, Mircea. *Tratado de História das Religiões.* Trad. Fernando Tomaz e Natália Nunes. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 07 e ss.
[180] ELIADE, Mircea. *Tratado*... Op. cit., pp. 16 e ss.

da natureza, do comum, do que é conhecido no mundo real ou profano. O ente sagrado representa sempre algo transcendental, para além de si mesmo, o que permite uma análise objetiva, ainda que complexa, da sacralidade e religiosidade de determinado fenômeno.

É a divisão das coisas do mundo entre sagradas e profanas a característica determinante da ideia de religião, conforme Durkheim (1858-1917) [181], pois é a partir da atribuição do predicado de sagrado a determinadas coisas que se desenvolvem os demais elementos característicos do fenômeno religioso, nomeadamente o culto (formado por crenças e ritos) e o compartilhamento entre indivíduos de visões de mundo.

Nas palavras de Mircea (1907-1986), "a pedra sagrada, a árvore sagrada não são adoradas como pedra ou como árvore, mas justamente porque são hierofanias, porque 'revelam' algo que não é nem pedra, nem árvore, mas o sagrado, o *ganz andere*"[182]. Os enteógenos são consumidos e venerados porque são considerados sagrados, com um objetivo e um propósito religioso, religar a Deus, a um deus, ao divino.

Ainda que nem todas as pessoas tenham o pavor de viver entre dois nadas e que uma maior dessacralização do mundo seja algo possível em um mundo tecnológico-científico[183], a própria construção desse novo mundo revela o terror diante do caos[184] e a sede ontológica do ser humano por estabilidade[185], o que explica também a transmissão e perpetuação de tradições religiosas e de entes sagrados[186]. Religiões tentam responder às questões últimas de por que e como viver diante da finitude da vida humana.

Assim, teses religiosas que buscam estabelecer a lógica e a razão última das coisas (e de si mesmo), antes de caracterizarem fenômenos primitivos e aparecerem exclusivamente

---

[181] DURKHEIM, Émile. *As formas...* Op. cit., pp. 39 e ss.
[182] ELIADE, Mircea. *Tratado...* Op. cit., p. 13.
[183] Alguns estudiosos acreditam que a religiosidade é inversamente proporcional às condições de vida (segurança existencial), permitindo-se que países com melhores índices de desenvolvimento humano, distribuição de renda e satisfação de necessidades básicas se tornem cada vez mais seculares, conforme constatado por ZUCKERMAN, Phil. *Society without God:* what the least religious nations can tell us about contentment. New York: New York University Press, 2008.
[184] LÉVI-STRAUSS, Claude. *Mito...* Op. cit., pp. 17 e ss.
[185] ELIADE, Mircea. *O sagrado...* Op, cit. 36-37.
[186] Alguns pesquisadores entendem que a própria ideia de educação e conhecimento surgiu a partir do uso de psicoativos, os quais não só não "alucinam", como possibilitam um estado ampliado de percepção e de consciência, facilitando uma assimilação de diversos saberes, não apenas religiosos; conforme ALBUQUERQUE, Maria Betânia Barbosa. *Psicoativos...* Op. cit. pp. 83 e ss.

em grupos comunitários de razão mítica-mística (não científica)[187], consistem em uma tendência universal do ser humano, uma verdadeira necessidade básica de sua condição, a qual merece atenção jurídica nos seus mais variados caminhos.

1.3. Fundamentos e proteção da liberdade religiosa e da cultura em uma sociedade multicultural

Existindo na maioria das pessoas essa predisposição religiosa, o que permite classificar o ser humano como um ser religioso, ou ao menos como um ser que precisa de transcendência e explicações ontológicas das coisas[188], surgiram, ao longo da história e nas diferentes regiões do planeta, variados caminhos para satisfazer essa necessidade[189]. Desde a antiguidade, até aos dias de hoje, a quantidade de crenças, visões de mundo, explicações filosóficas e construções míticas, mágicas ou científico-racionais que tentam explicar a origem e o sentido da vida humana são incontáveis, assim como as religiões que agrupam esses saberes/crenças/visões.

Entende-se, portanto, que as crenças e os símbolos sagrados sintetizam também o *ethos* de um agrupamento humano, isto é, a forma como vivem, seus hábitos, costumes, traços comportamentais e como enxergam o mundo, a moral e a ética, respectivamente entendidas como o que são ações que merecem ser feitas (boas) e o que é uma vida boa (como se deseja viver)[190]. Em outras palavras, a religião, entendida como conjunto de compreensões (cosmogônicas, simbólicas, morais, éticas e de pós-morte) que estabelece uma ordem cósmica na vida humana e no universo[191], constitui a própria ideia de cultura ou sistema cultural, pois configura um sistema de concepções e significados sobre as coisas da vida

---

[187] Ao contrário, uma das mais bem elaboradas concepções religiosas é construída a partir de complexas estruturações sobre a interação existente entre mente, inteligência, corpo humano, consciência humana e psicoativos, em LEARY, Timothy. *Your brain is God.* Reprinted. Berkeley: Ronin, 2001.

[188] BETIATO, Mario Antonio. Religião e Religiosidade ontem e hoje. In. ROSSI, Luiz Alexandre Solano; KUZMA, Cesar (Orgs.). *Cultura, Religião e Sociedade:* um diálogo entre diferentes saberes. Curitiba: Champagnat, 2010, pp. 13-22.

[189] No mesmo sentido, sobre o "lugar central que as religiões ocupam, desde sempre, nas sociedades humanas", MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa em uma comunidade constitucional inclusiva.* Coimbra: Coimbra, 1996, p. 10.

[190] VIANNA, Rafael Ferreira. *Contribuição*... Op. cit., p. 178.

[191] "Fomos nós humanos que inventamos as religiões e as inventamos para nos ajudar a entender o mistério mais profundo da vida: a transcendência", BETIATO, Mario Antonio. *Religião*... Op. cit., p. 20.

transmitido historicamente em determinado agrupamento social humano, o qual induz disposições, motivações e comportamentos[192].

Evidentemente, comunidades em diferentes locais do mundo forjaram e forjam, de acordo com as mais variadas condições e influências que se apresentavam e se apresentam (já que a formação das culturas é um processo contínuo, ininterrupto), suas próprias visões e explicações para tentar dar respostas à necessidade do divino e de transcendência na vida do ser humano, consistindo cada sistema religioso em um sistema cultural peculiar/próprio. Mensagens e pontos de vista novos constroem novas formas de viver e novos mundos, novas religiões, novas culturas, novas tradições[193].

A grande variedade de religiões e crenças ocasionou pontos de antagonismo e conflitos, como é comum na história da humanidade e de conhecimento corrente[194], existindo na configuração da sociedade moderna e dos Estados constitucionais, os quais passaram a ser seculares, isto é, separados de qualquer Igreja/religião[195], uma grande preocupação em assegurar que cada indivíduo pudesse construir autonomamente/livremente as respostas para suas necessidades religiosas, incluindo aí, se assim julgar, a desnecessidade[196].

Observe-se que as considerações acima devem ser pensadas a partir do entendimento de que existe uma implicação mútua entre vários fatores (sociais, religiosos e psicológicos), uns influenciando os outros[197]; e também a partir de um olhar crítico sobre os mecanismos de convencimento ideológico e doutrinação que grupos e classes dominantes impuseram e impõem para persuadir as pessoas em geral a pensarem de acordo com suas visões de mundo e crenças religiosas, permitindo a manutenção do poder e realização de interesses econômicos diversos.

---

[192] Construção feita a partir do conceito de cultura trazido por GEERTZ, Clifford. *A interpretação...* Op. cit., pp. 66-67.
[193] CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais.* Trad. Viviane Ribeiro. Bauru: EDUSC, 1999, pp. 13-14 e 105 e ss.
[194] Não será apresentado um resumo histórico sobre as diversas guerras, assassinatos e opressões que crenças religiosas já causaram na história da humanidade, tomando-se isso como de conhecimento comum.
[195] MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no estado constitucional democrático brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, nº 18, pp. 225-242, jul./dez. 2011, pp. 231 e ss
[196] MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. *Gaudium Sciendi*, Lisboa, n. 04, pp. 20-48, jul. 2013, pp. 36 e ss.
[197] GEERTZ, Clifford. *A interpretação...* Op. cit. p. 89.

No entanto, teoricamente, a ideia de liberdade religiosa e de crença está fundada na liberdade de consciência e de livre desenvolvimento da própria personalidade[198], o que é, por excelência, uma pré-condição para a emancipação humana e para um sistema jurídico com aspiração à justiça.

É a partir dessa visão que o direito à liberdade religiosa e de crença é compreendido como um dos direitos humanos primordiais e o que originou a própria ideia de direitos fundamentais de liberdade[199], isto é, como direitos inerentes aos seres humanos de forma universal, os quais foram positivados em tratados, convenções ou constituições para assegurar a dignidade humana pela simples condição humana[200]. Em verdade, o direito à liberdade religiosa decorre da capacidade do ser humano de autodeterminar-se, de pensar contranatura e construir o seu destino. Em que pese as dificuldades sociais/materiais que grande parte das pessoas tem em realizar o próprio destino, ninguém em condições de saúde mental normal[201] perde a capacidade potencial de fazer isso.

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, da Organização das Nações Unidas[202], de 1948, e a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*[203], de 1950, asseguram

---

[198] O direito à livre formação e desenvolvimento da própria personalidade é o que sustenta e ao mesmo tempo concretiza a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana, conforme MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 02, n. 10, 11175-11211, 2013, p. 11175.

[199] Alguns doutrinadores consideraram a tolerância religiosa e, posteriormente, a liberdade de religião e crença, a verdadeira origem dos direitos fundamentais, conforme BASTERRA MONTSERRAT, Daniel. *El derecho a la libertad religiosa y su tutela juridica.* Madrid: Civitas, 1989, pp. 71 e ss; e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 7ª ed. 11ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 383.

[200] Sobre os fundamentos religiosos, filosóficos, científicos e jurídicos da dignidade da pessoa humana, ver COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*... Op.cit. pp. 478 e ss.

[201] Há grande dificuldade em determinar, sem preconceitos limitadores, o que é exatamente "normal" no campo da saúde mental, mas se entende que existem alguns parâmetros mínimos, tanto do ponto de vista médico-clínico quanto da psiquiatria transcultural. Sobre o tema, ver ALMEIDA FILHO, Naomar de et al. O conceito de saúde mental. *Revista USP*, São Paulo, nº 43, pp. 100-125, set./nov. 1999.

[202] Artigo 18 da DUDH - Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

[203] Artigo 9° da CEDH (Liberdade de pensamento, de consciência e de religião)

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem

expressamente o direito à liberdade religiosa, correlacionando a liberdade de pensamento e consciência como seu fundamento; e os direitos de liberdade de culto, manifestação e organização religiosa como seus corolários. Não teria sentido declarar que todo ser humano tem direito a crer (acreditar mesmo sem fundamentos) no que quiser, sem assegurar a possibilidade de mudar essa escolha religiosa quando assim entender e de manifestá-la de acordo com seus rituais e ritos litúrgicos próprios[204].

As Constituições dos países de atual tradição democrática[205], pelos mesmos fundamentos e com as mesmas derivações[206], também preveem expressamente e asseguram a inviolabilidade à liberdade religiosa e de crença como um direito fundamental de primeira geração[207] ou um trunfo do cidadão perante a ação do Estado[208].

Os Estados democráticos e plurais, seguindo diversas construções doutrinárias constitucionais, além de garantir a liberdade religiosa como uma proteção contra os poderes públicos (não perseguição, não influencia e não imposição de cultos ou religiões por órgãos estatais) também buscam a realização de tal direito de forma positiva, assegurando incentivos para que as pessoas possam constituir e manter suas crenças e grupos de mesma orientação religiosa[209].

No entanto, "religião nunca é apenas metafísica"[210], o que faz com que grupos religiosos minoritários sejam vistos com desconfiança pela maioria quando apresentam práticas, rituais, opiniões ou modos de vida diferentes. Nas sociedades ocidentais atuais, em que existe uma diversidade cultural crescente, os choques, conflitos e estranhamentos entre práticas religiosas aparecem com mais facilidade, pois minorias religiosas se estabelecem em

---

[204] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 226.
[205] O termo democracia é utilizado nesta tese em sua perspectiva mais ampla, entendida como organização social por meio da argumentação pública, deliberação aberta e governo por meio do debate, conforme, por todos, SEN, Amartya. *A ideia de justiça.* 3ª reimp. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, *maxime* pp. 358 e ss.
[206] Como exemplos, a Constituição da República Portuguesa de 1976, em seu artigo 41º, e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso VI.
[207] BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. Da liberdade religiosa como direito fundamental: limites, proteção e efetividade. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 11, pp. 75-94, jul./dez. 2009, p. 77.
[208] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais:* trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, pp. 17 e ss.
[209] MIRANDA, Jorge. *Estado...* Op. cit., pp. 36 e ss.
[210] GEERTZ, Clifford. *A interpretação...* Op. cit. p. 93.

Estados-nações acostumados historicamente com práticas religiosas monoteístas, majoritariamente de ordem cristã (católica ou protestante).

As respostas para esses problemas podem ser de duas grandes ordens: a) negar que aquela prática é religiosa e merecedora de proteção jurídica; ou b) realizar uma análise multicultural que tentará, sob diferentes intensidades, acomodar e ajustar os valores e interesses em conflito.

Em relação à negação do enquadramento religioso, é imprescindível a adoção, em um Estado de Direito laico e politicamente liberal, de um conceito tipológico aberto e inclusivo de "religião", como o proposto por Paulo Pulido Adragão[211], em que a presença de alguns elementos comuns – como i) crença em uma realidade transcendente; ii) conteúdos de verdade extra-racional; iii) doutrina moral a partir de certa visão do mundo e da vida; iv) culto ou liturgia – já assegura o enquadramento conceitual do fenômeno como religioso. Apenas a adoção de uma conceituação aberta, em que se analise o sentido sagrado e não seu conteúdo, permite uma proteção estatal sem julgamentos impossíveis e etnocêntricos sobre a legitimidade e conveniência ou não de determinada crença. Obviamente que não se pode permitir abusos, de forma que o termo religião designe qualquer fenômeno[212], mesmo sem os elementos básicos que caracterizam a experiência religiosa, sob pena de vulgarização da própria ideia de religião. No entanto, trata-se sempre de uma verificação da presença dos elementos básicos do fenômeno religioso na visão de seus adeptos, não de uma posição externa que os julgará.

O problema central consiste em saber se a coletividade ou o indivíduo que realizam aquela prática revestem-na de uma natureza religiosa, podendo tal ser determinada no caso concreto através de diversos elementos de convicção, principalmente, já que esses casos envolvem sempre questões de interculturalidade, pela perícia cultural, conforme proposta para casos penais multiculturais por Augusto Silva Dias[213]. Não deve o Estado, contudo, pela intimidade e peculiaridade que crenças religiosas guardam, além de ser impossível graduá-la ou legitimá-la sem partir de preconceitos etnocêntricos, julgar a legitimidade ou acerto de determinada religião ou crença.

---

[211] ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado.* Coimbra: Almedina, 2002, p. 16.
[212] Ibid., p. 17.
[213] DIAS, Augusto Silva. *O multiculturalismo*... Op. cit., pp. 28 e ss.

Quando se adota um conceito aberto de religião, não há a possibilidade do Estado averiguar e avaliar se as crenças religiosas são verdadeiras ou não, se são realizadas com fé[214], se seguem o caminho adequado ou se podem atingir seus objetivos e divindades de outras formas[215]. Para assegurar o princípio da igualdade de aplicação do Direito em relação à liberdade religiosa, deve o Estado assegurar que todos aqueles que buscam a sua religiosidade, sem afetar a liberdade de terceiros, tenham todos os caminhos e meios à sua disposição, independente de outros julgamentos ou exigências[216]. Em suma, cabe ao Estado tão somente a verificação de tratar-se de um fenômeno religioso para já o reconhecer como digno de proteção.

Nesta perspectiva, utilizar-se-á o termo cultura e religião de forma intercambiável, pois se entende que juridicamente não é adequado compreender a religião em outro aspecto que não como sinônimo de cultura, ou seja, como conjunto de símbolos significantes que recebem o sentido de sagrado por um grupo historicamente identificado. Concorda-se que é possível levantar algumas diferenciações entre cultura e religião[217], pois a religião é, geralmente, tão somente (no sentido de um âmbito mais restrito, mas não de menor importância) o coração da cultura[218], sendo esta mais ampla do que o conjunto de crenças que traz respostas às questões últimas do ser humano e do mundo, nas quais se encontram os limites da razão e do conhecimento humano.

Contudo, "cultura é a forma de expressão comunitária, desenvolvida historicamente, que marca com seu cunho os conhecimentos e valores da vida em comunidade"[219], os quais são sempre estruturados a partir de perspectivas religiosas ou do posicionamento perante o divino e a religião, como no caso de comunidades comunistas ou ateístas que buscam negá-la ou eliminá-la.

Sem dúvida, a maioria das religiões trata de alguns temas comuns – como Deus, origem do universo, da vida e do ser humano, sentido da existência, revelação, redenção, salvação e

---

[214] "A fé é assentimento sem questionamento", conforme GEISLER, Norman. *Enciclopédia de Apologética:* respostas aos críticos da fé cristã. Trad. Lailah de Noronha. São Paulo: Editora Vida, 2002, p. 341.
[215] LABATE, Beatriz Caiuby; FEENEY, Kevin. O processo de regulamentação da *ayahuasca* no Brasil e na esfera internacional: desafios e implicações. Trad. Sílvia Pimenta Velloso Rocha. *Revista Periferia-UERJ*, Rio de Janeiro, vol. III, n. 2, 29 pp, 2011. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/view/4054/2828>. Acesso em: 16 ago. 2016, p. 14.
[216] VIANNA, Rafael Ferreira. *A questão...* Op. cit., pp. 40 e ss.
[217] DIAS, Augusto Silva. *Crimes...* Op. cit., pp. 104-105.
[218] Faz-se referência ao simbolismo utilizado por RATZINGER, Joseph. *Fé...* Op. cit. p. 58.
[219] Ibid., p. 59.

morte[220] – dos quais, a princípio (em abstrato), uma cultura pode prescindir; mas colocar tais temas como suficientes para diferenciar como se deve pensar juridicamente religião e cultura exigiria análises que fogem do que se deseja em um Estado liberal, plural e multirreligioso. Explica-se.

Ao se analisar a religião em uma perspectiva teológica, é imprescindível a discussão da questão da verdade, da revelação ou iluminação e da salvação, como bem expôs Joseph Ratzinger[221]. Não se pode, por outro lado, quando se pretende realizar uma análise multicultural de uma questão religiosa, colocar a fé como um elemento essencial da religião[222], pois teologicamente fé é considerada uma graça que recebe uma pessoa de acreditar em Deus[223], "um dom procedente de Deus que estende sua mão ao homem"[224], a primeira das virtudes teologais, uma "virtude infusa"[225]. Não é a fé, portanto, um elemento necessário para todas as religiões existirem[226], como, por exemplo, pode-se verificar claramente no budismo[227], nem pode ser a fé um dos requisitos para se avaliar a pertença de um indivíduo a uma comunidade religiosa ou sua religiosidade. Dificilmente será encontrada fé em uma criança ou adolescente que integre determinada igreja – quiçá, nem se verifique entre a maioria dos integrantes de uma religião –, ainda mais quando sua filiação religiosa constitui-se com um ato simbólico como o batismo (para os católicos e cristãos de uma maneira geral)[228], a circuncisão (para os judeus), a *Shahada* ou testemunho de fé para os

---

[220] RATZINGER, Joseph. *Fé*... Op. cit., *maxime* pp. 175 e ss.
[221] Ibid., *maxime* pp. 191 e ss.
[222] Como propõe DIAS, Augusto Silva. *Crimes*... Op. cit., p. 104.
[223] "O assentimento da fé não é causado pela investigação, e sim por Deus", conforme GEISLER, Norman. *Enciclopédia*... Op. cit., p. 341.
[224] Conforme RATZINGER, Joseph. *Fé*... Op. cit., p. 49, ao estudar a compreensão de fé de Karl Barth (1886-1968), teólogo protestante.
[225] AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. s/l. s/d., Questões 62 e 63, pp. 1302 e ss. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.
[226] "A fé precisa expressar-se também como religião, porém não se pode reduzir a ela (...) Assim se fala, no plural, de diversas formas de fé (ou de crenças) referindo-se a todas as religiões, não obstante a noção de fé não estar presente de maneira alguma em todas as religiões, nem é constitutiva de todas, possuindo – quando aparece – diversos significados. Inversamente, a extensão da noção de religião como designação geral das relações do homem com a transcendência surgiu somente na segunda metade da Idade Moderna", RATZINGER, Joseph. *Fé*... Op. cit., pp. 49-50.
[227] "O budismo é baseado na visão das coisas pelo conhecimento e compreensão, e não pela fé ou crença cega. A crença surge quando não há visão – visão em todo o sentido da palavra. No momento em que vemos, a crença desaparece e a fé cede lugar à confiança baseada no conhecimento", SILVA, Georges da; HOMENKO, Rita. *Budismo*: psicologia do autoconhecimento. São Paulo: Pensamento, 1999, p. 24.
[228] "Ninguém nasce cristão, nem mesmo quando nasce num mundo cristão e de pais cristãos. O cristianismo somente pode acontecer como um novo nascimento. O ser cristão começa com o batismo, que é morte e ressurreição (Rom 6), e não com o nascimento biológico", RATZINGER, Joseph. *Fé*... Op. cit., p. 84.

muçulmanos[229] e o fardamento para algumas religiões *ayahuasqueiras*[230]. Neste sentido, pouco importa se ela realmente existe e é verdadeira para se aceitar que determinada teia semiótica (cultura-religião) enquadra-se no âmbito de proteção da liberdade religiosa.

Entende-se que a posição adequada em um Estado multirreligioso deve ser próxima à concepção trazida por Elizabeth Anscombe (1919-2001)[231], ao estudar a perspectiva de religião em Wittgenstein (1889-1951), que advoga a impossibilidade de se afirmar que uma religião é verdadeira ou falsa, o que acarreta a obrigação de tutela geral da convivência entre diferentes perspectivas. No mesmo sentido, mesclando e relativizando cultura e religião, Rubem Alves (1933-2014) entende que "nenhum fato, coisa ou gesto, entretanto, é encontrado já com as marcas do sagrado. O sagrado não é uma eficácia inerente às coisas. Ao contrário, coisas e gestos se tornam religiosos quando os homens os balizam como tais"[232]. No campo da teologia e da filosofia das religiões, por outro lado, as questões da verdade e do caminho da salvação, redenção ou iluminação continuam em aberto, sendo os locais adequados na busca do convencimento ou da conversão.

A fé, nesta perspectiva, não é um elemento essencial da religião para o Direito, podendo um indivíduo ou um grupo reivindicar o seu direito à liberdade religiosa sem ser perscrutado sobre elementos de fé, verdade e legitimidade. Não cabe ao Estado analisar questões teológicas e religiosas propriamente ditas, podendo, assim, o conceito de religião ser equiparado ao de cultura no âmbito jurídico, em que serão verificados aspectos da pertença, do *ethos* e da compatibilidade de determinada forma de vida com o Direito e a justiça que se busca.

Não se descuida, contudo, do fato de que, no âmbito jurídico-político, o direito à liberdade religiosa possui um peso muito maior do que o direito à própria cultura, tendo aquele sido destacado, aparentemente, por tratar das questões últimas, mais importantes e

---

[229] "La ilaha illa Allah, Muhammad rasoolu Allah", que significa: "Eu testemunho que não há outro Deus se não Allah e que seu profeta mensageiro é Maomé", conforme THE RELIGION OF ISLAM. Como se converter ao Islã e se tornar muçulmano. *Site Islam Religion*, Dubai, 13 jun. 2014. Disponível em: <https://www.islamreligion.com/pt/articles/204/como-se-converter-ao-isla-e-se-tornar-muculmano/>. Acesso em: 24 abr. 2017.

[230] SANTO DAIME. Fardamento. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/ritual/fardamento>. Acesso em: 24 abr. 2017.

[231] ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret. Paganism, Superstition and Philosophy. In. GEACH, Mary; GORMALLY, Luke (Eds.). *Faith in a hard ground:* essays on religion, philosophy and ethics by G.E.M Anscombe. Exeter: Imprint Academic, 2008, pp. 49-60.

[232] ALVES, Rubem. *O que é religião?* São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1984, p. 24.

mais significativas para o ser humano, o que lhe dá sentido de existir. Quando se especifica o direito à liberdade religiosa e de crença, não se cria uma incompatibilidade de análise conjunta com o direito à cultura, à liberdade de consciência e à autonomia do indivíduo, pois bastariam estes para existir e se assegurar aquele. Exigências históricas e avaliações jurídico-axiológicas consideraram a necessidade de expressa nominação deste direito, mas sem o distanciar dos fundamentos daqueles e sem impedir considerações categoriais conjuntas e simultâneas[233].

A preocupação com o reconhecimento expresso do direito à liberdade religiosa, em que pese de sucesso relativamente recente[234], originou-se com a expansão do cristianismo – o qual se considera, desde o início, capaz de estabelecer-se como verdade universal que supera as culturas e une todos os seres humanos[235] –, pois com seu advento a religião desvinculou-se de uma cultura exclusiva e passou a permitir/constituir múltiplas pertenças culturais[236]. Isto se deu em consequência da crença de que o anúncio do Evangelho pairava acima de qualquer cultura, não sendo uma criação humana, mas uma obra divina, do "Deus Único", que merecia ser espalhada por todos os cantos do mundo. Na Carta Encíclica *Fides et Ratio*, do Papa católico João Paulo II (1920-2005), de 14/09/1998, fica clara tal posição:

> "O anúncio do Evangelho nas diversas culturas, ao exigir de cada um dos destinatários a adesão da fé, não os impede de conservar a própria identidade cultural. Isto não provoca qualquer divisão, pois o povo

[233] Jeremy Waldron adota a mesma posição quando trata conjuntamente de questões culturais e religiosas, esclarecendo que vale a pena enfrentar o problema em uma frente comum, ainda que possam surgir críticas quanto às diferentes formas de tratamento que podem ser dadas a uma ou outra questão no campo penal (exculpação, desculpa, exceção prévia advinda de legislação ordinária ou acomodação decorrente de mandamento constitucional). Contudo, o tratamento que é dado à cultura ou à religião pode mudar com o tempo e com a legislação; por outro lado, a essência comum das questões nunca muda, pois ambas abordam o problema da acomodação jurídica do diferente/de minorias. Ver WALDRON, Jeremy. One Law for all? The logic of cultural accommodation. *Washington and Lee Law Review*, Lexington, vol. 59, nº 03, 34 pp., 2002, *maxime* pp. 10-11. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol59/iss1/2/>. Acesso em: 02 maio 2017.
[234] A maioria dos doutrinadores refere-se a um período no início do Século XVI, principalmente com as conquistas advindas das reformas Protestantes, e à consolidação obtida na Constituição dos Estados Unidos da América e na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, conforme LOPES, Manuela Baptista. A liberdade religiosa em Portugal, a(s) Constituição (ões) e o Tribunal Constitucional. In. AMARAL, Maria Lúcia (Org.). *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos.* Vol. I. Coimbra: Almedina, 2016, 61 pp., p. 05. Disponível em: <http://www.clr.mj.pt/sections/artigos/artigo-a-liberdade/downloadFile/attachedFile_f0/A_Liberdade_religiosa_as_Constituicao_oes_e_o_Tribunal_Constitucional.pdf?nocache=1479383571.45>. Acesso em: 25 abr. 2017.
[235] Conforme RATZINGER, Joseph. *Fé...* Op. cit., *maxime* pp. 143 e ss.
[236] Ibid., pp. 178 e ss.

dos baptizados distingue-se por uma universalidade que é capaz de acolher todas as culturas, fazendo com que aquilo que nelas está implícito se desenvolva até à sua explanação plena na verdade"[237].

Nas religiões antigas ou míticas[238] e mesmo no monoteísmo judaico do Antigo Testamento, a religião não tinha um aspecto universalista e pretensões expansionistas desvinculadas de grupos étnicos, estando em simbiose com a cultura[239] e não existindo uma preocupação real com o reconhecimento expresso ou a proteção da liberdade religiosa. Nas religiões politeístas ou nas "de primeira mão"[240], a multiplicidade de deuses e a experimentação direta do divino impediam a colocação do problema. Nas religiões étnicas ou nacionais, era impensável alguém daquele grupo pertencer a outra religião, pois tudo era uma coisa só. Antes das religiões universais, nomeadamente do cristianismo, a comunidade religiosa não se distinguia de forma alguma da vida social[241], fazendo com que cultura e religião fossem realidades inseparáveis. Religião era religião de uma comunidade, de um grupo social. Até hoje, é impossível separar a religião judaica do povo de Israel, dos judeus e da cultura judaica. Trata-se tudo de um mesmo.

O maior peso do direito à liberdade religiosa decorre, portanto, do fato do cristianismo ter se estabelecido como força hegemônica em boa parte do mundo, exigindo que os convertidos/batizados fossem protegidos das pressões comunitárias e dos abusos ou exigências estatais[242]. Contudo, em que pese as conhecidas falhas históricas, abusos e atrocidades perpetradas em nome da religião, a difusão do cristianismo também criou uma outra e nova cultura, a chamada cultura ocidental atual[243]. Como bem observado por

---

[237] JOÃO PAULO II, Papa. *Carta Encíclica Fides et Ratio*: sobre as relações entre fé e razão. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 1998, item 71. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091998_fides-et-ratio.html>. Acesso em: 24 abr. 2017.
[238] Conforme classificação de RATZINGER, Joseph. *Fé*... Op. cit., p. 28 e ss.
[239] Ibid., *maxime* pp. 65 e ss.; GAARDER, Jostein et al. *O livro das religiões.* Trad. Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, pp. 32 e ss, também classifica as religiões em primitivas, nacionais e universais.
[240] RATZINGER, Joseph. *Fé*... Op. cit., p. 28.
[241] Ibid., p. 68; GAARDER, Jostein et al. *O livro*... Op. cit., p. 33.
[242] Ainda hoje, em países da África, os "assimilados", aqueles que não são muçulmanos nem pagãos, isto é, os cristãos, sofrem diversos tipos de abusos e pressões ou discriminações sociais, conforme retratado, na literatura, por COUTO, Mia. *A confissão*... Op. cit., *maxime* pp. 16-17 e 151 e ss..
[243] "No processo histórico através do qual a nossa civilização se formou, recebemos uma herança simbólico-religiosa a partir de duas vertentes. De um lado, os hebreus e os cristãos. Do outro, as tradições culturais dos gregos e dos romanos. Com estes símbolos vieram visões de mundo totalmente distintas, mas eles se amalgamaram, transformando-se mutuamente, e vieram a florescer em meio às condições materiais de vida dos povos que os receberam", ALVES, Rubem. *O que é*... Op. cit., p. 39.

Ratzinger, mesmo com o aspecto dinâmico, múltiplo e comunicativo das culturas, permanece sempre a questão da divindade como precedente e fundamental a qualquer cultura[244].

Partindo de uma concepção jurídica de religião, portanto, a qual abdica de temas teológicos e equipara religião e cultura, compreende-se que tanto igrejas institucionalizadas, quanto grupos minoritários não institucionalizados e até indivíduos isoladamente[245] podem e devem receber a proteção estatal para exercer o seu direito à liberdade religiosa e de crença. Importa o sentido sagrado, religioso, divino que se atribui a determinados símbolos, práticas e explicações do mundo. É possuir hierofanias, sentidos sagrados, o traço diferenciador do fenômeno religioso, o qual é sempre cultural, ainda que mais específico.

De qualquer sorte, o mais importante para a presente pesquisa é que, mesmo adotando-se uma concepção aberta de religião como cultura e considerando o prestígio jurídico do direito de liberdade religiosa, quando determinadas práticas são muito distintas e chocam-se com outros valores vividos ou tidos como comuns e razoáveis em uma sociedade de acolhimento, dificilmente elas serão aceitas sem maiores ponderações.

Os direitos à liberdade religiosa, à livre formação da personalidade e à própria cultura, em que pese fundamentais, não são absolutos, como é o entendimento em relação a todos os direitos fundamentais[246], sendo submetidos a uma série de interpretações políticas e jurídicas quando concorrem com outros valores constitucionalmente protegidos.

Neste sentido, são comuns, atualmente, por exemplo, os casos de recusa na frequência de aulas ou na realização de provas de concursos públicos em determinados dias e horários - principalmente entre os seguidores da Igreja Adventista do Sétimo Dia, que se abstêm de qualquer atividade profana entre o pôr do sol de sexta-feira e o pôr do sol de sábado[247]. Tal

---

[244] RATZINGER, Joseph. *Fé...* Op. cit., p. 60.

[245] Parte-se da mesma perspectiva de DURKHEIM, Émile. *As formas...* Op. cit., *maxime* pp. 48-50, o qual entende que mesmo manifestações isoladas e individuais advêm de uma construção histórica partilhada entre indivíduos sobre o que é sagrado e o que é profano. Essas manifestações, portanto, enquadram-se dentro do campo da religião, ainda que sem vinculação a uma igreja ou grupo específico. Mesmo religiões individuais, portanto, compartilham construções comuns ao fenômeno humano religioso, permitindo uma análise conjunta e proteção jurídica.

[246] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 283 e ss; e MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional:* direitos fundamentais, Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra, 2014, *maxime* pp. 189 e ss e 341 e ss.

[247] SEVENTH-DAY ADVENTIST CHURCH. Living the Sabbath. *Official Site of Seventh-day Adventist World Church*. Disponível em: <https://www.adventist.org/en/beliefs/living/the-sabbath/>. Acesso em: 18 ago. 2016.

preceito religioso já originou diversos questionamentos judiciais, existindo no Brasil um julgamento, do Tribunal Regional Federal na 4ª Região, emblemático sobre o tema[248].

O juiz de primeira instância entendeu que deferir a possibilidade de mudança de turno para a demandante apenas um dia na semana ou obrigar a faculdade a abonar as faltas que fossem na sexta-feira à noite iria contra o princípio da igualdade em relação aos outros alunos do curso e contra o princípio da laicidade do Estado.

Já no acórdão, a desembargadora, com uma visão multicultural e valorativa da liberdade religiosa, argumenta que não existe uma absoluta separação entre Estados e igrejas, haja vista os feriados oficiais religiosos, mas que prevalece em Estados constitucionais democráticos o princípio da "não-confessionalidade", o que significa apenas que o Estado não deve manter com nenhuma religião relações de dependência ou favorecimento e que não pode impor a nenhum cidadão essa ou aquela visão religiosa.

Seguindo doutrina portuguesa[249], a desembargadora defende que um Estado secular e plural torna-se guardião da tolerância entre as diferentes crenças e religiões, cabendo entender que o direito à liberdade religiosa pressupõe a indivisibilidade entre crença e conduta e que este direito só existe no mundo real a partir do momento em que possibilite a atuação dos indivíduos de acordo com suas convicções.

Trazendo ainda dois últimos argumentos: a) que o princípio da igualdade não proíbe a diferenciação, mas no caso concreto obriga a uma diferenciação para trazer isonomia e realizar o núcleo do direito à liberdade religiosa de uma minoria; e b) que a situação concreta permite uma concordância prática já que assegurar integralmente o direito à crença da demandante apenas traria algum incômodo administrativo para a faculdade; a desembargadora reforma integralmente a sentença para assegurar que a seguidora da religião Adventista do Sétimo Dia pudesse frequentar as aulas/disciplinas de sexta-feira à noite em outro horário ou tivesse suas faltas abonadas[250].

---

[248] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão em Apelação em Mandado de Segurança nº 2003.70.00.017703-1/PR. *Portal da Justiça Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, 10 pp., data do julgamento: 16 out. 2007. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1919973&hash=61c70c453db8224df0a7d75c1e6d3f2a>. Acesso em: 18 ago. 2016.
[249] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade*... Op. cit., pp. 255 e ss.
[250] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Acórdão*... Op. cit., pp. 09-10.

Contudo, maiores são as dúvidas e questionamentos sobre a prevalência ou não desse direito quando a crença ou religião demanda condutas enquadradas em algum tipo penal, isto é, consideradas criminosas, e que, portanto, ofendem teoricamente os "bens jurídicos" mais relevantes de uma sociedade.

O presente objeto de estudo é um problema desta natureza, pois o ritual religioso *ayahuasqueiro* exige a utilização de uma bebida que contém um princípio ativo proibido por ser considerado uma droga pelas legislações penais da maioria dos países. Contudo, não é apenas o uso de drogas psicoativas que gera problemas criminais em contexto religioso-cultural.

O sacrifício ritual de animais, prática usual desde os templos bíblicos, no Islamismo[251] e comum atualmente em algumas religiões afro-brasileiras, como o Candomblé e a Quimbanda[252], trouxe grande discussão no Brasil quando uma lei do estado do Rio Grande do Sul, de 22/06/2004, previu que o sacrifício de animais em rituais religiosos de matriz africana não estava abarcado nas vedações do Código Estadual de Proteção aos Animais[253]. A discussão centrou-se na questão de uma lei estadual disciplinar sobre matéria penal, o que é reservado à lei federal, ao reconhecer como exercício regular de direito uma prática que muitos entendiam se enquadrar no tipo penal de abuso, maus tratos e crueldade contra animais, previsto no artigo 32 da legislação penal ambiental brasileira[254].

No entanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em ação direita de inconstitucionalidade, na qual foi relator o conhecido processualista brasileiro Araken de Assis, decidiu que a legislação estadual era constitucional, uma vez que o sacrifício ritual-religioso de animais não poderia ser enquadrado, em abstrato, como uma prática cruel

---

[251] O sacrifício de animais pode ocorrer tanto para rituais religiosos propriamente ditos (oferendas, expiação dos pecados), como para se obter carne que seria apropriada, segundo os mandamentos religiosos, para o consumo, chamada *kosher* para os judeus e *halal* para os muçulmanos, conforme DIAS, Augusto Silva. *Acidentalmente*... Op. cit., p. 68.

[252] MARCON, Victor Trevilin Benatti; SANTOS, Rafael Fernando dos. Maus tratos e sacrifício religioso de animais: inconstitucionalidade e violação do princípio à proteção do meio ambiente. In. STANCIOLI, Brunello Souza et al. *Biodireito e direito dos animais.* [Recurso eletrônico on-line], Florianópolis, CONPEDI, pp. 160-185, 2015, pp. 165 e ss. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/xxfq3q05/IUbd6a0Pg2582GWg.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2016.

[253] Lei nº 12.131, de 22 de julho de 2004 (publicada no DOE nº 140, de 23 de julho de 2004) - Acrescenta parágrafo único ao artigo 2º da Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003, que institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul.

[254] Art. 32 da Lei nº 9605/1998 - Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

(crime), mantendo-se o caráter delitivo previsto na legislação penal ambiental quando o sacrifício for produzido com crueldade. Argumentaram os desembargadores, em que pese ter existido divergência, que não há qualquer norma que proíbe a morte de animais no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo a prática religiosa ser presumida como cruel, sob pena de limitar-se completamente o direito à liberdade religiosa[255].

Uma divergência interessante nesse julgamento veio da desembargadora Maria Berenice Dias, a qual argumentou que a única inconstitucionalidade que enxergava na lei era devido à referência exclusiva a rituais religiosos de matriz africana, quando deveria qualquer ritual religioso que faz o sacrifício de animais, desde que inexistindo crueldade e com um propósito religioso, ser protegido pelo Direito[256].

Eventual mal-estar gerado ao se imaginar rituais macabros de sangue, agonia e sofrimento do animal, oferecimento das vísceras a entidades maléficas ou algo parecido, não permite, aprioristicamente, para uma pessoa aberta ao diferente, ao diálogo e compreensiva de que sua visão das coisas e do mundo é apenas uma entre outras possíveis, o julgamento de que a morte do animal é cruel e, portanto, um crime. Esta questão ainda será discutida, em um futuro próximo, pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, pois o Ministério Público do Rio Grande do Sul, insatisfeito com o julgamento mencionado, recorreu à corte constitucional[257].

Discussões filosóficas[258] e jurídico-doutrinárias[259] sobre o assunto abundam, devido ao apego que a maioria das pessoas tem com seus animais de estimação e uma ideia de evolução humanitária das sociedades, mas o tema envolve questões mais complexas, como, por exemplo, a reflexão sobre qual interesse ou "bem jurídico" é protegido quando se criminaliza

---

[255] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão em Decisão Direta de Inconstitucionalidade nº 70010129690. *Site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 39 pp., data do julgamento: 18 abr. 2005. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70010129690&code=2534&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%20TRIBUNAL%20PLENO>. Acesso em: 18 ago. 2016.

[256] Ibid., pp. 12-13.

[257] RAMALHO, Renan. Após vetar vaquejada, Supremo vai julgar sacrifício religioso de animais. *Globo.com*, Política, Brasília, 06 nov. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/apos-vetar-vaquejada-supremo-vai-julgar-sacrificio-religioso-de-animais.html>. Acesso em: 29 nov. 2016.

[258] Dedica-se ao tema, especificamente sobre os sentimentos dos animais e sobre questões éticas de matá-los, SINGER, Peter. *Ética Prática*. 3ª ed. Trad. Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 2012, pp. 75 e ss.

[259] Diversos artigos sobre o tema em MOLINARO, Carlos Alberto et al (Orgs.). A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

a morte de animais, qual o valor e o sentido da prática religiosa para aqueles grupos e como conciliar a permissão da morte de animais para consumo, alimentação e caça, mas não para a realização de anseios religiosos. Enfim, tópico que envolve debates específicos e amplos, como também exige a questão do consumo religioso da *ayahuasca*.

Outra prática religiosa que vem sendo debatida recentemente, principalmente na Europa[260], é a permissão ou proibição criminal da circuncisão em crianças judaicas e muçulmanas. A prática ancestral, em que pese não causar disfuncionalidades, mas também não ter indicações médicas, é pensada por alguns como uma lesão corporal inadmissível a uma criança, defendendo-se a repressão criminal de tal prática cultural-religiosa[261][262].

O infanticídio ritual é outra prática cultural que vitima crianças e que é feita a partir de preceitos místicos de religiões (animistas) ancestrais, especialmente em Guiné-Bissau, como estudado por Augusto Silva Dias[263]. Familiares da mãe de uma criança podem desconfiar, por questões mágicas, sem qualquer explicação utilitarista (econômica ou eugênica)[264], que a criança na verdade é habitada por (ou é) um espírito da natureza, devendo a ela retornar para permitir que as pessoas da comunidade vivam em paz. O ritual consiste em colocar a criança à beira do mar ou de um rio, em uma cesta com ovos e farinha, e observar se a criança dirige-se para a água, confirmando ser um espírito da natureza que para ela deve retornar, ou se permanece no mesmo lugar, podendo, então, ser acolhida normalmente pela comunidade. Os praticantes do ato não conseguem ver mal algum "no afastamento do ucó", isto é, em se devolver um espírito maligno para a natureza.

---

[260] MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados:* ideologías y modelos penales. Trad.Víctor Manuel Macías Caro. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 81 e ss; NEVES, António Luís Barata de Brito Carvalho. *A circuncisão religiosa como tipo de problema jurídico-penal.* Coimbra: Almedina, 2014, pp. 27-32; DIAS, Augusto Silva. *Crimes...* Op. cit., *maxime* pp. 292 e ss.
[261] NEVES, António Luís Barata de Brito Carvalho. *A circuncisão...* Op. cit., pp. 207 e ss.
[262] Em sentido contrário, desde que tomados alguns cuidados, como a presença indispensável de um médico, DIAS, Augusto Silva. *Crimes...* Op. cit., *maxime* pp. 310 e 317.
[263] DIAS, Augusto Silva. *Problemas...* Op. cit. *máxime* pp. 216 e ss.
[264] Ibid., pp. 218-219.

Mulheres também são "objetos" frequentes de práticas culturais-religiosas, existindo desde a proibição de frequentar o ensino regular em escolas[265], passando pela prática de casamentos forçados, até a excisão clitoridiana/fanado[266].

Apenas com a colocação do problema já se percebe o maior obstáculo para a aceitação de algumas práticas culturais-religiosas: colocam o outro, uma pessoa, como objeto/instrumento de suas práticas, de sua cultura, de seus rituais, o que é evidentemente inadmissível diante de um pensamento humanista, plural e liberal[267] conquistado historicamente e que precisa ser cultivado e defendido, já que não advém de qualquer direito natural, intuição divina ou de abstrações teóricas.

Como se verá detalhadamente adiante, a ideia de dignidade de todo ser humano, por sua própria condição humana, que se traduz na liberdade de desenvolvimento da própria personalidade e de escolha sobre seu destino, modo de vida e formas de pensar[268], pressupõe o diálogo multicultural, sendo ele impossível quando o Direito passa a tutelar práticas opressoras de qualquer indivíduo, especialmente aqueles que se encontram em uma condição de maior vulnerabilidade. Neste contexto, uma das maiores preocupações diante de algumas práticas religiosas consiste em não fazer com que um inicial relativismo axiológico cultural aumente as desigualdades e injustiças já existentes dentro de grupos minoritários, acarretando e estimulando uma vulnerabilidade multicultural (*paradox of multicultural vulnerability*)[269] ao invés do multiculturalismo[270].

Diante dos exemplos citados, conclui-se que as práticas religiosas abstratamente ofensivas a "bens jurídicos" penalmente tutelados podem ser múltiplas e variadas, assim

---

[265] A preocupação em relação à violência de gênero não é nova na cultura ocidental, como corrobora a análise de DIAS, Augusto Silva. *Acidentalmente*... Op. cit., p. 75, ocorrendo, no entanto, na Europa, um agravamento da situação e maior atenção à questão em razão da instalação de grupos imigrantes que têm preceitos culturais-religiosos que violam direitos das mulheres, conforme se denota, já no início de 2007, em UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Resolução sobre um roteiro para a igualdade entre homens e mulheres 2006-2010*. Estrasburgo, 13 mar. 2007. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0063+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em: 22 nov. 2016.

[266] Tratado em uma perspectiva multicultura e jurídico-penal em DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido*... Op. cit.

[267] Utiliza-se o termo liberal no sentido desenvolvido por DWORKIN, Ronald. *Uma questão*... Op. cit., *maxime* pp. 277 e ss.

[268] Filosoficamente esta visão se aproxima da ideia de um humanismo secular (transcendência imanente do homem), defendida como uma proposta alternativa para um mundo múltiplo, diverso e em desencanto, conforme FERRY, Luc. *O homem Deus ou O sentido da vida.* Trad. Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Difel, 2007, *maxime* pp. 31 e ss e 203 e ss.

[269] SHACHAR, Ayelet. *Multicultural Jurisdictions:* cultural differences and women's rights. Cambridge: Cambriedge University Press, 2001, pp. 03 e ss.

[270] Entendido nos termos utilizados por DIAS, Augusto Silva. *O multiculturalismo*... Op. cit., p. 17.

como os argumentos, sentidos, análises e decisões que envolvem cada prática cultural traduzida em um rito religioso. No entanto, o comum nesses casos é que grupos minoritários argumentam que suas práticas religiosas ancestrais merecem ser protegidas pelo Direito e pelo Estado (e não perseguidas criminalmente), já que constituem o conteúdo palpável do exercício do direito humano básico de liberdade religiosa[271].

O multiculturalismo, entendido como esse ideal ético-político de acomodação justa de situações conflituosas advindas do encontro de culturas diferentes (diversidade cultural), seja em Estados poliétnicos ou em *first nations*[272], teoricamente traz 04 modelos[273] de possíveis respostas para enfrentar as aporias oriundas de diferentes práticas religiosas (e culturais, de uma maneira geral) que são enquadradas como crimes, ao menos em uma primeira análise. São eles: a) de assimilação igualitária; b) de assimilação discriminatória; c) multicultural em sentido fraco; d) multicultural em sentido forte.

O primeiro modelo não considera a diversidade cultural um aspecto relevante para as políticas criminais ou para a dogmática penal, sendo indiferente a circunstâncias culturais, mesmo que religiosas. Observe-se que esse modelo não desconsidera os aspectos culturais por completo, mas eles não influenciam a conceituação do que é crime e só serão considerados quando corresponderem a alguma circunstância prevista de modo geral.

Na assimilação igualitária, o fundamento seria o princípio da igualdade e sua interpretação formal, adotando para aspectos religiosos um forte ideal secular para a esfera pública e à convivência social[274]. Com esse modelo, até pode ser considerado de forma secundária algum aspecto cultural para aumento, diminuição ou aplicação da pena, mas desde que, como dito, se enquadre dentro de uma circunstância prevista de modo geral no direito penal.

---

[271] Crítica quanto à "colonização" do mundo da vida por lógicas jurídicas sistêmicas e indiferentes à diversidade cultural, especificamente quanto a certas práticas religiosas, é trazida por PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal:* Conceito material de crime, princípios e fundamentos – Princípio da legalidade: interpretação da lei penal e aplicação da lei penal no tempo. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 47.

[272] DIAS, Augusto Silva. *Crimes...* Op. cit., *maxime* pp. 21 e ss.

[273] Há alguma diferenciação quanto ao agrupamento e classificação dos modelos/tendências, mas nada que traga alguma divergência digna de nota. Por exemplo, HÖFFE, Otfried. *Derecho Intercultural.* Trad. Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000, pp. 29 e ss, divide em 06 modelos; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do multiculturalismo e suas implicações no direito penal: o caso brasileiro. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, ano 101, vol. 925, pp. 205-229, nov. 2012, p. 212 e ss, divide em 03 modelos; e DIAS, Augusto Silva. *O multiculturalismo...* Op. cit., pp. 19 e ss, divide em apenas 02 modelos ou tendências fundamentais.

[274] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Aspectos...* Op. cit., pp. 212-213.

Já no caso da assimilação discriminatória, a prática cultural diversa é valorada negativamente, vista como prejudicial à sociedade de acolhimento, existindo repressão direta de condutas a ela relacionadas. Esse modelo pode modificar políticas criminais, conduzir à criação legislativa de novos crimes, de penas mais graves e de agravantes ou majorantes nos tipos penais já existentes.

A França adotou este modelo de assimilação em relação a grupos religiosos *ayahuasqueiros* brasileiros, não autorizando (no âmbito administrativo ou via poder judiciário) qualquer diferenciação do uso da *ayahuasca* com o de outra substância que contém DMT e criminalizando expressamente (ao incluir a *ayahuasca* no complemento do tipo penal de tráfico de drogas) a conduta de importar, transportar e fornecer a bebida.

O poder executivo francês adotou tal postura em 2005, pouco depois da Corte de Apelação de Paris decidir, em um processo no qual integrantes da Igreja do Santo Daime eram acusados de tráfico de drogas, que produtos naturais contendo em sua composição DMT não eram considerados pela lei francesa como substâncias estupefacientes proscritas, em que pese a DMT isolada fosse[275]. O governo francês considerou no caso – em uma ponderação de interesses que lhe é peculiar e atraente (apesar de, aparentemente, não funcionar muito bem nos seus resultados práticos, haja vista a França estar se tornando um dos países mais sectários e religiosos do mundo)[276], já que concede grande valor ao interesse do convívio público guardar seu caráter secular – que deve prevalecer o interesse público da repressão ao que considera uma droga nociva à saúde pública ministrada por uma seita religiosa.

Contudo, poderia o poder judiciário francês reverter tal medida ao fazer uma análise de sua constitucionalidade, com aplicação de um juízo de proporcionalidade ou proibição de excesso, comparando o benefício alcançado com o sacrifício imposto ao direito à própria cultura e à liberdade religiosa do grupo *ayahuasqueiro*. Porém, não foi assim que entendeu o Judiciário francês, pois em decisão relativamente recente, de 06/02/2013, a Corte de Cassação de Paris, Seção Criminal, ao analisar o encaminhamento de um recurso ao Conselho Constitucional, entendeu que: a) a criminalização do tráfico e uso ilícito do "estupefaciente" *ayahuasca* previsto pelo legislador é clara e taxativa, respeitando o princípio da legalidade; b) existe proporcionalidade entre a gravidade da infração e a pena imposta ao arguido

[275] LABATE, Beatriz Caiuby; FEENEY, Kevin. *O processo*… Op. cit. pp. 16-17.
[276] CIÁURRIZ, María José. Laicidad y ley sobre los símbolos religiosos em Francia. In. MOTILLA, Agustín (Coord.). *El pañuelo islâmico em Europa.* Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 91-140, pp. 93 e ss.

ayahuasqueiro; e c) a restrição à liberdade do indivíduo em praticar sua religião é justificada pela necessidade de proteger a saúde e a segurança pública, o que se coaduna com a própria definição de liberdade constante na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1789, isto é, que a liberdade individual é entendida como direito de fazer qualquer coisa que não prejudique os outros ou a sociedade[277].

Já em relação aos modelos que consideram a diversidade cultural como um fator capaz de descriminalizar determinados fatos típicos (em abstrato, já que pode ocorrer uma análise pré-típica, como será analisado adiante) no direito penal, tem-se como caráter diferenciador entre as duas posições a perspectiva que se toma na relação indivíduo-grupo.

A versão do multiculturalismo fraco, entendido como grupo de respostas principiológicas, enxerga que existe uma primazia do indivíduo em relação ao grupo, o que autoriza que aspectos culturais sejam considerados para analisar o crime, atenuar a culpa ou diminuir a pena, mas sem modificar essencialmente a compreensão do sujeito individual autor de uma conduta. Com essa visão, os princípios fundamentais da dogmática penal e a forma como se analisa os fundamentos para se punir criminalmente alguém não se alteram significativamente, uma vez que o indivíduo é considerado com primazia em todas as fases da análise de uma conduta típica, antijurídica e culpável. Os efeitos do grupo ou da cultura, a partir desta visão, apenas são considerados reflexamente, como uma condição (dentre várias, de diferentes ordens) a influenciar o indivíduo no caso concreto. A diversidade cultural, portanto, não seria desconsiderada, como no modelo igualitário, nem seria uma má condição, como no modelo discriminatório, mas também não seria relevante a ponto de modificar o modelo básico de análise criminal ou de uma política criminal como um todo.

Já a concepção do multiculturalismo em sentido forte tem uma tendência de caráter mais comunitarista[278], defendendo que o indivíduo não pode ser compreendido fora de seu grupo de pertença. A partir dessa visão, diversas interpretações podem ser alcançadas em políticas públicas e no direito criminal.

---

[277] FRANÇA. Cour de Cassation, Chambre Criminelle. Pourvoi nº 12-90071. *Site do Legifrance – Le Service Public de la Diffusion Du Droit*, Paris, data do julgamento: 06 fev. 2013. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027109377&fastReqId=292012660&fastPos=1>. Acesso em: 20 ago. 2016.

[278] DIAS, Augusto Silva. *O multiculturalismo*... Op. cit., p. 19.

As principais reivindicações políticas deste modelo consistem na necessidade de ser concedida ao menos uma parcela de autorregulação para grupos minoritários, já que a visão da relação indivíduo-grupo-estado é distinta, e que suas visões e reivindicações sejam consideradas no discurso público (em questões políticas)[279].

Ao pensar as políticas criminais e a dogmática penal a partir de perspectivas multiculturais, abrem-se diversas possibilidades, modificando-se o paradigma da certeza que existe em um direito penal de interpretação positivista. Parece que antes de ser uma possibilidade, esse posicionamento é uma exigência lógica de uma postura pós-moderna/atual, já que o grupo é para alguns indivíduos, principalmente em questões religiosas de minorias étnicas, a "unidade ética de referência" e para toda pessoa, em maior ou menor grau de consciência ou aceitação disso, o substrato que "possibilita a formação da sua identidade e a realização do seu projecto de vida"[280].

Um Estado e um direito penal que têm aspirações à justiça não podem relegar para análises secundárias ou sem efetividade de mudança real em políticas e interpretações criminais perspectivas culturais e a influência que o grupo social exerce no ser humano e em suas visões, representações de sentido, escolhas e condutas; mas também não podem imaginar uma neutralidade axiológica inatingível (e indesejável) e anular-se como uma cultura peculiar, também inundada de perspectivas e visões de mundo próprias.

Entende-se, portanto, que não é possível uma separação estanque entre direito individual e direito coletivo quando da análise da liberdade religiosa, principalmente quando em países multirreligiosos, pois os dois tipos de direitos se confundem e são intrinsicamente relacionados, uma vez que o indivíduo, ao exercer sua liberdade de consciência e crença, constrói a religião e o grupo cultural religioso; da mesma forma que o grupo religioso, ao sintetizar valores, reunir interesses comuns e pessoas que exercem seu direito individual subjetivo, constrói e representa o indivíduo. Contudo, pelo caráter da presente abordagem do problema (jurídico-criminal), serão tratadas questões preponderantemente relativas a um direito individual, ainda que seja impossível não considerar e sopesar, para uma correta decisão do problema concreto, como se verá ao longo do trabalho, os reflexos coletivos (na comunidade religiosa e em outros membros) advindos de uma decisão particular/individual.

---

[279] SHACHAR, Ayelet. *Multicultural…* Op. cit., pp. 28 e ss.
[280] DIAS, Augusto Silva. *O multiculturalismo...* Op. cit., p. 19.

Quando da ponderação entre o direito à liberdade religiosa e os interesses públicos gerais conflitantes, a questão dos interesses culturais do grupo são centrais, pois, via de regra, as religiões têm cultos que congregam pessoas, revelando sempre a existência de uma dimensão coletiva, junto com a individual, da liberdade religiosa.

Destarte, para se pensar o respeito à liberdade religiosa[281] em casos multiculturais nos quais há um conflito aparente com uma norma penal, é necessário que (i) se compreenda o sistema cultural em que a prática originalmente está inserida e qual o seu sentido para o autor da conduta, sopesando-se o valor intrínseco da cultura e a necessidade do ritual (no caso em estudo, especificamente, o consumo da *ayahuasca*) para manter a própria personalidade e a integridade do grupo; (ii) se analise criticamente os interesses e valores que, a princípio, seriam ofendidos com a prática cultural, bem como os fundamentos para sua legítima proibição; e (iii) se pondere de maneira aberta, tolerante e dialógica sobre quais são as possibilidades de acomodação e de concordância prática existentes. É o que se pretende fazer nos próximos capítulos em relação ao uso religioso da *ayahuasca*.

2. USO RELIGIOSO DA *AYAHUASCA* E QUESTÕES CRIMINAIS

2.1. Religiões *ayahuasqueiras* brasileiras

Como visto, o uso ritual-místico da *ayahuasca* remonta ao xamanismo indígena existente, de forma relativamente uniforme (com uso de plantas psicoativas e um suposto contato com espíritos da natureza), na região amazônica da América do Sul. Inicialmente, segundo estudos antropológicos[282][283], o consumo da *ayahuasca* ocorria, sob a coordenação do xamã, de forma comunitária pelos índios, permitindo que a tribo mantivesse uma boa

[281] "Para além de um sentido psicológico genérico de poder efectivo de cada um fazer o que quiser (e onticamente puder), entende-se aqui a liberdade como a autodeterminação da pessoa humana com vista aos seus fins existenciais, sem impedimentos por parte dos indivíduos ou da sociedade", ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade*... Op. cit., p. 15.

[282] BIANCHI, Antonio. *Ayahuasca* e xamanismo indígena na selva peruana: o lento caminho da conquista. In. LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder.* Campinas: Mercado de Letras, 2005, pp. 319-331.

[283] LUNA, Luís Eduardo. Narrativa da Alteridade: a *ayahuasca* e o motivo de transformação em animal. In. LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder.* Campinas: Mercado de Letras, 2005, pp. 333-354.

relação com espíritos da floresta e adquirisse poderes mágicos que facilitavam as caçadas. Com o sedentarismo da maioria das tribos indígenas, a aculturação e o trabalho missionário cristão no sentido de extinguir o uso da *ayahuasca*[284], este passou a ser privado, mais individual/restrito, e o xamã ganhou contornos de "curandeiro" (xamanismo mestiço), procurado para questões relativas à saúde; não mais para tratar de questões espirituais, ainda que, nesse contexto, a cura também tenha um aspecto mágico e de contato com outras realidades[285].

Membros de comunidades ribeirinhas amazônicas e seringueiros que passavam várias semanas dentro da floresta, durante os ciclos da borracha nas primeiras décadas de 1900, como visto, buscavam tratamento para algum mal de saúde ou doença que os acometia com esses xamãs, o que ocasionou os primeiros contatos de não índios com a *ayahuasca*. Em que pese esse contato com o xamanismo mestiço ser comum em diversos países da América do Sul até hoje, apenas no Brasil existiu uma transposição do uso xamânico indígena da *ayahuasca* para o de uma tradição religiosa urbana[286].

Essa tradição religiosa, designada por religiões *ayahuasqueiras* e caracterizada pelo uso ritual-sacramental da *ayahuasca*[287], iniciou-se pouco depois do 1º ciclo da borracha, em 1930, na capital do Acre, estado no noroeste do Brasil, com a fundação da primeira e mais conhecida linha religiosa dentro desta tradição[288]: o Santo Daime. Posteriormente, em 1945, também na região urbana de Rio Branco, foi criada, por um seguidor do Santo Daime, outra linha da religião *ayahuasqueira*, conhecida hoje por Barquinha. A terceira grande linha desta tradição surgiu apenas em 1961, desta vez em Porto Velho, capital de Rondônia, aparentemente de forma autônoma em relação às duas primeiras[289].

Em que pese as três linhas de religiões *ayahuasqueiras* guardarem origens semelhantes, considerarem sagrada e fazerem uso da mesma bebida que possui como psicoativo a DMT,

---

[284] LUNA, Luís Eduardo. *Narrativa*... Op. Cit., p. 340.
[285] BIANCHI, Antonio. *Ayahuasca*... Op. cit., pp. 323 e ss.
[286] GOULART, Sandra Lucia. Contrastes e continuidade em uma tradição religiosa amazônica: os casos do Santo Daime, da Barquinha e UDV. In. LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder*. Campinas: Mercado de Letras, 2005, pp. 355-396, p. 360.
[287] Na visão de Sandra Goulart (Ibid., idem), as três linhas constituem "diferentes re-elaborações de um mesmo complexo de crenças, o do curandeirismo amazônico, o qual é re-elaborado num processo de adaptação às transformações que ocorriam no mundo rural".
[288] O termo linha é utilizado para fins analíticos de forma a designar variantes doutrinárias que formam grupos distintos (de acordo com visões peculiares de ritos e mitos) dentro de uma mesma tradição religiosa *ayahuasqueira* (Ibid. pp. 356-357).
[289] Ibid., pp. 358-359.

elas têm peculiaridades próprias em seus ritos, deuses, forma de uso da bebida e objetivos a serem alcançados com a ingestão. Mesmo dentro da mesma linha, existem concepções diferentes e uma constante construção dessas religiões, o que nem sempre ocorre de forma tranquila e sem conflitos doutrinários. Ao contrário, diversas acusações dirigidas pelas culturas dominantes de países onde essas religiões se instalam (como de que são sectárias, pregam o obscurantismo, utilizam-se de drogas ilícitas, fazem bruxarias ou rituais de magia negra) são reproduzidas nos conflitos doutrinários, midiáticos e políticos que existem entre esses grupos, todos acusando-se mutuamente das mesmas práticas e falhas das quais são acusados de forma geral[290].

Assim como diversos textos religiosos guardam fragmentos de verdade ou avaliações sociais que se aproximam muito das comprovações empíricas alcançadas através da observação sistemática, parece que, senão tudo, boa parte das coisas do mundo são sempre iguais[291], sendo que um grupo é perseguido ou não criminalmente em função da bancada que consegue formar no poder legislativo. Infelizmente, nem oprimidos conseguem parar de reproduzir a opressão.

Aparentemente, pelos discursos e relações que mantêm, qualquer um dos grupos que tivesse uma bancada legislativa suficiente esforçar-se-ia para proibir as outras manifestações que também utilizam a *ayahuasca*, mesmo sabendo qual é o sabor de não poder desfrutar sem interferências de sua própria crença. No final, em que pese as acusações incorporadas pelas linhas *ayahuasqueiras* em suas disputas guardarem um aspecto importante de delimitar cada religião, seus próprios valores e o *ethos* entre seus seguidores, há a confirmação, *a contrario sensu*, de que o humanismo secular baseado nos direitos humanos e na liberdade da formação do próprio destino ou livre formação da personalidade também precisa saber delimitar seu espaço e, dentro da interpretação jurídica, fortalecer-se como cultura com ambições emancipadoras.

---

[290] GOULART, Sandra Lucia. *Contrastes...* Op. cit. pp. 374 e ss.

[291] Aqui se faz referência ao Livro de Eclesiastes, o qual traz, em seus versículos 09 e 14: "O que foi é o que será; o que acontece é o que há de acontecer. Não há nada de novo debaixo do sol. Vi tudo o que se faz debaixo do sol, e eis [cheguei à conclusão de que]: tudo é vaidade, e vento que passa", conforme BÍBLIA. Português. *Bíblia Católica de Ave Maria.* [Livro eletrônico/e-book] – s/l. e s/a. Disponível em: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/eclesiastes/>. Acesso em: 27 maio 2017.

Vejamos a história e as principais diferenças entre as religiões *ayahuasqueiras* brasileiras para que se possa compreender os sistemas culturais em que o consumo da *ayahuasca* está inserido.

2.1.1. Santo Daime

Como visto, essa foi a primeira igreja *ayahuasqueira* oficialmente criada no Brasil, por Raimundo Irineu Serra (1892-1971), em 1930, na cidade de Rio Branco, Acre. Guardando grande sincretismo entre o curandeirismo amazônico, o catolicismo e seus santos e o espiritismo kardecista, os daimistas construíram sua cosmologia, suas datas, ritos e cânticos ao longo de quatro décadas, não existindo expansão da religião até o início da década de 1970.

A partir de 1971, ano em que morreu Irineu Serra, começou uma ruptura dentro da igreja do Santo Daime, ocasionando o surgimento de um grupo organizado de fiéis que buscou a expansão urbana e internacional do daime, como eles costumam chamar a *ayahuasca*.

Oficialmente, esse novo ramo do Santo Daime foi fundado em 1974, por um discípulo de Irineu Serra, Sebastião Mota de Melo, conhecido como Padrinho Sebastião (1920-1990), com o nome de Centro Eclético da Fluente Luz Universal Raimundo Irineu Serra (Cefluris)[292]. Hoje, esse ramo chama-se oficialmente Igreja do Centro Eclético da Fluente Luz Universal (ICEFLU)[293], mas é conhecido mundialmente como Igreja do Santo Daime[294].

A viúva do fundador da doutrina do Santo Daime, Peregrina Gomes Serra, conhecida como Madrinha Peregrina, manteve a igreja original (Centro de Iluminação Cristã Universal/Ciclu-Alto Santo) funcionando na cidade de Rio Branco, mas de forma discreta e sem pretensões expansionistas, a qual ficou conhecida como Alto Santo[295]. Ainda viva, Madrinha Peregrina continua como a líder-dignitária dessa linha daimista.

Sebastião Mota, que também foi seringueiro, após a morte de seu mestre Irineu Serra, constituiu uma comunidade alternativa nos arredores de Rio Branco, totalmente reunida em

---

[292] LABATE, Beatriz Caiuby et al. *Religiões…* Op. cit., pp. 24 e ss.
[293] SANTO DAIME. Histórico Organizativo. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/institucional/historico-organizativo>. Acesso em: 22 ago. 2016.
[294] Sempre que for feita referência à Igreja do Santo Daime estar-se-á tratando desta linha, a qual se expandiu pelos centros urbanos brasileiros e internacionalmente e que, portanto, tem maior interesse para a presente pesquisa.
[295] LABATE, Beatriz Caiuby et al. *Religiões…* Op. cit., pp. 24 e ss.

torno do consumo sagrado do santo daime. Tal local ficou conhecido como Colônia Cinco Mil e atraiu *hippies* e seguidores da cultura psicodélica do mundo todo[296]. Com grande divulgação midiática e alguns problemas com a repressão criminal devido à incorporação do uso sagrado da maconha (chamada de Santa Maria) em seus rituais, a Igreja do Santo Daime espalhou-se por diversos centros urbanos brasileiros a partir da década de 1980.

Posteriormente, para evitar maiores discussões jurídicas que poderiam prejudicar a regulamentação do uso da *ayahuasca* em contexto religioso, a Igreja do Santo Daime oficialmente baniu de seus rituais o uso da maconha, o que é questionável diante do simbolismo e do sentido bem construídos que lhe foram atribuídos no contexto sagrado-religioso dessa religião[297].

De qualquer sorte, esse é um estigma que permanece em relação aos seguidores da doutrina do Santo Daime, sendo constantemente alçado como um demérito dessa linha *ayahuasqueira*[298]. Outro fato, às vezes utilizado como acusação, outras como qualidade, é o caráter messiânico, salvacionista e sectário que o Santo Daime edificado por Sebastião Mota deu ao grupo, principalmente ao construir uma verdadeira sociedade alternativa no coração da floresta Amazônica, proclamada como a "Nova Jerusalém", lugar onde se pode encontrar a salvação[299].

A realização desse ideal começou em 1982, quando Sebastião Mota e aproximadamente trezentos de seus seguidores iniciaram, no meio da floresta, um assentamento comunitário. Após algumas mudanças, estabeleceram-se junto a cabeceira do igarapé Mapiá, no meio da floresta Amazônica, batizando o lugar de Vila Céu do Mapiá, hoje considerado um local sagrado, centro mundial da Igreja do Santo Daime e contando com aproximadamente 1.000 moradores[300].

---

[296] GOULART, Sandra Lucia. *Contrastes...* Op. cit., pp. 364 e ss.
[297] MACRAE, Edward. *Guiado*… Op. cit., pp. 74 e ss; e GOULART, Sandra Lucia. *Contrastes...* Op. cit., pp. 382 e ss.
[298] GOULART, Sandra Lucia. Estigmas de grupos *ayahuasqueiros*. In. LABATE, Beatriz Caiuby et al (Orgs.). *Drogas e cultura:* novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008, pp. 251-287, pp. 264 e ss.
[299] MACRAE, Edward. *Guiado*… Op. cit., pp. 74 e ss.
[300]SANTO DAIME. Histórico Organizativo. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/institucional/historico-organizativo>. Acesso em: 22 ago. 2016.

É impossível não questionar, ao analisar a história e as fotografias disponíveis no site oficial dessa comunidade[301], se não foi essa uma resposta pós-moderna de uma das religiões *ayahuasqueiras* ao futuro inevitável (de pobreza e sofrimento) que se apresenta para comunidades minoritárias e excluídas do processo capitalista nos centros urbanos. Parece que a Vila Céu do Mapiá, mais do que uma "Nova Jerusalém" messiânica, é efetivamente um lugar de experimentação social que permite aos seguidores *ayahuasqueiros* viverem com dignidade suas verdades, "promovendo com êxito alternativas que parecem utópicas em todos os tempos e lugares exceto naqueles que ocorreram efetivamente"[302].

2.1.2. Barquinha

A segunda igreja/linha religiosa que utiliza *ayahuasca* como principal sacramento foi fundada em 1945, por Daniel Pereira de Mattos (1888-1958). Amigo e discípulo de Raimundo Irineu Serra, acredita-se que Daniel de Mattos, durante os efeitos gerados pela bebida daime, recebeu um livro azul de dois anjos, o qual o designava para iniciar uma nova linha dentro da tradição da *ayahuasca*[303]. Diante disso, aparentemente sem qualquer atrito com o fundador da doutrina do Santo Daime, inclusive com seu apoio[304], Daniel iniciou sua própria igreja, inicialmente conhecida como Capelinha (devido à sua sede ser uma pequena capela dedicada a São Francisco, na beira de uma estrada em Rio Branco) e conhecida posteriormente por Barquinha[305].

Mestre Daniel, como depois ficou conhecido, criou cerimônias e uma cosmologia próximas a da Umbanda, religião afro-brasileira em que alguns de seus membros incorporam espíritos durante os rituais e tem um complexo panteão formado por diversos Orixás (deuses africanos que representam energias/forças da natureza)[306], fazendo com que o consumo da *ayahuasca* e a dança sejam utilizados como instrumentos para que entidades espirituais

---

[301] SANTO DAIME. Vila Céu do Mapiá. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/a-comunidade/a-vila-ceu-do-mapia/a-vila>. Acesso em: 22 ago. 2016.
[302] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por que...* p. 213.
[303] A BARQUINHA. Mestre Daniel. *Site oficial do Centro Espírita Obras de Caridade Príncipe Espadarte*. Disponível em: <http://www.abarquinha.org.br/sys/index.php?option=content&task=view&id=31&Itemid=33>. Acesso em: 23 ago. 2016.
[304] GOULART, Sandra Lucia. *Contrastes...* Op. cit., p. 358.
[305] A BARQUINHA. *Mestre...* Op. cit.
[306] Na literatura, a importância da Umbanda na cultura afro-brasileira é retrata em ECO, Umberto. *O Pêndulo de Foucault.* 2ª ed. Trad. Ivo Barroso. Rio de Janeiro: Record, 1989, pp. 93 e ss.

incorporem em algumas pessoas (médiuns)[307]. Os seguidores da Barquinha acreditam que devem fazer a caridade e ajudar a todos (pessoas e espíritos) nos três planos que existem, segundo eles: céu, terra e mar. Assim, ao permitirem que espíritos ainda presos à matéria incorporem em médiuns, eles permitem que esses espíritos evoluam em direção à luz, já que eles ajudam as pessoas encarnadas com curas e orientações[308].

A principal diferença e ponto de discordância entre Barquinha, Santo Daime e União do Vegetal consiste, exatamente, na possibilidade de permitir que espíritos ainda não evoluídos incorporem para participar dos rituais com consumo da *ayahuasca*. No Santo Daime, por exemplo, utiliza-se o bailado (dança) justamente para evitar que alguma pessoa seja incorporada (utilizada como "cavalo" por um espírito) e entende-se que todo o contato com o mundo espiritual é feito através das "mirações" (visões) produzidas com a ingestão da *ayahuasca*. Em suma, o Santo Daime entende que o chá é utilizado para permitir que o espírito ou a consciência de cada pessoa atinja outros planos, sem necessidade de nenhum espírito vir até o plano terreno para isso; ao contrário, a Barquinha entende que a *ayahuasca* facilita justamente a incorporação de espíritos e a comunicação com as pessoas que a ingerem.

Assim como nas outras igrejas *ayahuasqueiras*, a Barquinha também se dividiu e ainda enfrenta dissidências internas que tendem a ocasionar a criação de grupos menores que se intitulam, cada qual com a sua versão da história, como verdadeiros descendentes do fundador. Contudo, a Barquinha, apesar de recentemente ter inaugurado algumas filiais em outros estados brasileiros, ficou restrita ao Acre[309].

2.1.3. União do Vegetal

A terceira e mais organizada religião *ayahuasqueira* é o Centro Espírita Beneficente União do Vegetal ou apenas União do Vegetal (UDV), com uma sede geral em Brasília e mais de 212 centros ou Núcleos de distribuição de Vegetal, como eles nomeiam suas igrejas[310].

---

[307] ARAÚJO, Wladimyr Sena. A Barquinha: espaço simbólico de uma cosmologia em construção. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca*. 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 541-555.
[308] GOULART, Sandra Lucia. *Contrastes*... Op. cit., p. 375.
[309] Ibid. p. 366.
[310] UNIÃO DO VEGETAL – UDV. Núcleos e Distribuições. *Site oficial da UDV*. Disponível em: <http://udv.org.br/organizacao/nucleos-e-distribuicoes/>. Acesso em: 23 ago. 2016.

A UDV foi fundada por José Gabriel da Costa (1922-1971), um seringueiro baiano, em 1961, em um seringal na divisa entre Brasil e Bolívia, sendo instalada, posteriormente, em Porto Velho, Rondônia, de forma autônoma das manifestações daimistas que já ocorriam no Acre[311]. Com uma rígida organização interna e fortes traços de uma irmandade iniciática-discipular[312], a UDV é, atualmente, a maior religião *ayahuasqueira*, com aproximadamente 24 mil membros[313].

Discreta e sem maior sincretismo com religiões afro-brasileiras, a UDV acredita na reencarnação e que o vegetal ou a *hoasca*, nome pelo qual designam a *ayahuasca*, permite uma comunicação espiritual para que lições sejam obtidas para o aperfeiçoamento pessoal. Nas sessões da UDV não existe o chamado bailado e nenhum tipo de possessão ou incorporação acontece. Todos permanecem sentados durante o ritual de consumo da *ayahuasca* e podem estudar a doutrina da igreja ou fazer perguntas e ser orientados pelo mestre que o conduz[314].

Da mesma forma que é discreta, a UDV é muito expansionista, estando hoje presente, regular e oficialmente, em todos os estados brasileiros e em outros 07 países, sendo eles: Estados Unidos, Espanha, Suíça, Holanda, Austrália, Itália e Peru[315]. Com uma estrutura institucional bem organizada e hierarquizada, a UDV é a principal responsável pela legitimação do uso da *ayahuasca* em contexto religioso, possuindo um departamento de pesquisa biomédica e farmacológica, assim como uma comissão jurídica para permitir a sua internacionalização e expansão legal por países não habituados com a cultura *ayahuasqueira*[316].

Longe de ter um percurso tranquilo ao longo de sua expansão mundial, a UDV iniciou sofrendo efetiva repressão criminal por usar uma substância psicoativa em seus rituais, tendo inclusive seu fundador, José Gabriel da Costa, sido preso por tráfico de drogas, em 1967,

---

[311] UNIÃO DO VEGETAL – UDV. A origem da UDV. *Site oficial da UDV*. Disponível em: <http://udv.org.br/criacao-da-udv/a-origem-da-udv-2/>. Acesso em: 23 ago. 2016.
[312] GENTIL, Lucia Regina Brocanelo; GENTIL, Henrique Salles. O uso de psicoativos em um contexto religioso: a União do Vegetal. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 559-570, p. 562.
[313] UNIÃO DO VEGETAL – UDV. Quem somos. *Site oficial da UDV.* Disponível em: <http://udv.org.br/a-uniao-do-vegetal/>. Acesso em: 23 ago. 2016.
[314] GOULART, Sandra Lucia. *Contrastes*... Op. cit., pp. 377 e ss.
[315] UNIÃO DO VEGETAL – UDV. Núcleos e Distribuições. *Site oficial da UDV*. Disponível em: <http://udv.org.br/organizacao/nucleos-e-distribuicoes/>. Acesso em: 23 ago. 2016
[316] LABATE, Beatriz Caiuby et al. *Religiões…* Op. cit., p. 33.

quando ainda organizava institucionalmente a UDV[317]. De lá para cá, como será estudado, existiram muitas outras disputas jurídico-penais sobre o direito de usar a *ayahuasca* em rituais religiosos.

2.1.4. Novos grupos *ayahuasqueiros*

A partir dos anos de 1990, com a urbanização e, subsequente, internacionalização das religiões *ayahuasqueiras* do Santo Daime e da UDV, começam a surgir novos espaços e outros usos da *ayahuasca* que não os tradicionais, como, por exemplo, o uso por grupos místicos "new age", por grupos de meditação transcendental, para tratamentos terapêuticos holísticos e também para fins artísticos e recreativos[318].

Os dois últimos usos, bem como o uso terapêutico[319], merecem considerações especiais que não podem ser tratadas exaustivamente nesta pesquisa, já que o foco principal é sobre o uso cultural-religioso da *ayahuasca*. No entanto, diversas ponderações e argumentos aqui levantados poderão ser aproveitados, principalmente quanto ao "bem jurídico" tutelado pelo tipo penal de tráfico de drogas e ao critério diferenciador entre uma substância permitida e outra considerada droga proibida.

Adianta-se, não obstante, que o sentido do uso, a finalidade buscada e o ambiente em que são consumidas são os critérios que devem preponderar em qualquer análise sobre o uso de substâncias psicoativas, pois são desses três fatores que podem surgir usos problemáticos, sobre os quais o Direito pode legitimamente intervir[320].

Em relação aos usos da *ayahuasca* por grupos denominados como pertencentes ao movimento "new age"[321], grupos de meditação ou até mesmo ao uso individual/solitário

---

[317] Ver biografia do fundador da UDV em BRISSAC, Sérgio. José Gabriel da Costa: trajetória de um brasileiro, mestre e autor da União do Vegetal. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca*. 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 571-588.

[318] Sobre o tema, por todos, ver a publicação da dissertação de mestrado em antropologia de LABATE, Beatriz Caiuby. *A reinvenção do uso da ayahuasca nos centros urbanos.* Campinas: Mercado de Letras/FAPESP, 2004, *maxime* pp. 74 e ss.

[319] Apresentação sobre a composição química e os usos terapêuticos da *ayahuasca* em TÓFOLI, Luís Fernando. *Ayahuasca, Segurança e Pesquisa Biomédica*. In. SIMPÓSIO INTERNACIONAL SOBRE O USO DE PLANTAS MEDICINAIS EM PSIQUIATRIA (Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas). 2º, nov. 2013, São Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WqxFVmnGXgM&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 mar. 2017.

[320] "A legitimação tem de ser, pela própria natureza das coisas, extra-sistemática, isto é, constituída por razões que explicam a instituição histórica do sistema, a sua continuidade e a sua vigência no momento presente", PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal: conceito...* Op. cit., p. 81.

[321] O termo *new age* ou nova era designa um tipo de religiosidade de caráter difuso, sincrético e que busca retirar ensinamentos de diferentes religiões históricas e institucionais para o autoconhecimento e tratamento

(quando feito com propósito religioso-transcendental), eles são abarcados pelo conceito de uso religioso da *ayahuasca*, já que a ingestão da bebida acontece com uma finalidade de busca do sagrado ou de transcendência, sempre em um contexto ritual-místico, em um ambiente controlado e com uma finalidade não recreativa, até porque, pelos relatos existentes, a *ayahuasca* é de difícil uso recreativo, uma vez que induz a estados introspectivos e reflexivos.

Entende-se que essas novas modalidades de consumo da *ayahuasca*, em centros urbanos, pelos grupos designados *neo-ayahuasqueiros*, nos termos cunhados por Beatriz Labate[322], advêm de uma nova forma de manifestação religiosa que existe atualmente, a qual tem como características a crença difusa, sincrética e a busca constante de novas práticas em diferentes religiões institucionalizadas[323].

Restringir a análise da ciência jurídica ou o âmbito de proteção da liberdade de crença e de religião a religiões institucionalizadas ou apenas a seus seguidores formais parece ser uma redução inadequada e injustificada, uma vez que o objetivo desse direito fundamental é garantir que o ser humano realize suas necessidade básicas reais, em um mundo real. Assim, se atualmente a necessidade religiosa do ser humano o leva a transitar entre diversos cultos, em um "experimentalismo cultural e religioso"[324], cabe ao Direito tutelar essa liberdade e buscar efetivar e regular suas práticas, mas sem jamais burocratizar em conceitos abstratos e preconceituosos o que é religião e quais são os caminhos válidos para alguém construir sua personalidade e se realizar como humano.

Não é razoável um Estado democrático constitucional e plural exigir a associação ou filiação de alguém a uma determinada religião institucionalizada para assegurar um direito fundamental, como o da liberdade de crença-religião-culto. Tal limitação é ainda de mais difícil aceitação no caso da *ayahuasca*, "em que existe um suposto contato direto com o divino e com as lições de outros 'planos ou dimensões', isto é, que as vivências religiosas são eminentemente interiores e individuais"[325]. Por fim, instituições religiosas estabelecidas

---

holístico da pessoa, conforme notas e ponderações em CAMURÇA, Marcelo Ayres. Sombras na Catedral: a influência New Age na Igreja Católica e o holismo da teologia de Leonardo Boff e Frei Betto. *Numen:* Revista de Estudos e Pesquisa da Religião, Juiz de Fora, vol. 01, n. 01, pp. 85-125, 1998.

[322] LABATE, Beatriz Caiuby. *A reinvenção...* Op. cit., p. 29.

[323] Ibid., pp. 75 e ss.

[324] SOARES, Luiz Eduardo. *O rigor da indisciplina:* ensaios de antropologia interpretativa. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994, pp. 122.

[325] VIANNA, Rafael Ferreira. *A questão...* Op. cit., p. 41.

não detêm o monopólio do uso legítimo da *ayahuasca* e nem têm autoridade (teológica, moral ou jurídica) para decidir qual uso é válido e qual não é.

Na mesma perspectiva, e considerando que os novos usos da *ayahuasca* em algum momento congregam pessoas ou formam grupos com características semelhantes, ainda que sob o fenômeno da "desterritorialização das culturas"[326], entende-se que todos os argumentos aqui trazidos sobre cultura-religião também podem servir para a defesa e proteção dessas novas práticas. Em que pese o conceito de cultura ser alargado quando se discute esses novos grupos, de formação recente e sem um *ethos* bem definido, cabe aceitar duas realidades: a) que cada vez mais, diante do crescente aperfeiçoamento da comunicação informática-digital, as culturas formar-se-ão independente de uma unidade territorial ou uma proximidade física entre membros de determinado grupo; e b) que cabe ao jurista multicultural também acomodar e buscar eliminar as desigualdades que surgem para indivíduos que não pertencem a grupos minoritários e que também não congregam a visão do grupo hegemônico[327]. De qualquer sorte, o primeiro passo no campo jurídico é comum a todos os que utilizam a *ayahuasca*: reafirmar o conceito amplo de proteção à liberdade de crença e de religião e permitir que uma interpretação multicultural aberta e dialógica, de razão argumentativa[328], seja estabelecida como novo paradigma decisório, permitindo que sempre sejam ponderados os sentidos existenciais de práticas com caráter religioso.

2.2. Internacionalização/transnacionalização das religiões *ayahuasqueiras*

Nos últimos 30 anos – a partir das facilidades tecnológicas dos processos de comunicação (abertura e avanço da internet de uma maneira geral), da facilidade de

[326] LABATE, Beatriz Caiuby. *A reinvenção*... Op. cit. p. 79.

[327] Como afirma Kymlicka (KYMLICKA, Will. *Ciudadanía*…Op. cit., p. 153.) alguns direitos diferenciados/específicos em razão do grupo minoritário não criam desigualdades, mas ao contrário as eliminam, o que é verdade em relação ao grupo hegemônico. No entanto, ela pode criar desigualdades em relação a grupos ainda menores ou a indivíduos que não pertencem ao grupo minoritário, mas que também não congregam dos mesmos valores do grupo hegemônico.

[328] Compartilha-se da mesma perspectiva que Amartya Sen sobre a importância da argumentação racional e pública (debate público) para o encontro entre as pessoas e a realização da justiça ou, ao menos, a redução das injustiças manifestas e corrigíveis do mundo. Em um mundo diverso, o multiculturalismo exige a aceitação de que existem diversas razões possíveis e que mesmo "a desrazão em geral não consiste na prática de dispensar completamente a razão, mas de contar com uma argumentação racional bastante primitiva e falha. Resta, porém, esperança nela porque uma má argumentação pode ser defrontada por uma argumentação melhor", SEN, Amartya. *A ideia*... Op. cit., p. 20.

locomoção (com maior oferta e barateamento de passagens aéreas) e da maior abertura de fronteiras promovida por Estados-nações (principalmente com facilidades de concessão de visas/vistos, tratados de livre circulação e melhor acolhimento de estrangeiros) – ocorreu uma expansão mundial ou uma transnacionalização de religiões brasileiras[329]. Não apenas religiões *ayahuasqueiras* brasileiras espalharam-se pelo mundo, mas muitas outras, como, por exemplo, as conhecidas e poderosas igrejas evangélicas (dentre as quais, a Igreja Universal do Reino de Deus é a mais emblemática), igrejas pentecostais menores (Igreja Deus é Amor, por exemplo) e algumas de origem afro-brasileiras (como a Umbanda e o Candomblé)[330].

O fenômeno é ainda de nebulosa explicação, mas pode ser aclarado a partir do evidente desejo expansionista dessas diferentes tradições religiosas, do caráter missionário que alguns jogadores de futebol brasileiros cumprem em diversos países[331], pela característica comum dos brasileiros (de fácil socialização e adaptação em ambientes variados) e pelo interesse que uma parcela de europeus, norte-americanos e asiáticos têm no exótico, associado geralmente ao xamanismo, a culturas afro-brasileiras e a conhecimentos ancestrais de povos indígenas da floresta Amazônica.

É nesse contexto que igrejas do Santo Daime ICEFLU e núcleos da UDV, as duas linhas expansionistas, e hoje transnacionais, das religiões *ayahuasqueiras*, instalaram-se em diversos países que antes desse período não tinham qualquer contato com o uso da *ayahuasca*[332]. Como visto, a UDV está presente oficialmente em mais de 07 países, possuindo 212 núcleos constituídos e contando com, aproximadamente, 24 mil membros[333]. O Santo Daime, por sua vez, está presente em pelo menos 43 países[334] e tem

---

[329] Em alguns trabalhos pode-se encontrar o termo "diáspora", o qual não utilizo por considerar que conota uma dispersão forçada ou decorrente de algum tipo de perseguição.

[330] Para uma visão geral sobre o fenômenos, ver ROCHA, Cristina; VÁSQUEZ, Manuel A. (Eds.). *The Diaspora of Brazilian Religious.* Leiden: Brill, 2013.

[331] Especificamente sobre o assunto, ver RIAL, Carmen. The "Devil's Egg: football players as new missionaries of the diaspora of the Brazilian religious. In. ROCHA, Cristina; VÁSQUEZ, Manuel A. (Eds.). *The Diaspora of Brazilian Religious.* Leiden: Brill, 2013, pp. 91-115.

[332] Sobre o tema, com diversos artigos de caráter multidisciplinar, ver LABATE, Beatriz Caiuby; JUNGABERLE, Henrik (Eds.). *The Internationalization of ayahuasca*. Berlim: LIT, 2011.

[333] UNIÃO DO VEGETAL – UDV. Quem somos. *Site oficial da UDV*. Disponível em: <http://udv.org.br/a-uniao-do-vegetal/>. Acesso em: 23 ago. 2016.

[334] ASSIS, Glauber Loures de; LABATE, Beatriz Caiuby. Dos igarapés da Amazônia para o outro lado do Atlântico: a expansão e internacionalização do Santo Daime no contexto religioso global. *Religião e Sociedade,* Rio de Janeiro, vol. 34, n. 02, pp. 11-35, 2014, p 20.

aproximadamente 6 mil seguidores oficiais/regulares, divididos em 50 igrejas no Brasil e 60 no exterior[335].

É emblemático, para destacar o aspecto transnacional que adquiriram as religiões *ayahuasqueiras*, que uma igreja originalmente brasileira possui mais centros no exterior do que no próprio país de origem. Da mesma forma, demonstrando a dimensão que tais religiões ganharam no contexto brasileiro e mundial, é curioso observar que algumas tribos indígenas da floresta Amazônica que não faziam o uso tradicional-cultural-histórico da *ayahuasca* (ou faziam de maneira restrita) passaram a reivindicar um passado de uso ritual da bebida[336] e um legado junto às religiões *ayahuasqueiras*, algo como um "resgate" de um espírito indígena ou de uma cultura ancestral inexistente. De qualquer sorte, adotando um conceito aberto de religião como sistema cultural e a ideia de que cada vez mais as culturas serão desterritorializadas, passando a existir outros vínculos a unir as pessoas, o problema continua teoricamente a exigir reflexões multiculturais. Mais do que isso, problemas e conflitos de interesses neste campo continuam a existir no mundo real, independente de uma conceituação mais ampla ou mais restritiva de cultura e religião, e exigem posicionamentos jurídico-criminais.

Tal questão, que inicia a discussão sobre outros usos da *ayahuasca*, traz sempre comparações com a legalização e regulamentação dos usos de substâncias psicoativas por povos originários, como é o caso dos índios estadunidenses que utilizam o cacto *peyote* em rituais místicos-religiosos e dos índios brasileiros que fazem o uso da *ayahuasca* em um real contexto nativo. Do ponto de vista teórico do multiculturalismo, essas questões enquadram-se em campos diferentes, uma vez que povos originários minoritários em determinados países multinacionais são pensados a partir de outra lógica quando comparados com o multiculturalismo atual, decorrência do encontro de diferentes culturas ocasionado pela imigração e a formação de países poliétnicos.

De qualquer forma, boa parte dos argumentos levantados e das medidas legais adotadas no caso de povos originários pode ser aproveitada, visto que, quando existiu a propagação

---

[335] SANTO DAIME. Igreja do Culto Eclético - ICEFLU. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/institucional/nossas-instituicoes/iceflu>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[336] LABATE, Beatriz Caiuby; COUTINHO, Tiago. "O meu avô deu a *ayahuasca* para o mestre Irineu": reflexões sobre a entrada dos índios no circuito urbano de consumo da *ayahuasca* no Brasil. *Revista de Antropologia,* São Paulo, vol. 57, n. 02, pp. 215-250, 2014.

do uso da *ayahuasca* no Brasil, a discussão travada foi exatamente sobre como a penetração de uma cultura não comum (como se fosse estrangeira) em meio urbano brasileiro poderia ser acomodada diante da percepção geral de que se tratava do uso de uma droga ilícita.

Após diversas prisões, detenções e investigações policiais espalhadas pelo Brasil em relação a integrantes de religiões *ayahuasqueiras*, bem como apreensões da bebida[337]; a primeira medida legal-legislativa adotada no país ocorreu em 1985, quando a Divisão de Medicamentos do Ministério da Saúde (DIMED), através da Portaria nº 02/1985, incluiu expressamente entre as substâncias proscritas e consideradas entorpecentes a *ayahuasca* (seus componentes), passando ela a fazer parte do complemento do tipo penal em branco de tráfico de drogas[338]. Após diversos debates sobre a decisão do DIMED e a criação do primeiro grupo de trabalho e pesquisa multidisciplinar sobre o tema, o Conselho Federal de Entorpecentes (CONFEN), atual Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD), retirou a *ayahuasca* definitivamente da lista de entorpecentes, deixando a bebida de ser considerada uma droga proibida no Brasil[339].

Diversas vezes a liberação da *ayahuasca* foi questionada no Brasil[340], discutindo-se principalmente problemas quanto ao uso por crianças e adolescentes e aos deveres das igrejas em relação ao fornecimento da bebida[341]. Com isso, o CONAD, órgão normativo e de deliberação coletiva que estabelece orientações a serem observadas pelos integrantes do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD)[342], constituiu, através da Resolução nº 5, de 04 de novembro de 2004, um novo grupo multidisciplinar de trabalho para acompanhar o uso religioso da *ayahuasca* e a pesquisa sobre sua utilização terapêutica em caráter experimental. Na mesma Resolução, o CONAD, com base no direito

---

[337] GOULART, Sandra Lucia. *Estigmas*... Op. cit., pp. 262 e ss.
[338] REGINATO, Andréa Depieri de Albuquerque. Regulamentação de uso de substância psicoativa para uso religioso: o caso da *ayahuasca*. *Revista Tomo*, São Cristóvão, nº 17, pp. 57-78, 2º sem. 2010, pp. 62-63.
[339] VIANNA, Rafael Ferreira. *A questão*... Op. cit., pp. 20 e ss.
[340] Um histórico detalhado sobre toda a regulamentação da *ayahuasca* no Brasil pode ser encontrado em FACUNDES, Jair Araújo. *Pluralismo, Direito e ayahuasca*: autodeterminação e legitimação do poder no mundo desencantado. 150 pp. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013, *maxime* pp. 30 e ss.
[341] SANTO DAIME. Legalização no Brasil. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/institucional/historico-da-legalizacao/legalizacao-no-brasil>. Acesso em: 24 ago. 2016.
[342] A competência e a composição do CONAD são previstas no Decreto nº 5.912, de 27/09/2006, que regulamentou a Lei nº 11.343/2006 (Lei Antidrogas Brasileiras). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm#art22>. Acesso em 24 ago. 2016.

constitucionalmente protegido da liberdade de exercício de culto, reafirmou expressamente a legitimidade jurídica do uso para fins religiosos da *ayahuasca* e retirou a recomendação de não utilização da bebida por mulheres grávidas, crianças e adolescentes, considerando que tal decisão deve ficar na esfera da autonomia da vontade individual, na convicção religiosa de cada um e no exercício do poder familiar dos pais[343].

As conclusões do grupo multidisciplinar de trabalho – apresentadas em 23 de novembro de 2006 e aprovadas em todos os seus termos pela Resolução nº 1, de 25 de janeiro de 2010 – constituíram uma espécie de código deontológico do uso da *ayahuasca*, estabelecendo que: I) o uso religioso da *ayahuasca* constitui rica e ancestral manifestação cultural, devendo ser enquadrado na parte final do caput do artigo 2º da Lei 11.343/2006[344]; II) é vedada pelas próprias religiões *ayahuasqueiras*, devendo assim permanecer, a comercialização da bebida, sendo apenas os custos de produção e transporte suportados pelos fiéis; III) o turismo recreativo para explorar experiências com substâncias psicoativas deve ser evitado pelas próprias entidades religiosas; IV) o uso ritual responsável é incompatível com a publicidade e oferta da *ayahuasca* como panaceia ou indutora de curas milagrosas; V) o uso da *ayahuasca* como terapia não é reconhecido nem autorizado pelo CONAD, sendo legítimo apenas o uso religioso. Deve ser vedada qualquer prática terapêutica com *ayahuasca* até que pesquisas reconhecidas pela comunidade científica atestem sua eficiência; VI) para evitar o uso recreativo da *ayahuasca*, recomenda-se aos grupos *ayahuasqueiros* formalizarem a sua constituição como entidades religiosas; VII) as entidades religiosas devem evitar a extração das espécies nativas para preparação do chá, devendo buscar a auto-sustentabilidade no manejo das espécies vegetais consideradas sagradas; VIII) as religiões devem adotar procedimentos para verificar a saúde mental de novos adeptos e a não interação com álcool ou outras substâncias psicoativas no momento do uso, sendo vedada tal associação. O uso por menores de idade e grávidas permanece na esfera da autonomia individual e do exercício do poder familiar[345].

---

[343] LABATE, Beatriz Caiuby et al. *Religiões* ... Op. cit., p. 45-46.
[344] Art. 2º da Lei 11.143/2006 (Lei Antidrogas do Brasil) - Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.
[345] VIANNA, Rafael Ferreira. *A questão*... Op. cit., pp. 22-23.

De maneira semelhante, quando se discutiu o caso da UDV na Suprema Corte dos Estados Unidos[346], diversas referências e comparações foram feitas entre a liberação do uso do *peyote* para a *American Native Church* e o da *ayahuasca* para a UDV. Argumentou-se, inclusive, que a liberação do *peyote* só existiu porque se tratava de um povo originário dos Estados Unidos, com o qual se possuía uma dívida histórica, não podendo a mesma lógica de liberdade religiosa prevalecer para grupos culturais não originários[347]. É questionável a suficiência do argumento da inexistência de uma dívida histórica para se negar ou restringir um direito fundamental, mas existe, de fato, uma diferença fundamental entre os dois casos: o uso religioso da *ayahuasca* ocorre em contexto social urbano, em que o acesso é livre para qualquer pessoa que busque uma igreja *ayahuasqueira*; enquanto no caso do *peyote* a discussão centrou-se exclusivamente em relação a tribos indígenas e ao uso dentro de suas reservas.

Evidentemente que a preocupação deve ser muito maior em relação ao consumo da *ayahuasca*, o qual pode transformar-se em uso problemático e causar perturbações a outras pessoas ou sociais (saúde, ordem pública, violência...). A decisão da Suprema Corte Americana entendeu que os órgãos estatais interessados na repressão das drogas não conseguiram provar que o uso religioso da *ayahuasca* causa qualquer tipo de prejuízo à saúde ou à ordem pública, não podendo, assim, por simples presunções e conjecturas, uma liberdade como o direito de religião e de culto ser limitada[348].

Vislumbra-se, portanto, que o processo de transformação do Santo Daime e da UDV em religiões transnacionais não vem ocorrendo sem impasses, dúvidas, rupturas e conflitos. Não poderia ser de outra forma, pois há algumas décadas essas religiões, e consequentemente o uso da *ayahuasca*, estavam restritas à região norte do Brasil, em um contexto cultural bem delimitado e com controles comunitários que não despertavam maior preocupação para o direito oficial-estatal.

---

[346] Sobre o caso UDV nos Estados Unidos, ver BRONFMAN, Jeffrey. The Legal Case of the União do Vegetal vs. the Government of the United States. In. LABATE, Beatriz Caiuby; JUNGABERLE, Henrik (Eds.). *The Internationalization of ayahuasca*. Berlim: LIT, 2011, pp. 287-300.

[347] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Arguments Transcript of the Court nº 04-1084 (Alberto R. Gonzales *versus* UDV). *Supreme Court of the United States (Official website).* Washington D.C., data do julgamento: 01 nov 2005. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/04-1084.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[348] Ibid. Idem.

Além do caso da UDV nos Estados Unidos, casos de prisões e apreensões da bebida ocorreram em diversos países europeus, como Holanda, Espanha, Itália, França e Alemanha[349]. Os casos mais emblemáticos aconteceram na Holanda e na Espanha, destacando-se: no caso holandês, o abandono da análise exclusivamente toxicológica e a adoção de uma análise multicultural exaustiva; e no caso espanhol, por outro lado, o longo tempo de duração da prisão de integrantes da igreja do Santo Daime.

Na Espanha, em abril do ano 2.000, dois líderes daimistas que viajavam para iniciar os trabalhos da igreja no Japão foram presos em flagrante, durante escala que fizeram em Madrid, por estarem portando 10 litros de *ayahuasca*. Sob a acusação de tráfico internacional de drogas, os dois permaneceram presos quase 02 meses, até serem soltos para responderem ao processo em liberdade. À época, existiu uma grande mobilização dos adeptos do Santo Daime em todo mundo, inclusive com a visita de senadores brasileiros à Espanha para esclarecer que o uso religioso era legítimo e legal no Brasil. Esse caso é tão importante para os seguidores do Santo Daime, por lhes ter despertado sobre a importância de conquistas legais/jurídicas para expandirem-se pelo mundo, quanto o caso estadunidense é para os seguidores da UDV (udevistas)[350].

Já na Holanda, existem diversos processos criminais em que o uso religioso da *ayahuasca* não foi considerado crime, sendo frequente análises profundas sobre o contexto cultural e religioso em que a bebida é consumida. Em decisão do Tribunal de Haarlem, por exemplo, que julgou um seguidor da Igreja do Santo Daime de Amsterdã preso por tráfico de drogas, em 26/03/2009[351], em razão de tentar entrar com 40 litros de *ayahuasca* trazidos do Brasil; pode-se verificar o uso de uma perícia cultural ampla e uma análise do caso baseada

---

[349] SANTO DAIME. Legalização no Exterior. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/institucional/historico-da-legalizacao/legalizacao-no-exterior>. Acesso em: 10 nov. 2016.

[350] ARAÚJO, Felipe Silva. Os usos lícitos da *ayahuasca* no contexto internacional de políticas sobre drogas. In. SEMINÁRIO DE ESTUDOS CULTURAIS, IDENTIDADES E RELAÇÕES INTERÉTNICAS, 2º, 18 pp., 2011, Aracaju-SE. *Anais do Grupo de Trabalho sobre Espaços Religiosos, Formas de Expressão e Linguagens.* Disponível em: <http://200.17.141.110/pos/antropologia/seciri_anais_eletronicos/down/GT_04_2011/ARAUJO_F.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016, pp. 12 e ss.

[351] HOLANDA. Tribunal de Haarlem. Decisão da Seção de Direito Penal sobre a importação da *ayahuasca* para uso religioso. *Site Rechtbank Haarlem*, Shiphol, data do julgamento: 26 mar. 2009. Disponível em: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9844&keyword=*ayahuasca*>. Acesso em: 25 ago. 2016.

na ideia de cultura cívica comum de base intercultural[352]. Ao entender o significado cultural e religioso do chá para os membros das religiões *ayahuasqueiras* brasileiras, o juiz do caso concluiu que a *ayahuasca* é essencial na experiência religiosa dos fiéis, que é o principal sacramento da religião e que sua proscrição não é compatível com a efetivação do direito de culto e de liberdade religiosa, principalmente diante da inexistência de elementos suficientes que indiquem um prejuízo para a saúde individual e pública [353].

Na Alemanha, já nos anos de 1993 e 1994, em razão da divulgação da bebida ter sido feita em *workshops* de um dia sobre xamanismo brasileiro e "esoterismo místico", também ocorreram problemas de transposição do uso religioso da *ayahuasca*. As pessoas que iam consumir a bebida pela primeira vez não tinham qualquer orientação ou preparação prévia, nenhum ritual específico era seguido e destacava-se uma perspectiva mercadológica[354]. Com isso, foram publicadas algumas reportagens negativas sobre a bebida, fazendo com que as autoridades alemãs enxergassem com maus olhos a *ayahuasca*. Persiste, até hoje, o entendimento de que práticas que utilizam a bebida podem gerar problemas à ordem e à saúde pública e que, portanto, devem permanecer proibidas[355]. Sob esse enfoque, desde então, diversas operações policias para reprimir sua distribuição já foram desencadeadas[356].

No intuito de evitar transposições inadequadas como a ocorrida na Alemanha, a Igreja do Santo Daime realizou, em Girona/Espanha, em 1996, um encontro europeu de centros daimistas[357]. Representantes da igreja vinculados a 10 países europeus diferentes institucionalizaram as relações das igrejas daimistas criadas na Europa e a central da Igreja do Santo Daime-ICEFLU brasileira. A partir disso, restringiu-se iniciativas pessoais e individualizadas de seguidores que se mudavam para países europeus, mas não se eliminou o problema jurídico-criminal com as autoridades locais.

Já a UDV busca – com total discrição, um controle rígido sobre as pesquisas, os estudos científicos e a divulgação midiática da religião –, desde o início de sua transnacionalização,

---

[352] Sobre o termo, ver DIAS, Augusto Silva. *O multiculturalismo…* Op. cit., pp. 19 e ss.
[353] Análise crítica (*arret*) dessa decisão pode ser encontrada em VIANNA, Rafael Ferreira. *Uso religioso da ayahuasca:* comentário crítico da decisão do Tribunal de Haarlem/Holanda. 2014. 12 pp. Comentário crítico de jurisprudência (Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014. Disponível em: <http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/05/viana_*ayahuasca*_decisao_tribunal_holanda_2014.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2016.
[354] Conforme relato de BALZER, Carsten. *Santo Daime…* Op. cit., pp. 515-522.
[355] Ibid., pp. 525 e ss.
[356] ASSIS, Glauber Loures de; LABATE, Beatriz Caiuby. *Dos igarapés...* Op. cit., p. 20.
[357] GROISMAN, Alberto. *Trajetos…* Op. cit., pp. 11-12.

a legalização e institucionalização prévia da religião e de seus rituais nos países em que se instala[358], sendo mais raros, mas não inexistentes, como se viu na ocorrência estadunidense, os casos de repressão criminal a seus líderes e seguidores.

Em síntese, o que ocorre é que, com a criação de centros religiosos em outros países, membros das igrejas *ayahuasqueiras* transportam e ingressam em países onde o princípio ativo contido na bebida é considerado uma droga psicotrópica proscrita (DMT), sendo presos por tráfico internacional de drogas; diferentemente do que acontece hoje no Brasil, país de origem de referidas religiões, onde o uso religioso da *ayahuasca* é lícito.

Com a divulgação nos meios de comunicação locais da presença de religiosos de um núcleo ou de uma igreja que faz o uso ritual de *ayahuasca*, uma bebida indígena ancestral com efeitos alucinógenos/psicoativos, diversos moradores e nacionais dos países de acolhimento passam a frequentar o local, despertando interesse de órgãos de repressão criminal. Assim, membros dessas religiões passam a ser investigados, são algumas vezes presos e a bebida considerada sagrada é apreendida. Com a necessidade de viagens constantes ao Brasil para buscar a *ayahuasca* utilizada nos rituais religiosos, o armazenamento da bebida e a distribuição para consumo feita entre fiéis e curiosos que vão aos cultos, surgem diversas questões e problemas criminais práticos relacionados ao tipo penal de tráfico de drogas.

2.3. A clandestinidade de grupos *ayahuasqueiros* em Portugal: alguns aspectos etnocriminológicos

Em Portugal também há a presença de grupos com cultura religiosa *ayahuasqueira*, tanto pertencentes às correntes do Santo Daime e da UDV quanto a grupos esotéricos *new age*, os chamados *neo-ayahuasqueiros*.

Em pesquisa simples na internet pode-se encontrar que um centro vinculado à linha do Santo Daime localiza-se na região de Lisboa e chama-se Céu do Cruzeiro de Luz, o qual informa estar presente no país desde 2001[359]. O primeiro aspecto de clandestinidade e

[358] SOARES, Edson Lodi Campos; MOURA, Cristina Patriota de. Development and Organizational Goals of the União do Vegetal as a Brazilian and International Religious Group. In. LABATE, Beatriz Caiuby; JUNGABERLE, Henrik (Eds.). *The Internationalization of ayahuasca*. Berlim: LIT, 2011, pp. 284-286.
[359] CÉU DO CRUZEIRO DE LUZ. *Blog do Núcleo do Santo Daime Céu do Cruzeiro de Luz:* espiritualidade amazónica em Lisboa. Disponível em: <http://cruzeirodeluz.blogspot.pt/>. Acesso em: 25 ago. 2016.

aparente preocupação dos seus membros quanto à sua legalidade no país já é notado ao não existir no site da internet qualquer endereço da igreja, história ou referência a seus líderes locais. O blog traz apenas informações gerais sobre o que é a doutrina do Santo Daime, a biografia de seus fundadores, qual a importância da *ayahuasca* na doutrina religiosa, seus rituais, calendário de festividades e a programação do grupo em Portugal.

Ao enviar um e-mail para o endereço eletrônico que consta no blog, informando sobre a presente pesquisa e o interesse em conhecer mais sobre a constituição do grupo em Portugal, fui prontamente respondido e alertado que se desejasse fazer uso da bebida deveria passar por uma entrevista pessoal prévia para receber orientações sobre os preceitos e normas durante o ritual, sobre a doutrina daimista e sobre como aproveitar melhor os resultados espirituais advindos do consumo da bebida.

Esclarecendo o teor jurídico-criminal da pesquisa e o interesse etnocriminológico no grupo, marcamos para o dia seguinte uma reunião com objetivo de tratar do tema. Em um café localizado na região de Setúbal, a dirigente da Igreja do Santo Daime em Portugal relatou[360] que ela com uma amiga iniciaram os trabalhos dessa tradição religiosa no país e que pertencem a uma dissidência da ICEFLU, mas que segue os mesmos preceitos e também se denomina Igreja do Santo Daime[361].

Esclareceu a dirigente que em Portugal existe a linha que coordena, a UDV e diversos outros grupos menores que também fazem uso da *ayahuasca*, mas em outros contextos, mais voltados para meditação oriental e tratamentos terapêuticos holísticos. Informou que conhece a maioria das pessoas que participam desses grupos, mas cada qual "segue seu caminho", não existindo qualquer trabalho conjunto entre eles.

Reticente em constar expressamente sua identificação nesta tese, a dirigente solicitou que não fosse revelado seu nome ou dados que pudessem qualificá-la, relatando que todos de sua comunidade daimista vivem com medo de serem alvos de alguma operação policial. Não esclarecendo qual o objetivo de imigrar para Portugal em 2001, a dirigente (brasileira, com formação universitária, seguidora do Santo Daime há 26 anos) relatou que, em 2004, após

[360] Entrevista realizada em 25 ago. 2016, com perguntas previamente estruturadas e respostas abertas. Constará deste relato algumas impressões pessoais do encontro.
[361] A central no Brasil de tal ramificação é conhecida como Igreja do Santo Daime do Rio de Janeiro – Céu do Mar (http://www.ceudomar.org/site/).

diversas notícias (jornalísticas e de dentro da comunidade daimista brasileira) sobre seguidores presos na Europa por tráfico de drogas e associação criminosa/formação de quadrilha, decidiu iniciar uma associação de igrejas daimistas em Portugal, ingressando com um pedido de registro associativo no Registo Nacional de Pessoas Colectivas.

Por se tratar de uma associação religiosa, sua solicitação foi encaminhada para análise da Comissão da Liberdade Religiosa (CLR)[362], sendo indeferida, segundo relato da líder religiosa, com o fundamento de que existia a utilização de uma substância psicotrópica proibida nos rituais e que o eventual reconhecimento de tal prática poderia ser um precedente para religiões que fazem sacrifícios humanos.

A dirigente também relatou que está, atualmente, sob a orientação de um advogado lisboeta, buscando análises farmacológicas e pareceres de médicos psiquiatras para comprovar que o uso da *ayahuasca* não oferece riscos para a saúde física ou mental. Ela não possui qualquer suporte jurídico da igreja matriz do Brasil, de outros grupos *ayahuasqueiros* e apenas sabe que a UDV também vem buscando sua legalização em Portugal, mas não compartilham nenhuma informação sobre o assunto.

Quanto ao número de frequentadores dos rituais, a líder religiosa afirmou que oficialmente existem apenas 10 associados à igreja (fardados), mas que os rituais contam em média com 20-30 pessoas, sendo brasileiros e portugueses de variadas idades e condições socioeconômicas, com o objetivo geralmente de encontrar orientação espiritual e de curar doenças.

Antes da participação nos rituais, todos aqueles que não são membros efetivos passam por uma entrevista, preenchem um longo questionário sobre condições de saúde, o porquê desejam tomar o daime e assinam um termo de responsabilidade e voluntariedade de participação e consumo. As cerimônias são realizadas em um local alugado e destinado exclusivamente para sediar a igreja, tendo sido solicitado que não fosse incluído neste trabalho qualquer detalhe que possibilitasse sua localização.

É possível perceber, a todo momento, uma grande preocupação da dirigente em relação à repressão policial que pode existir, pois, segundo ela, os indicativos dos órgãos estatais,

[362] PORTUGAL. Comissão da Liberdade Religiosa. *Portal da Liberdade Religiosa*. Disponível em: <http://www.clr.mj.pt/sections/home>. Acesso em: 27 nov. 2016.

nos quais buscou o registro de sua comunidade, são de que Portugal não aceita o uso da *ayahuasca* em seu território, que a considera uma droga nociva e que merece ser reprimida. Questionada se a igreja ou algum de seus membros já foi preso ou teve algum problema criminal, ela respondeu negativamente, mas informou que todos são muito discretos e não fazem qualquer divulgação da existência do Santo Daime em Portugal.

Questionada sobre os 30 litros apreendidos pela Polícia Judiciária em abril de 2011, em operação que ocorreu em Lisboa e Cascais[363], a dirigente informou que conhece a pessoa que foi presa, mas que ela não pertence à sua linha do Santo Daime. Até o momento, não existe manifestação dos tribunais superiores portugueses sobre o caráter criminal ou não da importação, distribuição e uso da *ayahuasca* em contexto religioso, não sabendo ela informar de outros casos de prisão, apreensão de *ayahuasca* ou decisões judiciais relativas ao tema.

Questionada sobre como ocorre a entrada da *ayahuasca* em Portugal, a dirigente informou que esse era o único assunto sobre o qual não falaria "de jeito nenhum", pois teme perder seu fornecimento e assim não conseguir mais realizar seus rituais religiosos.

Em diversos momentos, a líder religiosa revelou dúvidas sobre o melhor caminho a seguir, pois apenas deseja fazer seu ritual religioso e congregar com aqueles que também querem tomar o daime, não pretendendo qualquer expansão da igreja ou adesão de novos membros. Entre um desejo de libertar-se da ameaça permanente de uma operação policial, o que claramente incomoda a dirigente, apresentando-se como um espectro constante a espreitá-la, mesmo sem nenhum indicativo, e a vontade de permanecer na clandestinidade, já que durante 15 anos vem assim praticando a sua fé; a líder religiosa manifestou uma preocupação que hoje, segundo ela, é comum entre todos os núcleos e igrejas do Santo Daime na Europa: que o reconhecimento e a legalização sejam utilizados como um meio de controle que impeça a realização dos rituais religiosos.

Entre os *ayahuasqueiros*, circula a informação de que, nos Estados Unidos, o DEA (*Drug Enforcement Administration*) estabeleceu tantos requisitos e exigências burocráticas,

---

[363] Existiram diversas notícias jornalísticas sobre o fato, como, por exemplo, as disponíveis em: CM PORTUGAL. PJ apreende "chá sagrado". *Jornal Correio da Manhã*, Portugal, Lisboa, 04 out. 2011. Disponível em: <http://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/pj-apreende-cha-sagrado>. Acesso em 27 maio 2017; TVI24. PJ apreendeu 30 litros de substância alucinogénia. *Site TVI 24*, Sociedade, Lisboa, 04 out. 2011. Disponível em: <http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/*ayahuasca*/pj-apreendeu-30-litros-de-substancia-alucinogenia>. Acesso em: 27 maio 2017.

após o reconhecimento pela Suprema Corte da legalidade da *ayahuasca* em contexto religioso, que se tornou quase impossível a importação da bebida, sua produção local e a própria realização das cerimônias religiosas. Diz ela que há até a exigência do envio da relação de todos os frequentadores dos cultos, com cópia dos documentos pessoais.

Independente das exigências que o poder executivo estadunidense especificamente implementou para verificar se o uso da *ayahuasca* está efetivamente ocorrendo em contexto religioso, conforme liberdade-direito reconhecido pelo Poder Judiciário daquele país, essa situação da burocratização administrativa, após reconhecimento judicial da conformidade da prática com o Direito, é uma realidade possível, plausível e que precisa ser pensada para resolver o problema real que se apresenta.

A impressão pessoal que tive, depois de quase 03 horas de conversa com a líder daimista em Portugal, foi de que é uma boa pessoa (nos termos mais ingênuos que uma expressão como esta possa revelar), preocupada com o bem estar do próximo, com sua liberdade e com a sacralidade do consumo do daime (como sempre se refere à *ayahuasca*), possuindo sinceridade de crença e desejo de exercer, silenciosamente, sua fé. Não me parece que nesses termos, com esta pessoa, o uso da *ayahuasca* possa trazer qualquer preocupação social. Evidentemente que não se pode generalizar decisões e escolhas políticas a partir de como é uma pessoa e a partir da percepção de outra; no entanto, leis e escolhas políticas são feitas para pessoas reais como essas, não para qualquer tipo de abstração legal.

Três meses depois, em 25/11/2016[364], tive um novo encontro com a líder religiosa do Santo Daime em Portugal, desta vez acompanhada da outra líder religiosa que, desde 2001, também coordena os trabalhos religiosos daimistas neste país. Nessa conversa, pude ler a decisão da Comissão da Liberdade Religiosa (CLR) portuguesa quanto ao não reconhecimento do Santo Daime como religião, a qual, diferentemente de uma primeira impressão passada na reunião anterior, fundamenta coerentemente o indeferimento do pedido feito pelas líderes. Na decisão, a Comissão pondera que o reconhecimento não poderia ocorrer sem uma reflexão crítica sobre os antecedentes histórico-culturais das religiões *ayahuasqueiras* brasileiras e sobre as consequências sociais de tal prática ser introduzida em

[364] Essa conversa também aconteceu na região de Setúbal e com enorme preocupação, da parte delas, sobre a confidencialidade de suas identidades.

Portugal, o que não estava adequadamente feito naquele momento[365]. Apenas como um fundamento da necessidade de se promover um aprofundamento da análise do contexto religioso específico de uma prática ritual é que se mencionou (ainda que desnecessariamente) a questão de que práticas de sacrifício humano já foram realizadas de forma ritualística e com propósitos religiosos[366].

Nesse encontro, as líderes não quiseram fornecer cópia ou permitir a digitalização do documento sem antes conversarem com o advogado que as orienta, solicitando que alguns termos e abordagens desta tese fossem modificados, especificamente sobre não relacionar a *ayahuasca* com outras drogas, pois consideram que a bebida sagrada que consomem não pode estar na mesma categoria de análise que substâncias nocivas ao ser humano. Diante disso, foi esclarecido que a presente tese é de teor jurídico-criminal, escrita para a comunidade jurídica/acadêmica e que não se submeterá ao crivo da melhor estratégia política de reconhecimento ou do que religiosos consideram a melhor categoria conceitual dos termos aqui empregados; desfazendo-se, a partir de então, em razão de meu afastamento, os tênues laços que tinham se formado.

A partir de requerimento formal à Comissão da Liberdade Religiosa de Portugal (CLR), foi possível obter cópia de todas as decisões que envolveram grupos religiosos *ayahuasqueiros* no país, evidenciando-se a atualidade e importância prática do tema estudado.

A CLR indeferiu o reconhecimento do Santo Daime como entidade religiosa em duas oportunidades: em 27/04/2007[367], por unanimidade de votos de seus conselheiros; e em 09/04/2013[368], por maioria. Nesta última decisão, o voto divergente manifesta os traços religiosos da comunidade, a convicção de que o uso de uma substância psicotrópica não prejudica a natureza religiosa da comunidade que a utiliza e a desnecessidade de um tempo

[365] Conforme PORTUGAL. Comissão da Liberdade Religiosa. Lisboa, *Parecer nº 18/2013*, 05 pp., aprovado por maioria de votos, em sessão plenária de 09 abr. 2013.
[366] Ibid. p. 02, item 04.
[367] PORTUGAL. Comissão da Liberdade Religiosa. Lisboa, *Parecer nº 64/2007*, 03 pp., aprovado por unanimidade, em sessão plenária de 27 abr. 2007.
[368] PORTUGAL. Comissão da Liberdade Religiosa. Lisboa, *Parecer nº 18/2013*... Op. cit.

mínimo de presença em território português ou de um número mínimo de membros para ser reconhecido o caráter religioso de tal organização[369].

A UDV também teve os pedidos de reconhecimento da sua natureza religiosa indeferidos em duas oportunidades distintas pela CLR: 21/05/2012[370] e 10/10/2013[371], em ambas por unanimidade de votos. Da leitura dos pareceres, infere-se que o processo não estava adequadamente instruído ou não conseguiu demonstrar de forma convincente o caráter religioso de tal instituição, seus dogmas, rituais e tradição histórico-cultural no Brasil.

A UDV não respondeu aos e-mails encaminhados[372], sendo conversado com alguns membros udevistas em Portugal em caráter informal, uma vez que os mesmos não podem falar oficialmente em nome da igreja. Existe, no entanto, um estudo recente realizado em Portugal sobre a igreja da UDV, em uma tese de doutoramento em Música, defendida em maio de 2016, na Universidade de Aveiro[373].

Em 2013, Patrícia Paula Lima – pesquisadora vinculada ao Instituto de Etnomusicologia Inet-MD, em Portugal – já havia publicado um artigo no qual indica a fundação de um núcleo *udevista*, como os seguidores desta doutrina se denominam, em Portugal, no ano de 2007[374]. Com enfoque na função da música nas sessões de utilização do vegetal/*hoasca*/*ayahuasca*, o artigo permite visualizar como a UDV cria uma terminologia própria entre seus membros, principalmente quanto à utilização dos termos "mestre" e "discípulo", para representar vários papéis dentro da instituição.

---

[369] PORTUGAL. Comissão da Liberdade Religiosa. Lisboa, *Parecer nº 18/2013*... Op. cit., pp. 04-05.

[370] PORTUGAL. Comissão da Liberdade Religiosa. Lisboa, *Parecer nº 16/2012*, 05 pp., aprovado por unanimidade, em sessão plenária de 21 maio 2012.

[371] PORTUGAL. Comissão da Liberdade Religiosa. Lisboa, *Parecer nº 38/2013*, 03 pp., aprovado por unanimidade, em sessão plenária de 10 out. 2013.

[372] Uma das principais características desse linha *ayahuasqueira* é ser refratária a trabalhos realizados por pesquisadores externos e independentes, conforme ASSIS, Glauber de Loures; LABATE, Beatriz Caiuby. Um panorama da literatura sobre a internacionalização das religiões *ayahuasqueiras* brasileiras. In. REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, 30ª, 21 pp., ago. 2016, João Pessoa. *Anais do Grupo de Trabalho Políticas de Drogas:* éticas de consumo, diversidade das práticas e conflitos acerca de seus controles. Disponível em: <http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2016/07/Assis_Labate_Revisao_Internacionalizacao_Religioes_Ayahuasquerias_ABA_Joao-Pessoa_2016.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2016, p. 06.

[373] LIMA, Patrícia Paula. *Canções de fogo*: a apreensão de saberes através da performance da escuta no contexto da União do Vegetal. 333 pp. Tese (Doutoramento em Música) – Universidade de Aveiro, Portugal, 2016. Defesa em 23/05/2016.

[374] LIMA, Patrícia Paula. A música como mediadora de saberes dentro e fora do ritual religioso. *Revista do Fórum Internacional de Estudos em Música e Dança*, Aveiro, vol. 02, n. 02, pp. 240-249, 2013.

A tese de doutoramento indica que atualmente a UDV tem aproximadamente 20 sócios em Portugal[375], mas que existe uma grande frequência nos rituais de membros que estão de passagem pelo país e de estudantes ou trabalhadores brasileiros temporários, o que ocasiona um fluxo variável de participantes nas sessões que ocorrem nos primeiros e terceiros sábados de cada mês[376].

O único núcleo da UDV em Portugal é localizado em Lisboa[377], sendo possível encontrar facilmente a indicação do endereço da sede na internet[378]. Contudo, o medo da repressão criminal e as dificuldades de reconhecimento e legalização da prática religiosa são os mesmos que os enfrentados pelo Santo Daime. Após a prisão ocorrida em Portugal, em 2011, da pessoa identificada na tese como "Gaio", ocorreu uma diminuição das sessões de utilização do vegetal, uma ainda maior discrição de seus membros na sociedade de acolhimento e uma preocupação em reconhecer formalmente a instituição, ao menos como uma associação/pessoa coletiva[379]. Com as decisões de não reconhecimento proferidas pela Comissão da Liberdade Religiosa de Portugal, a UDV ingressou com uma ação judicial para pleitear seus direitos, a qual ainda não obteve decisão de mérito[380].

Quanto a usos da *ayahuasca* em contexto não ritual das igrejas brasileiras institucionalizadas (Santo Daime e UDV), com uma simples pesquisa na internet pode-se encontrar diversos anúncios de práticas terapêuticas holísticas, sessões xamânicas[381], encontros de autoconhecimento e retiros de meditação[382] que aqui se realizam periodicamente ou já se realizaram.

---

[375] LIMA, Patrícia Paula. *Canções*... Op. cit., p. 131.
[376] Ibid. pp. 122 e ss.
[377] Ibid. pp. 49 e 132.
[378] Encontrado ao realizar busca com os termos "União do Vegetal em Portugal" no site de buscas Google. Disponível em: <https://www.yelp.pt/biz/centro-espirita-beneficiente-uni%C3%A3o-do-vegetal-dav-lisboa-lisboa>. Acesso em: 26 ago. 2016.
[379] LIMA, Patrícia Paula. *Canções*... Op. cit., pp. 124-125.
[380] Ibid., p. 126.
[381] A propaganda de um evento ocorrido em Sintra, no ano de 2011, anuncia que um xamã indígena do Peru estaria em Portugal para realizar tratamento holístico com a utilização da *ayahuasca*. Disponível em: <http://www.grandyoga.com/pt/2011/01/05/portugal-cerimonias-do-ritual-tradicional-shipibo-da-amazonia-por-ricardo-amaringo/>. Acesso em: 25 ago. 2016.
[382] Uma página do *Facebook* oferece diversos retiros de meditação, os quais acontecem em algum lugar próximo à cidade do Porto, em que há a ingestão da *ayahuasca*. Disponível em: <https://pt-pt.facebook.com/retiros*ayahuasca*.portugal/>. Acesso em: 25 ago. 2016.

Recentemente, em 02/03/2017, em um café de Lisboa[383], ocorreu uma palestra informativa sobre a *ayahuasca*, intitulada *As portas da percepção: ayahuasca, o vinho das almas – O xamanismo e o uso de enteógenos*, proferida por Paulo Maia[384], que se apresenta como mestre em psicossomática e membro do grupo *neo-ayahuasqueiro* brasileiro Porta do Sol[385].

No evento, que durou pouco mais de 02 horas, estavam presentes mais de 20 pessoas, todos portugueses, com exceção de uma peruana, os quais, aparentemente, na sua maioria, nunca tinham tido contato com a *ayahuasca*, questionando o palestrante sobre os efeitos físicos, mentais e psicológicos do primeiro consumo e das mudanças que ocorrem na personalidade e na vida daqueles que fazem um uso prolongado da bebida. Reforça-se, com este exemplo, a pujança do tema em Portugal e o interesse que uma parcela das pessoas tem em conhecer substâncias que alteram o estado normal de consciência e prometem experiências religiosas.

Em nenhum contexto – ainda que este levantamento tenha sido feito de forma pontual, sem uma metodologia sistemática de prospecção e coleta de informações; apenas com o objetivo de demonstrar a atualidade e a existência do problema também em Portugal – foi encontrado uma distribuição da *ayahuasca* para finalidade recreativa ou não mística-religiosa, entendida em seu conceito aberto de busca de uma ligação com algo superior que permita a transcendência.

A partir desses levantamentos de campo, infere-se algumas realidades existentes em Portugal: a) existe uma ameaça constante de repressão criminal no imaginário daqueles que se utilizam da *ayahuasca*; b) há uma desinformação generalizada entre órgãos estatais sobre o que é a *ayahuasca*, seus sentidos e a cultura que a cerca; c) há uma interpretação usual de juristas, ainda que na esfera administrativa e policial, de que o simples fato da *ayahuasca*

---

[383] O café localiza-se junto à associação cultural Espiral, a qual divulga seus objetivos como sendo: a divulgação, formação, investigação e promoção de alternativas de vida nas áreas da saúde, alimentação, estilo de vida, psicologia, sociedade e defesa do ambiente, conforme ESPIRAL. Quem somos. *Site oficial da Associação Cultural Espiral*. Disponível em: <http://www.espiral.pt/quem-somos>. Acesso em: 03 mar. 2017.
[384] Cartaz de divulgação da palestra, contendo breve currículo do palestrante, disponível em: <http://media.wix.com/ugd/c01342_befab8fd76b44328a51f14a9acf14689.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2017.
[385] Sobre o Centro de Estudos Xamânicos de Expansão da Consciência Porta do Sol, organização religiosa, cultural e filantrópica fundada por Ana Vitória Vieira Monteiro, em 1997, ver PORTA DO SOL. *Site Oficial da Porta do Sol*. Disponível em: <http://www.portadosol.org.br/>. Acesso em: 03 mar. 2017.

conter DMT já coloca em risco a saúde e a ordem pública, autorizando sua repressão como se tráfico de drogas fosse; d) há a criação de uma zona instável nesse contexto que limita a plena fruição da necessidade básica de religiosidade e autoconhecimento do ser humano. É necessário, portanto, que seja verificada a legitimidade de tal limitação e como deve o Direito posicionar-se.

2.3.1. Efeitos, significados e implicações do reconhecimento pela Comissão da Liberdade Religiosa

Diante dos esforços despendidos pelos grupos *ayahuasqueiros* instalados em Portugal para conseguir um parecer favorável da Comissão da Liberdade Religiosa (CLR) e, assim, a inscrição no Registro de Pessoas Coletivas Religiosas (RPCR), surgem algumas questões: tal reconhecimento é realmente necessário para o exercício do direito de liberdade religiosa? Quais os efeitos práticos de referido reconhecimento? Com um parecer favorável da CLR, os eventuais problemas penais estariam sanados?

Primeiramente, cabe localizar corretamente o problema e, a partir disso, evitar os equívocos de interpretação que, aparentemente, ocorrem entre os seguidores das religiões *ayahuasqueiras* instalados em Portugal, o que gera a formação de expectativas errôneas sobre o futuro da religião no país.

A Lei da Liberdade Religiosa portuguesa (LLR), Lei nº 16/2001, de 22 de junho, foi criada, conforme registro de Sousa e Brito[386], com o objetivo de possibilitar a superação das desigualdades inconstitucionais de tratamento que existiam, historicamente, em Portugal, especificamente em razão de Concordata firmada com a Santa Sé, nas relações entre Estado, Igreja Católica e outras confissões religiosas.

No mesmo sentido, a referida lei buscou sistematizar os princípios que emanam do direito fundamental à liberdade religiosa[387], previsto no artigo 41º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976[388], na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em

[386] BRITO, José de Sousa e. A Lei da Liberdade Religiosa: necessidade, características e consequências. In. MUCZNIK, Esther et al (Orgs.). *Religião no Estado Democrático*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007, pp. 13-26.
[387] Nomeadamente, os princípios da igualdade (art. 2º), da separação (art. 3º), da não confessionalidade do Estado (art. 4º), da cooperação (art. 5º) e da tolerância (art. 7º).
[388] Artigo 41º - Liberdade de consciência, de religião e de culto
1. A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável.

outros tratados internacionais dos quais Portugal é signatário, bem como expressar o conteúdo concreto das liberdades de consciência, de religião e de culto, como se pode verificar nos artigos 8º e seguintes da lei.

Não é a LLR, portanto, que cria ou condiciona o direito à liberdade religiosa e de culto, como podem entender alguns seguidores *ayahuasqueiros,* existindo força normativa plena do dispositivo constitucional que expressa tais direitos fundamentais, principalmente no que concerne às garantias individuais de liberdade negativa (de não intervenção).

O que pode causar alguma confusão[389], entretanto, é que a LLR estabelece 04 possíveis regimes jurídicos, acessíveis a qualquer comunidade religiosa, dependendo de sua realidade social e autonomia[390], para o enquadramento das igrejas e confissões religiosas. Contribuindo para o efeito entre não juristas, o artigo 6º, nº 1 e nº 2, respectivamente, expressa que as liberdades de consciência, de religião e de culto podem ser restringidas para salvaguardar outros interesses constitucionais e que elas não autorizam a prática de crimes, como, a princípio, podem ser vistas as condutas relacionadas com o consumo da *ayahuasca*.

As questões do conflito de outros interesses constitucionalmente tutelados com o direito à liberdade religiosa, especialmente quando práticas religiosas são entendidas como criminosas, consistem no objeto central desta tese, as quais serão abordadas exaustivamente ao longo do trabalho. Cabe esclarecer, neste ponto, portanto, a necessidade do registro como pessoa coletiva para as igrejas *ayahuasqueiras* em Portugal, qual a função do parecer da CLR e quais os efeitos e implicações de um e outro.

O primeiro estatuto, o qual mais importa para o exercício da liberdade religiosa propriamente dito, seja individual ou de comunidades religiosas, pois evidencia que tal direito não depende da constituição de uma pessoa jurídica/coletiva e nem do reconhecimento

---

2. Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isentos de obrigações ou deveres cívicos por causa de suas convicções ou prática religiosa.
(...)

[389] Confusão que não ocorre apenas dentro das comunidades *ayahuasqueiras*, mas também com outras comunidades religiosas, as quais entendem que sofrem discriminação do Estado português e têm seus direitos de liberdade religiosa limitados por não poderem ascender ao estatuto de igrejas radicadas em Portugal, conforme SOARES, Pedro et al. A discriminação religiosa na perspectiva das confissões minoritárias. In. *Prêmio Liberdade Religiosa 2010.* Lisboa: Comissão da Liberdade Religiosa, 2011, pp. 07-57, *maxime* pp. 20 e ss.

[390] BRITO, José de Sousa e. *A Lei*... Op. cit., p. 18.

ou autorização do Estado para existir ou ser exercido, é apresentado com objetividade singular por Sousa e Brito, restando pouco a comentar:

> "Qualquer pessoa tem o direito de se reunir e de se associar com outras para fins religiosos (artigo 8, alínea f da Lei) e de constituir uma comunidade religiosa ou de se integrar numa tal. A Lei define comunidade religiosa como uma comunidade social organizada e duradoura em que os crentes podem realizar todos os fins religiosos que lhe são propostos pela respectiva confissão (artigo 20º). Uma tal comunidade não precisa de personalidade jurídica nem da aprovação ou reconhecimento das autoridades para usufruir de todos os direitos colectivos da liberdade religiosa (artigos 22º, 23º, 27º, 29º e 30º), excepto os que pressupõem a personalidade jurídica (artigo 195º, nº 1 do Código Civil). É o primeiro estatuto"[391].

Fica evidente, portanto, que os grupos *ayahuasqueiros* não precisam de qualquer registro para organizar suas comunidades religiosas e suas igrejas em Portugal, existindo de imediato o direito à liberdade religiosa e de organização. Persiste, porém, a questão da juridicidade do uso religioso da *ayahuasca*, o que não é resolvido por quaisquer dos regimes jurídicos previstos na LLR, nem com algum parecer da CLR e nem com eventual registro no RPCR.

Os outros estatutos previstos pela LLR tratam: i) da criação de uma associação com fins religiosos como pessoa coletiva (2º estatuto), o qual apenas agrega aos direitos coletivos da liberdade religiosa os que pressupõem uma personalidade jurídica; ii) da inscrição como pessoa coletiva religiosa no RPCR (3º estatuto), a partir da qual há um reconhecimento público da condição de confissão religiosa, permitindo, basicamente, algumas isenções fiscais e maior participação pública das igrejas; e, por fim, iii) da condição de igreja ou comunidade religiosa radicada em Portugal (4º estatuto), a qual passa a poder fazer acordos de colaboração com o Estado[392] em um regime jurídico igual ao que goza a Igreja Católica, como, por exemplo, entre outros, a possibilidade de existir casamento religioso com efeitos civis[393].

---

[391] BRITO, José de Sousa e. *A Lei*... Op. cit., p. 18.
[392] Artigos 45º a 51º da Lei da Liberdade Religiosa.
[393] BRITO, José de Sousa e. *A Lei*... Op. cit., pp. 18-19.

É para formalizar um reconhecimento público do caráter religioso, permitir alguns benefícios não essenciais e nem condicionantes do exercício da liberdade religiosa e possibilitar igualdade de acesso e tratamento de outras confissões religiosas com a Igreja Católica que a LLR previu (art. 33º) a criação do Registro das Pessoas Coletivas Religiosas (RPCR), efetivada pelo Decreto-Lei nº 134/2003, de 28 de junho.

É no contexto da análise do pedido de inscrição das igrejas *ayahuasqueiras* neste registro que a Comissão da Liberdade Religiosa[394] é acionada, uma vez que há dúvida da admissibilidade do registro e a recusa da inscrição com fundamento em violação dos limites constitucionais da liberdade religiosa só pode ser decidida, conforme artigos 8º e 9º do Decreto-Lei 134/2003, após a emissão de parecer vinculativo da CLR.

O Parecer da CLR nº 18/2013[395], acima citado, é o que melhor analisa, fundamenta e expõe as dúvidas e debates existentes sobre a questão dos grupos *ayahuasqueiros* em Portugal, principalmente devido à divergência entre os conselheiros. Naquele momento, não estando o debate suficientemente maduro e existindo imprecisões sobre os limites constitucionais da liberdade religiosa para uma comunidade que consome em seus rituais substâncias psicotrópicas proibidas, a maioria dos conselheiros considerou que ainda não era possível, em Portugal, o reconhecimento público, que advém da inscrição no RPCR, da comunidade *ayahuasqueira* como religiosa. A decisão não gera efeitos jurídicos em relação aos direitos individuais de liberdade religiosa ou mesmo sobre os direitos coletivos básicos de uma comunidade religiosa.

Evidentemente que o parecer favorável da CLR e a inscrição de qualquer das comunidades religiosas *ayahuasqueira* no RPCR daria maior tranquilidade aos seguidores *ayahuasqueiros* para exercerem plenamente o direito à liberdade religiosa, seria importante para a consolidação da juridicidade/licitude do uso religioso da *ayahuasca* e possibilitaria melhor encaminhamento da questão em outros órgãos e poderes do Estado, mas não são tais figuras que constituem esse direito e nem são elas que resolvem, peremptoriamente, a questão da constitucionalidade e legalidade do uso da *ayahuasca* em contexto religioso em Portugal.

---

[394] Conforme estabelecem os artigos 52º a 57º da LLR, a CLR é um órgão independente de consulta da Assembleia da República e do Governo que tem funções de estudo, investigação cientifica, informação, parecer e proposta em todas as questões relativas ao direito das religiões em Portugal.
[395] PORTUGAL. Comissão da Liberdade Religiosa. Lisboa, *Parecer nº 18/2013*... Op. cit.

Persiste o problema jurídico-criminal decorrente do princípio ativo presente na *ayahuasca* ser considerado uma droga proscrita e das condutas de produção, importação, armazenamento e fornecimento da bebida serem enquadradas, em abstrato, no tipo penal de tráfico de drogas. Não é, tão somente, com o reconhecimento do caráter religioso dos grupos *ayahuasqueiros* pela CLR que o exercício de todas as suas práticas estará resguardado, vinculando órgãos alfandegários, Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário a tal interpretação. Sequer no Brasil – país de origem de referidas religiões, com décadas de discussões sobre a questão e legislação/regulamentação assecuratória – a questão jurídica sobre o tema encontra-se pacificada.

2.4. O problema jurídico-criminal dos membros dos grupos religiosos que produzem e fornecem *ayahuasca*

O problema jurídico-criminal relativo a transnacionalização do uso religioso da *ayahuasca* é real, atual e mundial/transnacional, como já se constatou, podendo ser estudado a partir de diferentes abordagens: i) apenas em sua questão legal e de regulação/regulamentação; ii) comparando-se o tratamento legislativo e jurisprudencial nos diversos países em que igrejas *ayahuasqueiras* estão presentes; ou iii) analisando-se as questões fundamentais do problema, que vão impactar o uso da *ayahuasca* não apenas para as tradicionais e institucionalizadas igrejas *ayahuasqueiras*, mas a sua utilização com finalidade religiosa de uma maneira geral. Por óbvio que a legislação e a regulamentação específica do tema, quando existem, indicam como são compreendidas as questões de fundo, mas sua análise não basta para uma reflexão prática de direito criminal. Para isso, importa questionar, discutir e estabelecer os argumentos/fundamentos e limites para se acomodar direitos humanos, liberdade religiosa e política de combate às drogas.

Apenas desta forma as possíveis soluções de concordância prática construídas para os problemas criminais enfrentados por religiões *ayahuasqueiras* tradicionais poderão não ficar limitadas a elas, mas servirem para expandir a compreensão e aplicação de conceitos abertos de religião e cultura e uma ideia de liberdade religiosa inseparável da livre formação da própria personalidade.

Isto posto, divide-se o estatuto jurídico concedido à *ayahuasca* nos diversos países em 03 grandes grupos[396]: i) países em que a *ayahuasca*, sua importação e seu uso são proibidos e criminalizados, mesmo em contexto religioso, como na França; ii) países em que há uma ausência de previsão legal específica sobre o tema, ficando a maioria das decisões a cargo de órgãos administrativos, da Polícia e do Poder Judiciário, que devem interpretar a antinomia entre direitos que permitem a liberdade religiosa e normas que proíbem o consumo humano de DMT, como é na maioria dos países e, especificamente, em Portugal; e iii) países que permitem o uso religioso tradicional da *ayahuasca*, seja devido a decisões judiciais de cortes superiores ou regulamentação administrativa ou legislativa, mas não se manifestam sobre novos usos ou o deixam no campo do ilícito.

Em nenhum lugar do mundo, contudo, está sedimentado o tratamento da questão, pois mesmo no Brasil, em que existe regulamentação específica para o tema há anos, ocorrem prisões de integrantes dessas religiões e apreensões da bebida. O entendimento de alguns membros da Polícia Judiciária e do Ministério Público é que o simples fato de uma substância conter um princípio ativo proscrito pelo complemento da lei penal em branco já é suficiente para também ser considerada proibida e capaz de preencher o elemento do tipo penal objetivo de tráfico de drogas.

A partir da análise de uma decisão, relativamente recente (26/02/2013), do Tribunal Regional Federal da 1ª Região[397], de Brasília, pode-se verificar que efetivamente ocorreu a prisão em flagrante, apresentação de denúncia pelo Ministério Público e início de um processo criminal contra um cidadão estadunidense (o qual estudava para se tornar líder daimista) que transportava na região amazônica certa quantidade de *ayahuasca*. Foi necessária uma decisão em 2ª grau de jurisdição, em *habeas corpus*, para assegurar a liberdade do indivíduo por atipicidade da conduta.

Com o mesmo fundamento de atipicidade da conduta, já que a *ayahuasca* não é listada expressamente entre as substâncias entorpecentes, em 2002, julgando também um *habeas corpus*, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no Rio de Janeiro, ordenou o trancamento

---

[396] SÁNCHEZ, Constanza; BOUSO, José Carlos. *Ayahuasca*: de la Amazonía a la aldea global. *Informe sobre Políticas de Drogas-ICEERS*, Barcelona, nº 43, 24 pp., dez. 2015, pp. 14-15.

[397] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Decisão em Habeas Corpus nº 0079526-31.2012.4.01.0000. *Site do Jus Brasil*. Brasília, data do julgamento: 26 fev. 2013. Disponível em: <http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23070500/habeas-corpus-hc-79526-am-0079526-3120124010000-trf1>. Acesso em: 26 ago. 2016.

de um inquérito policial que investigava o cometimento do crime de tráfico de drogas por fiéis do Santo Daime[398]. Decorrente deste mesmo caso, mas em outra ação, o Tribunal ordenou, em 01/06/2004, que a Polícia Federal restituísse aos religiosos os 08 litros da bebida que estavam apreendidos[399].

A *ayahuasca* também gera polêmicas em outros campos do Direito, como, por exemplo, no direito de família, em que o fornecimento religioso de *ayahuasca* a uma criança de 07 anos já embasou uma ação do Ministério Público para retirada/perda da guarda parental[400]. Da mesma forma, diversos seguidores de religiões *ayahuasqueiras* são ofendidos pela internet (chamados de falsos espiritualistas, exploradores da fé alheia, charlatões, etc) e ingressam com ações cíveis de indenização por danos morais[401].

No âmbito criminal de outros países, o problema não é diferente, como já verificado na Holanda, Estados Unidos e França. Na Espanha, país onde mais ocorreram detenções e apreensões de *ayahuasca*, quase 40 pessoas foram presas entre 2010 e 2015[402], podendo-se identificar em diversas decisões que a discussão jurídico-criminal centra-se: i) no fato da *ayahuasca* conter como princípio ativo a DMT; ii) nos presumidos danos à saúde pública que essa substância considerada droga proibida pode causar; iii) no fato da DMT ser expressamente proibida, mas a *ayahuasca* não; iv) na aplicabilidade da lei antidrogas devido ao consumo da bebida ser feito em um contexto ritual religioso.

---

[398] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Decisão em Habeas Corpus nº 2002.02.01.023079-1. *Site do Jus Brasil*. Rio de Janeiro, data de julgamento: 07 out. 2002. Disponível em: <http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/836269/habeas-corpus-hc-2798-20020201023079-1>. Acesso em: 26 ago. 2016.

[399] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Decisão em Apelação Criminal nº 2003.51.01.505418-3. *Site do Jus Brasil*. Rio de Janeiro, data do julgamento: 01 jun. 2004. Disponível em: <http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/878663/apelacao-criminal-acr-3937-20035101505418-3>. Acesso em: 26 ago. 2016.

[400] BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Decisão em Apelação Cível nº 015547/2013 (0015488-22.2012.8.10.0001). *Site do Jus Brasil*. São Luís, data do julgamento: 11 dez. 2014. Disponível em: <http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158645573/apelacao-apl-155472013-ma-0015488-2220128100001/inteiro-teor-158645575>. Acesso em: 26 ago. 2016.

[401] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Decisão em Apelação Cível nº 0000943-37.2012.8.26.0118. *Site do Jus Brasil*. São Paulo, data do julgamento: 05 nov. 2014. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/151198177/apelacao-apl-9433720128260118-sp-0000943-3720128260118/inteiro-teor-151198188>. Acesso em: 26 ago. 2016.

[402] SÁNCHEZ, Constanza; BOUSO, José Carlos. *Ayahuasca*... Op. cit., pp. 13-15.

Já em 2008, a Audiência Nacional-Contencioso Administrativo[403] julgou legal e constitucional o indeferimento, pela Agência Espanhola de Medicamentos, de um pedido de autorização de importação da *ayahuasca*, considerando que o direito à liberdade religiosa e de culto não são absolutos e que a restrição imposta era adequada em razão do interesse público de proteger a saúde individual e pública, as quais são colocadas em risco pela *ayahuasca* ser uma substância tóxica e alucinógena, uma vez que contém DMT.

Em um caso criminal mais recente, julgado pela 7ª Seção da Audiência Provincial de Barcelona, em 04/06/2013[404], apresenta-se o problema do comércio pela internet da *ayahuasca* e seu uso fora do contexto religioso, já que o arguido, um psicólogo espanhol, importou duas garrafas de *ayahuasca* do Peru para experimentos psicológicos pessoais. Neste caso, o tribunal limitou-se a considerar que a bebida não estava expressamente prevista como proibida na lista de substâncias psicotrópicas da Espanha e que, portanto, a conduta era atípica.

Em que pese o resultado final ser, eventualmente, adequado ao não se considerar aplicável o tipo penal à espécie, parece que o simples fato da bebida não estar presente expressamente na lista de drogas proibidas não pode servir de argumento válido para uma decisão de atipicidade da conduta (questão relacionada no item iii das questões centrais sobre os problemas ora pesquisados). A superação desse fundamento ocorre de forma relativamente fácil, pois, em que pese ser pertinente o questionamento da constitucionalidade das normas penais em branco, pois feririam o princípio da legalidade[405], permitindo uma "administrativização" do Direito Penal – inconstitucionalidade da delegação de poderes – e sua utilização como instrumento para realizar políticas públicas emergenciais[406], não parece, após aceita a constitucionalidade de tal técnica legislativa para o crime de tráfico de drogas,

---

[403] ESPANHA. Audiencia Nacional-Contencioso Administrativo. Sentencia nº 385/2008, en Recurso de Apelación nº 273/2007. *Site do Consejo General del Poder Judicial de España.* Madrid, data do julgamento: 16 jan. 2008. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=190622&links=*ayahuasca*&optimize=20080327&publicinterface=true>. Acesso em: 26 ago. 2016.

[404] ESPANHA. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia nº 581. *Site do Consejo General del Poder Judicial de España.* Barcelona, data do julgamento: 04 jun. 2013. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6873396&links=*ayahuasca*&optimize=20131107&publicinterface=true>. Acesso em: 26 ago. 2016.

[405] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal – Parte General.* 2ª ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pp. 103 e ss.

[406] Conforme SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal* – Parte Geral. 2ª ed. rev. e ampl. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2007, pp. 50-51.

ser cabível a exigência de que o nome específico da droga ou substância ou bebida seja previsto ou relacionado na lista de substâncias consideradas estupefacientes, tóxicas ou psicotrópicas.

Basta existir o princípio ativo proscrito pelo complemento da lei penal em branco em determinado produto ou substância e ela gerar os efeitos (como é o caso da *ayahuasca*) pelo qual o princípio ativo é proibido, para ela ser considerada também proibida ou submetida à fiscalização especial, preenchendo o elemento do tipo objetivo a que se destina. Não se pode esperar ou exigir, ainda mais nos dias atuais, em que novas drogas sintéticas são criadas rotineiramente[407], sob pena de se perder a utilidade da lei penal em branco e da coerência do discurso de aceitação de tal técnica, que o nome de todos os tipos de drogas, suas diferentes nomenclaturas, suas variações, bebidas, comprimidos ou, de uma forma geral, os conteúdos que possuam os princípios ativos considerados ilegais sejam previstos na lista de substâncias proibidas do complemento da lei penal em branco.

A maioria dos estudiosos do campo da *ayahuasca*, geralmente farmacologistas e antropólogos, defende que é completamente diferente a DMT sintetizada e a *ayahuasca* como bebida sagrada[408], mas, sob uma lógica normativa, não parece prevalecer esse argumento isoladamente, depois que se aceita os pressupostos desse tipo de técnica legislativa e a proibição da DMT.

Pode-se questionar algo anterior a isso e erigir argumentos melhores, como o sentido e o contexto do uso, para se afastar a incidência da norma penal para a *ayahuasca*. Todos os embates jurídico-criminais que existem sobre o tema originam-se do raciocínio linear de que a *ayahuasca* possui DMT, a qual é considerada uma droga ilícita e que, portanto, precisa ser combatida e reprimida para se proteger a saúde pública e individual das pessoas que a consomem, assim como para garantir a ordem e a segurança pública. É necessário verificar, criticamente, esses pressupostos e não os adotar isoladamente, mas em um contexto maior de conflito com direitos fundamentais multiculturais-religiosos. É o que se pretende fazer nos próximos capítulos.

---

[407] Ver RESTANI, Diogo Alexandre. *Lei Antidrogas*: norma penal em branco – utilidade. Site DireitoNet. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5686/Lei-Antidrogas-norma-penal-em-branco-utilidade>. Acesso em: 26 ago. 2016.

[408] Por exemplo, SÁNCHEZ, Constanza; BOUSO, José Carlos. *Ayahuasca*... Op. cit., p. 19.

3. BENS JURÍDICOS E INTERESSES TUTELADOS COM O TIPO PENAL DE TRÁFICO DE DROGAS E A POLÍTICA-CRIMINAL DE COMBATE ÀS DROGAS

3.1. Questionamentos sobre a função do Direito Penal e da teoria do bem jurídico: aproximação a um pragmatismo jurídico penal

Partindo da ideia comumente aceita[409] de que o direito penal cumpre a função de assegurar uma vida social pacífica e as liberdades individuais mais importantes do ser humano; e, como consequência, também pode e deve resguardar algumas instituições para garantir a própria sociedade organizada e os direitos fundamentais[410], diversas construções podem surgir para legitimá-lo e outras tantas para criticá-lo, apontando desvios na sua utilização[411] ou até sua desnecessidade na maioria dos casos[412].

Não é o objetivo desta tese, como a princípio não é das ciências jurídico-criminais como um todo, construir uma teoria geral da sociedade, do Estado e do Direito, mas ao se demarcar alguns pontos fundamentais acaba-se por escolher uma concepção de Estado e de Direito que se justifica posteriormente, ainda que indiretamente, ao longo da argumentação. Parte-se, neste trabalho, de uma concepção de Estado mais ou menos estabelecida contemporaneamente no chamado ocidente, ou seja, um Estado constitucional (de Direito),

---

[409] ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General:* Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, pp. 51 e ss.; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral:* Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2011, *maxime* pp. 113 e ss; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General.* Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, pp. 03 e ss; NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal:* una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Astrea, 1980, pp. 269 e ss.

[410] Com a ressalva feita por PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal: conceito...* Op. cit. p. 33: "A conceção do crime como comportamento humano danoso socialmente por atingir bens necessários à conservação ou ao desenvolvimento da sociedade, subjacente acriticamente às conceções do sistema penal, e, por vezes, usada instrumentalmente pela própria Criminologia, por razões de compreensão do fenómeno da criminalização, só poderá ser ponto de partida enquanto se identificarem os pressupostos culturais, estruturais e os processos sócio-psicológicos simbólicos de valoração dos comportamentos".

[411] BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.* 12ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, *maxime* pp. 18 e ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

[412] BARATTA, Alessandro. Enfoque crítico del sistema penal. In. ELBERT, Carlos Alberto (Comp.). *Criminología y Sistema Penal:* compilación in memoriam. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004, pp. 89-111, pp. 107-109; CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime.* Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011, *maxime* pp. 117 e ss.

democrático e plural[413], o qual exige como ideário (para alguma coerência discursiva) um liberalismo jurídico-penal de intervenção mínima[414].

A partir disso, como pretensão ideal, pode-se defender que o direito penal cumpre uma função remanescente de assegurar, por meio da ameaça da utilização de uma violência física (prisão/pena), os direitos fundamentais de todo ser humano, seja do arbítrio do mais forte/violento ou daqueles que detêm o poder. Com isso, acredita-se, promove-se uma estabilização social. Afirmar isso traz consequências múltiplas (para a dogmática penal e a ciência jurídico-criminal como um todo) quando se reflete com maior rigor, pois diversos questionamentos apresentam-se, principalmente sobre a utilidade do direito penal, em quais casos (se é que existem) ele seria indispensável, quais seriam os fundamentos que legitimam a aplicação das penas e quais seriam suas funções primordiais ou exclusivas[415]. Por ora, busca-se apenas colocar em dúvida algumas premissas e figuras jurídico-penais, para, posteriormente, realizar uma reflexão propositiva quanto a possíveis e melhores posições.

Primeiramente, constata-se que o direito penal não foi (ao longo da história humana)[416], e ainda não é, utilizado apenas para assegurar essa paz social igualitária e não permitir a violação de direitos humanos fundamentais (objetivos declarados do discurso jurídico oficial)[417]. Ao contrário, o direito penal é utilizado pelo grupo que detém o poder, o chamado grupo hegemônico[418], ou por grupos que detêm representação legislativa suficiente e mecanismos de controle ideológico na sociedade, como instrumento de garantia de seus interesses e do próprio poder em si[419].

---

[413] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.* Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 16-17.
[414] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...* Op. cit., pp. 120 e ss.; ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 34 e ss;
[415] Reflexão sobre o conceito material do crime e quando seria legítimo a criminalização de uma conduta é extensamente tratado por PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal: conceito...* Op. cit., *maxime* pp. 35 e ss.
[416] Observe-se a história de vida e as construções teórico-penais desenvolvidas por Edmund MEZGER, conforme MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo:* Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo. 4ª ed., rev. y ampl. Valência: Tirant lo Blanch, 2003, *maxime* pp. 95 e ss.
[417] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal...* Op. cit. pp. 04 e ss.
[418] ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal:* parte general. 6ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, pp. 24.
[419] BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales e simbólicas del derecho penal. In. ELBERT, Carlos Alberto (Comp.). *Criminología y Sistema Penal:* compilación in memoriam. Buenos Aires: Editorial B de F.,

Assim, não se deve – quando se busca a realização de um ideal de Direito e de Justiça emancipador e dignificante do ser humano – presumir que a norma penal é legítima e deve ser aplicada acriticamente por ter sido elaborada pelo Poder Legislativo. Pressupor uma legitimidade das normas que assegura de antemão a necessidade de serem reafirmadas quando negadas pelo crime, como propõem Jakobs[420] e Lesch[421], pode facilitar o trabalho lógico, mas não serve sem uma análise correta (porque a melhor) do caso concreto, das diversas variáveis e circunstâncias que o compõem e da verificação da legitimidade de aplicação daquela norma para aquele caso.

As críticas que podem surgir quanto a tal posicionamento decorrem de: a) uma aparente desvalorização da norma penal positivada; b) uma suposta ingerência indevida na avaliação sociológica feita pelo legislador que criou a lei penal; c) com isso, uma violação da divisão de poderes (já que uma postura como essa permite uma análise ampla do caso pelo Poder Judiciário, podendo conduzir a um exagerado ativismo judicial[422]); d) a criação de uma "desesperante casuística"[423] nos estudos da dogmática penal; e) uma abertura sistêmica que exige uma mínima delimitação da ideia do que é justo.

Acredita-se que, ao longo do trabalho, será possível responder a essas objeções, delimitando-se, por ora, que a ideia elaborada por Paulo de Sousa Mendes sobre o particularismo racional como meio de realizar o pluralismo liberal na dogmática jurídico-penal[424] suportam tal desafio, estimulado pela insuficiência das respostas penais existentes na atual sociedade multicultural e da verificação crítica dos interesses inumeráveis (e

---

2004, pp. 57-88, pp. 64 e ss; AGUIAR, Maria Léa Monteiro de. *Somos todos criminosos em potencial.* [Livro eletrônico/e-book] – Niterói: EdUFF, 2007

[420] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General:* fundamentos y teoria de la imputación. Trad. Joaquim Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 44 e ss.

[421] Ver apreciação crítica elaborada por DIAS, Augusto Silva. O retorno ao sincretismo dogmático: uma recensão a Leiko Lesch, Der Verbrechensbegriff – Grundlinien Einer Funktionalen Revision, Ed. Carl Heymanns, Köln-München, 1999. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* Coimbra, ano 11, n. 02, pp. 323-339, abr./jun. 2001, *maxime* p. 326.

[422] Sobre as origens e a importância do *judicial activism,* ver TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV,* São Paulo, n. 15, pp. 37-58, jan./jun. 2012.

[423] MENDES, Paulo de Sousa. Em defesa do particularismo moral e do pluralismo liberal – em especial no domínio do Direito Penal. In. BELEZA, Teresa Pizarro et al (Orgs.). *Multiculturalismo e Direito Penal.* Coimbra: Almedina, 2014, pp. 143-152, p. 151.

[424] Ibid., pp. 150-152.

algumas vezes antagônicos) de grupos que compõem o mundo pluricultural atual, no qual nem sempre as normas são vistas de forma tão homogênea como se pretende em teoria.

Não basta para a legitimação do direito penal a apressada conclusão de sua necessidade para a vida em sociedade e pelas leis aprovadas, teoricamente, conforme a Constituição, pois nem sempre uma norma penal válida em abstrato manterá sua constitucionalidade quando da sua aplicação diante de uma conduta que tomou outros valores constitucionalmente legítimos como paradigmáticos, isto é, como razões para um juízo concreto do que deveria ser o agir[425]. É necessária a verificação do cumprimento da função do direito penal para a sociedade que se imagina e deseja-se, assim como a avaliação particular das razões que conduziram o indivíduo àquela ação.

Dentre as diversas concepções de direito penal, desde perspectivas mais legitimadoras até mais críticas-desconfiadas, diferentes teorias surgiram tentando ampliá-lo, reduzi-lo ou até desconstruí-lo. De tudo, partindo da função imaginada como ideal para o direito penal em um Estado pluralista liberal, a doutrina costuma defender sua utilização mínima, classificando-o como a *ultima ratio* da sociedade organizada para assegurar liberdades e sua própria existência[426]. Também se traduz tal visão das coisas através dos princípios da subsidiariedade e da lesividade, pois o direito penal é utilizado apenas em casos realmente necessários, quando outros subsistemas jurídicos (ramos do direito) não conseguem inibir determinadas condutas lesivas e prejudiciais ao convívio social desejável em um Estado como o que se concebe.

O paradoxo existente nessa concepção é que do mesmo modo que o direito penal assegura a permanência do Estado, ele não serve ao Estado, como ente abstrato e criado, mas serve para as pessoas de um modo geral, já que limita a atuação daqueles indivíduos que ocupam cargos/funções que poderiam utilizar uma força constituída contra as pessoas destituídas de poder formal/institucional dentro da organização social. É ao estabelecer os limites do uso da força que o direito penal ajuda a assegurar liberdades, mas não é ele que as constitui. Ele serve apenas para garanti-las; e daí a necessidade de uma interpretação jurídica

---

[425] ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

[426] BLANCO LOZANO, Carlos. *Derecho Penal – Parte General.* Madrid: La Ley, 2003, p. 122; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho...* Op. cit. pp. 71 e ss; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...* Op. cit., pp. 121 e ss;

que privilegie sempre a liberdade e a autonomia do indivíduo como direito básico e essencial do ser humano (para continuar humano).

O direito penal moderno guarda em si uma crise imanente, pois ao mesmo tempo que serve para punir, serve para garantir. Ao mesmo tempo em que serve para realizar a política criminal do grupo hegemônico na sociedade, é utilizado para conter o poder policial do Estado e limitar a força capaz de punir. Foi diante desse contraste de funções e com o intuito de fundamentar processos de despenalização e distinguir com maior segurança o âmbito de reprovação penal da simples reprovação moral que, no século passado, a doutrina jurídico-penal desenvolveu largamente o conceito de bem jurídico[427].

Nesse contexto, defende-se que o direito penal só pode preocupar-se, legitimamente[428], com condutas que ofendam ou coloquem em perigo "bens jurídicos relevantes"[429], os quais não se consegue tutelar adequadamente por medidas de outros ramos do direito (bens jurídico-criminais)[430]. A ideia de bem jurídico é desenvolvida por diversos doutrinadores e juristas garantistas, ganhando aplicabilidade real em múltiplas decisões judiciais que buscam, além de uma legitimidade jurídica interna (dentro do sistema constitucional positivado), uma justificação externa (ético-política)[431].

Em uma decisão relativamente recente do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 02/10/2014[432], tomada como exemplo pelas diversas referências que faz à tutela de bens

---

[427] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación...*Op. cit. p. 16; PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal: conceito...* Op. cit. *maxime* pp. 36 e ss.

[428] Sobre os sentidos e a necessidade de legitimação do direito penal, ver COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal:* contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 1992, *maxime* pp. 25 e ss.

[429] PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal: conceito...* Op. cit., p. 110, conclui que existem 03 critérios, ao par do processo democrático e do respeito aos princípios constitucionais consagrados, para se avaliar a legitimidade de uma incriminação, sendo eles: certo grau de consenso, proteção de bens jurídicos e relevo ético prévio das condutas. No mesmo sentido, defendendo o caráter legitimador do bem jurídico-penal, DIAS, Jorge de Figueiredo. O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional implícito. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 145, n. 3998, pp. 250-266, maio/jun. 2016, pp. 265-266.

[430] CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal.* Vol. 1. Reimp. Coimbra: Almedina, 1999, p. 276; ROXIN, Claus. *Derecho...* Op. cit., p. 65.

[431] Utilizando a ideia de legitimidade e justificação conforme FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão:* teoria do garantismo penal. 4ª ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 199 e 325.

[432] PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Penal do processo nº 45/12.8SWSLB.S1. *Base jurídico-documentais do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça.* Lisboa, data de julgamento: 02 out. 2014. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e9b9542b2deb3d7b80257d93004ea6dd?OpenDocument>. Acesso em: 30 ago. 2016.

jurídicos, pode-se perceber claramente a importância que referida teoria ganhou e mantém até hoje nas decisões judiciais; não apenas com um viés garantista, mas para justificar uma inquestionável existência natural de determinado crime e assim fundamentar facilmente decisões condenatórias. No exemplo em tela, ao alterarem a classificação jurídica de uma conduta para tráfico de drogas de menor gravidade, os juízes fazem diversas referências à proteção que a criminalização da conduta de tráfico de drogas supostamente traz para "diversos bens jurídicos pessoais, como a integridade física e a vida dos consumidores, mas em que o bem jurídico primariamente protegido é o da saúde pública"[433].

Em decisão paradigmática do Tribunal Constitucional português sobre o crime de tráfico de estupefacientes, ainda em 1991[434], a importância da teoria do bem jurídico já era evidenciada, pois se discutiu a possibilidade constitucional de ser criminalizada uma conduta que apenas coloca em perigo um "bem jurídico", sem a necessidade de causar-lhe dano efetivo para a consumação do crime, como é o caso do tráfico de drogas. Da mesma forma, os julgadores incumbem-se da função de identificar o "bem jurídico" tutelado pela norma incriminadora em análise, deduzindo que:

> "o escopo do legislador é evitar a degradação e a destruição de seres humanos, provocadas pelo consumo de estupefacientes, que o respectivo tráfico indiscutivelmente potencia. Assim, o tráfico põe em causa uma pluralidade de bens jurídicos: a vida, a integridade física e a liberdade dos virtuais consumidores de estupefacientes; e, demais, afecta a vida em sociedade, na medida em que dificulta a inserção social dos consumidores e possui comprovados efeitos criminógenos"[435].

Acreditam os julgadores, desta forma, que ao citarem verdades prontas e de senso comum justificam e legitimam determinada postura, o que é colocado em causa quando o consumo de estupefaciente não degrada nem destrói o ser humano; mas, ao contrário, possibilita-lhe o desenvolvimento da personalidade, garante-lhe uma necessidade humana de religiosidade, dá-lhe sentido à vida, traz-lhe explicações e melhora a convivência social. A

---

[433] Ibid. idem.
[434] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 426/1991. *Site do Tribunal Constitucional de Portugal*. Lisboa, data de julgamento: 06 nov. 1991. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910426.html>. Acesso em: 30 ago. 2016.
[435] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão nº 426/1991*... Op. cit.

afetação negativa da vida em sociedade já não fica tão clara quando o uso do estupefaciente decorre de uma tradição cultural e seus efeitos são de integração comunitária, não de dificuldade de inserção social. Inevitável adiantar, neste ponto, que o multiculturalismo traz um novo elemento para a discussão, pois lesão a bem jurídico já não é um argumento tão autoevidente para justificar a criminalização de determinadas condutas.

Na doutrina jurídico-criminal contemporânea, um dos expoentes da defesa da teoria do bem jurídico é Claus Roxin, o qual argumenta que o bem jurídico cumpre funções relevantes de limitação do poder punitivo do Estado e é figura central para que o direito penal cumpra suas funções primordiais[436]. Em Portugal, Figueiredo Dias defende que a ideia de proteção do "bem jurídico-penal" é o paradigma máximo de um direito penal democrático, argumentando que tal noção é um "padrão crítico" para, em um Estado constitucional, democrático e plural, avaliar a legitimidade da incriminação de condutas e da necessidade da pena[437].

Não se despreza a intenção de utilizar a ideia de bem jurídico para evitar criminalizações de meras condutas consideradas imorais, mas diversas críticas contundentes a tal teoria foram erigidas e merecem ser ponderadas para a verificação de sua suficiência lógica e utilidade.

As principais críticas quanto à teoria do bem jurídico[438] andam à volta de sua não imposição ao legislador e à sociedade quando esses decidem tipificar uma conduta como crime. É apenas imaginária essa autoridade do "bem jurídico" em relação ao legislador, não o limitando como representante da sociedade para criminalizar ou descriminalizar determinada conduta. Ademais, haveria uma impossibilidade de definir adequadamente a figura do "bem jurídico-criminal", restando inútil tal criação[439].

---

[436] ROXIN, Claus. És la protección de bienes jurídicos una finalidade del Derecho Penal? In. HEFENDEHL, Roland (Coord.). *La Teoría del bien jurídico*: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Trad. Rafael Alcácer et al. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 443-458, p. 447.
[437] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O "direito penal do bem jurídico"*... Op.cit., *maxime* pp. 250-253.
[438] Ver D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à exclusiva proteção de bens jurídicos no Direito Penal contemporâneo. In. GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010, pp. 198-218, p. 199; ROXIN, Claus. *És la protección*...Op. cit., p. 445.
[439] PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal: conceito*... Op. cit. p. 37: "O bem jurídico em geral torna-se uma abstração desontologizada e sem substância, designando fins do Estado e não as coisas de que os indivíduos ou a sociedade carecem".

A maioria das tentativas de definição de "bem jurídico" recorrem à própria ideia de bem, valor, significação social ou valores sociais, o que permite o questionamento da utilidade de uma "limitação" para a sociedade que remete a valores sentidos como relevantes pela própria sociedade[440]. Em determinado contexto, aquela sociedade vai criminalizar condutas que segundo seu entendimento ferem esses valores relevantes, sejam elas o homossexualismo ou a traição conjugal. Logo, "bem jurídico-criminal" será tudo aquilo que a sociedade quiser e tiver como valor ou interesse relevante em determinado momento histórico.

Soma-se a essas ponderações a tendência do jurista penal (e talvez dos juristas de uma formal geral) em considerar uma classe conceitual criada com fins heurísticos como um ente a ser estudado ontologicamente, capaz de uma dimensão existencial concreta no mundo fenomênico diversa dos valores e interesses que representa[441]. Guardada a importância e a utilidade da ideia de "bem jurídico" para classificar os crimes em de dano e de perigo, de forma a facilitar sua análise concreta quanto à consumação, e mesmo para compreender qual o sentido da tutela penal, tem-se, como seu efeito oposto, que a teoria do bem jurídico possibilita que a simples referência ao dano causado a um "bem jurídico" sirva para justificar a existência legítima da criminalização de uma conduta e da aplicação de uma pena.

Assim, a teoria do bem jurídico pode ser altamente prejudicial quando apresenta a tipificação penal como algo natural e inevitável da convivência social e do Direito, já que, pretensamente, seria suficiente para a criminalização de uma conduta e, potencialmente, a aplicação de uma pena (seja qual for a teoria da pena que se adote para fundamentá-la) a referência à ocorrência de uma lesão/dano a um bem jurídico importante. Com isso, deixa-se de lado uma reflexão profunda sobre a função do direito penal, o fundamento da pena, a *ratio legis* de uma norma específica e a primazia que a liberdade e a autonomia individual devem ocupar em uma sociedade justa e plural, isto é, a necessidade permanente (mais intensamente nos casos de crimes culturalmente motivados) de ser previamente analisada e justificada a existência ou não de "motivos de revogação da regra orientadora"[442] positivada na norma penal.

---

[440] BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales*... Op. cit., p. 65.
[441] Como parece ocorrer em D'AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações*... Op. cit., pp. 207 e ss.
[442] MENDES, Paulo de Sousa. *Em defesa*... Op. cit., p. 149.

A ideia de bem jurídico pode facilitar heuristicamente a argumentação do que é digno de preocupação e proteção jurídica, mas não serve por si só para demonstrar e fundamentar a necessidade de criminalização de uma conduta e de aplicação da pena, como se a figura do crime fosse autoevidente e o direito penal inafastável. Uma norma dirigida para produzir um estado de coisas[443] que consiste na convivência humana livre, pacífica e assecuratória de direitos fundamentais de forma indistinta[444] justifica-se pelo imaginado estado de coisa ideal e desejado, independente da figura de proteção do bem jurídico, a qual não deixa de ser uma ficção jurídica do tipo *as if* (como se)[445]. Quando se trata de uma norma penal especificamente, ainda cabe o questionamento, em razão do almejado caráter subsidiário desse subsistema jurídico, da necessidade e utilidade de tal instrumento (criminalização-pena) para se realizar o estado de coisas desejado em uma sociedade como a idealmente pensada.

Quando Roxin defende que o tipo penal de porte e uso pessoal de drogas não serve para a proteção de "bens jurídicos" e que, portanto, é ilegítimo utilizar o Direito Penal para tentar inibir tal conduta[446], ele quer dizer que não podem algumas pessoas (ou o Estado de forma abstrata) sobrelevarem-se em relação às escolhas pessoais e privadas de outras (quando adultas, capazes e livres) que não afetam diretamente a esfera de interesse de terceiros.

Partindo de uma visão garantista-liberal, pode-se dizer que o direito penal não deve ser utilizado para proteger apenas pontos de vista ou sentimentos pessoais de um grupo que acredita ter a visão correta sobre as coisas do mundo, sendo legítimo seu uso de forma limitada para reforçar a proteção, subsidiariamente, de certos direitos humanos individuais ou quando seus princípios e garantias precisam ser utilizados para limitar uma tendência concreta (em um contexto social histórico específico) de restrição da liberdade pessoal ou de violência[447].

---

[443] Apropria-se aqui do termo utilizado por CHISHOLM, Roderick M. *Teoria do Conhecimento.* Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969, pp. 136 e ss.
[444] ROXIN, Claus. *És la protección*... Op. cit., p. 457.
[445] VAIHINGER, Hans. *The Philosophy of "As If".* Translated by C. K. Ogden. Reprinted. Abingdon: Routledge, 2000.
[446] ROXIN, Claus. *És la protección*... Op. cit., p. 451; ROXIN, Claus. *Estudos*... Op. cit., pp. 36 e ss.
[447] FERRAJOLI, Luigi. *Direito*... Op. cit., p. 440.

No entanto, mantém-se a insuficiência de critérios materiais sobre quando, como e por que proibir e criminalizar determinadas condutas e, posteriormente, punir legitimamente (fundamento da pena) uma pessoa[448]. Diante disso, restam alguns caminhos possíveis para pensar e aplicar o direito penal no estágio em que se encontra: i) aceitação de que o direito penal é um instrumento de controle social (regulação da vida social), podendo ser utilizado de acordo com a avaliação sociológica de necessidade do legislador, a partir do que a pena se fundamenta pela necessidade de reafirmação da vigência da norma descumprida e, assim, do sistema jurídico como um todo; ii) desconstrução total do sistema de incriminação existente e busca teórica para se construir um sistema normativo penal coerente com os pressupostos do Estado e da sociedade que se deseja; iii) concentrar-se na melhor aplicação do direito penal positivo existente, adotando-se um pragmatismo jurídico-metodológico a partir da ampliação da utilização das diversas fontes do Direito como possíveis normas revogadoras da norma penal no caso concreto.

Esta última postura abdica de uma construção sistêmica completa/universalista e acabada do direito penal, aceitando a possibilidade existencial de um direito aberto, plural, provisório e em constante construção conflituosa. Antes de buscar, aprioristicamente, a edificação de uma teoria do direito penal, busca-se a melhor aplicação das normas vigentes e da dogmática penal em casos concretos, o que leva, ainda que por outra via, à formação de uma teoria jurídico-criminal. Entende-se que há a necessidade, no atual momento multicultural complexo que se vive, da realização do direito penal a partir de uma perspectiva pragmatista, ainda incipiente na cultura jurídica romano-germânica.

Neste ponto, toma-se uma posição favorável à conquista histórica de um Estado constitucional, democrático, plural, politicamente liberal e que garante a liberdade e a autonomia privada de cada pessoa escolher a melhor forma de viver e desenvolver sua personalidade, desde que não traga prejuízo aos outros e não limite a liberdade de todos desenvolverem a sua própria personalidade. Pode-se, evidentemente, construir visões antagônicas a esta tese a partir de concepções distintas da melhor forma de organizar a vida

[448] PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal: conceito...* Op cit., p. 48, apresenta uma perspectiva interessante sobre a questão: "A discussão sobre o conceito material de crime poderá incorporar esta perspectiva de que os comportamentos incriminíveis são definíveis num modelo argumentativo de ética do discurso, em que a legitimidade depende de não se contradizerem pela incriminação condições básica da subjetividade e do reconhecimento recíproco".

em sociedade e de aplicar legitimamente o direito penal[449]; no entanto, antes de buscar uma fundamentação da necessidade do direito penal (o que faz um interesse/bem jurídico precisar de tutela penal ou quais os elementos materiais que constituiriam o crime) e da aplicação da pena (teoria da finalidade da pena) – o que talvez sequer exista a partir de uma razão coerente com pressupostos libertários e de dignidade do ser humano – busca-se pensar os casos em que a norma penal não pode ser aplicada legitimamente em um contexto multicultural complexo como o atual.

Em que pese permanecer em aberta a pergunta sobre quando a tutela criminal ou a aplicação de uma pena seria necessária e legítima, a análise de outros casos semelhantes ao proposto neste trabalho pode conduzir, *a contrario sensu*, a uma visão futura mais adequada e bem acabada sobre a função do direito penal, sua necessidade e o fundamento da pena[450].

Ao se estabelecer como pressuposto e limite de um direito penal justo e coerente com o Estado democrático liberal que se deseja a ideia de um espaço intocável de liberdade do ser humano, no qual apenas sua autonomia de escolha pode decidir sobre os caminhos para desenvolver e conformar sua própria personalidade, impede-se uma busca de ponderação interminável sobre as consequências indiretas das escolhas de alguém (sob pena de se reduzir este campo a nada)[451], cabendo o respeito à opção de conduta porque advém de um ser humano, digno em si mesmo de ter suas escolhas respeitadas[452].

Diz-se indiretas porque consequências diretas da escolha de alguém na esfera do outro, retirando-lhe a liberdade de alguma forma, podem ser limitadas penalmente, ainda que seja indispensável uma reflexão crítica e uma construção argumentativa da sua necessidade. Fala-se de uma análise limitada das implicações indiretas por sempre ser possível encontrar

---

[449] Sobre os diferentes modelos de política criminal quando conectados com modelos de fundamentação do Direito Penal, ver PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal: conceito...* Op. cit., pp. 66 e ss.

[450] Ainda que seja possível discutir a criminalização de condutas sem referência direta aos fins da pena, pois "não é a pena que precede e 'coloniza' o crime, mas ao invés: faz sentido afirmar que há crime sem pena (v.g. conciliação autor-vítima, dispensa de pena etc.) mas já não há pena sem crime. A função do Direito Penal e o fundamento do conceito de crime devem buscar-se, pois, não numa concepção dos fins da pena, mas numa teoria da validade jurídico-penal ligada aos princípios do Estado de Direito, nomeadamente aos direitos fundamentais, individuais e sociais, e ao princípio (de origem, ou, pelo menos, de utilidade liberal) de proteção subsidiária de bens jurídicos", conforme DIAS, Augusto Silva. *O retorno...* Op. cit., pp. 333-334.

[451] GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 82, pp. 165-185, 2010, pp. 180 e ss.

[452] "Respeitar a autonomia significa que se leve a sério o ser humano porque ele é um ser humano, e não só porque isso nos convém", Ibid., p. 180.

alguma consequência quando se somam outros fatores imagináveis de ocorrerem aleatoriamente na vida em sociedade[453]. A partir de uma ideia de caos determinístico, consegue-se encontrar consequências danosas para qualquer ação humana, ainda mais quando imoral[454]; não podendo isso servir de critério de análise e argumento em um Direito que busca assegurar prioritariamente a livre escolha e desenvolvimento do ser humano.

Tem-se, a partir deste posicionamento, o primeiro limite de utilização e aplicação do direito penal, indicando que ele não deve atingir a necessidade humana básica de liberdade sobre seu próprio destino e a concepção de vida plural e liberal que se busca perpetuar. Cabe ao jurista estudioso-doutrinador denunciar casos em que o direito penal é utilizado para regular modos de vida ou visões de mundo que dizem respeito somente à esfera privada do indivíduo, da mesma forma que cabe ao julgador avaliar e, de forma argumentativa, demonstrar a não aplicação da lei penal por sua absoluta ilegitimidade e inconstitucionalidade material.

É bem construída a argumentação de ilegitimidade de um preceito penal que interfere excessivamente na liberdade das pessoas sem proteger nenhum "bem jurídico"[455], mas tal alegação prescinde da ideia de bem jurídico, ainda que a figura possa facilitar a argumentação. Como dito, caso se entenda "bem jurídico" como uma construção conceitual para fins heurísticos, pode-se adotar tal ideia. No entanto, como a tendência é transformar tal construção em uma realidade, não se considera que esse seja o melhor caminho para o antifundacionalismo do pragmatismo jurídico penal[456].

Sem medo de ser repetitivo, volta-se a afirmar que a figura do bem jurídico não é essencial (seja como critério de criminalização ou como objeto de proteção)[457] para se defender que a norma penal será nula quando existir uma fundamentação "seriamente defensável" [458] de que viola a liberdade de escolha do indivíduo e não cumpre uma função

---

[453] Como no caso da criminalização da condução de veículo motorizado sem autorização legal, como citado por DIAS, Jorge de Figueiredo. *O "direito penal do bem jurídico"*... Op. cit., p. 255.
[454] GRECO, Luís. *Tem futuro*... Op. cit., p. 176.
[455] ROXIN, Claus. *És la protección*... Op. cit., p. 453.
[456] EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, Direito e Política. *Revista Novos Estudos-CEBRAP*, São Paulo, n. 62, pp. 107-121, mar. 2002, p. 109.
[457] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*... Op. cit. p. 17.
[458] ROXIN, Claus. *És la protección*... Op. cit., p. 453.

emancipatória que almeja o ideal de Direito em um Estado constitucional, democrático e plural[459].

A partir do ordenamento jurídico positivado e da compreensão do pragmatismo jurídico na filosofia do Direito e sua aplicabilidade nas ciências jurídico-criminais[460], entende-se que não cabe à doutrina penal desenvolver teorias com uma suposta pretensão de isenção, preocupadas apenas com uma lógica interna e indiferente às consequências práticas quando da aplicação da norma penal em um contexto social próprio de uma política criminal real[461].

Analisando a fundamentação da teoria do bem jurídico e as críticas sobre sua imaginada autoridade[462], questiona-se: por que a doutrina penal precisa recorrer à teoria do bem jurídico para criticar o moralismo jurídico-penal ou a utilização do direito penal como modelador de costumes e modos de vida?

Parece que bastaria a seguinte argumentação nesses casos: 1) existem variadas formas de viver no mundo e desenvolver a própria personalidade; 2) o direito penal não pode (no mundo em que se imagina) ser um instrumento para violar a liberdade das pessoas de viver essa multiplicidade do mundo dentro de uma convivência social pacífica; 3) quando normas penais atingirem o núcleo essencial da autonomia individual, seu uso é ilegítimo e, portanto, são materialmente inconstitucionais, já que se tornam apenas arbítrio e força bruta; 4) essa verificação se faz a partir de uma razão argumentativa, seja pelo legislador nos debates para a criação da lei, pelo doutrinador ao analisá-la e orientar sua aplicação ou pelos juristas/julgadores ao aplicar as normas penais criticamente em casos concretos/reais.

Além de uma construção prescindível nesses casos, a ideia de bem jurídico pode ser disfuncional em outros 02 aspectos. Primeiro, ela confunde situações em que existem interesses e valores jurídicos com questões que precisam de intervenção penal, permitindo a criminalização de condutas que merecem regulamentação jurídica, ainda que não penais por encontrarem soluções mais eficientes em outros subsistemas normativos. Desde o início da

---

[459] No mesmo sentido de uma postura crítica quanto ao bem jurídico, PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal: conceito*... Op. cit., *maxime* p. 79.
[460] SULLIVAN, Michael. *Legal…* Op. cit.; EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo*... Op. cit.
[461] "Ainda hoje é muito fácil produzir ou aplicar conhecimento escapando às consequências", SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por que*... Op. cit. p. 207.
[462] GRECO, Luís. *Tem futuro*... Op. cit., p. 175.

década de 1990 há uma explosão da legislação penal e a utilização do direito penal como um manto protetor de qualquer interesse jurídico[463]. O dever de atuação do Estado e de proteção a certos interesses ou valores é completamente diferente da necessidade de intervenção criminal/penal.

Nos casos de infanticídio de índios[464], por exemplo, deixando de lado a discussão sobre a culpabilidade do autor em cada caso[465], verifica-se previamente que a aplicação de uma pena é inútil em seu caráter preventivo ou retributivo e com efeito antagônico ao se punir uma conduta normal dentro da comunidade indígena. Contudo, a inutilidade ou desnecessidade penal não significa que a conduta não é antijurídica ou que o dever de proteção da vida da criança desapareça com isso. Mantém-se a necessidade de proteção jurídica da vida da criança, ainda mais por sua condição de vulnerabilidade, não significando, como induz a teoria do bem jurídico, a inafastabilidade da utilização do direito penal. Não é esse o instrumento adequado para regular tal situação e proteger o direito fundamental da vida que é sacrificada, mas o Direito não se limita a esse subsistema[466].

A segunda disfuncionalidade consiste em a ideia do bem jurídico-criminal encobrir a ponderação utilitarista dos fatos que envolvem interesses normativos[467], como na questão da *ayahuasca* ou do incesto entre adultos, o que confunde o discurso de vantagens e desvantagens da criminalização, fazendo com que o julgador (ou legislador) consiga conduzir sua argumentação para qualquer lado, sem necessidade de expressar seu ponto de partida, seus limites e como imagina que sua decisão melhora a sociedade.

A ficção do bem jurídico é facilmente derrubada na vida real pela não aceitação de sua autoridade em limitar a regulação macrossocial feita pelo legislador ou é encampada para reforçar uma decisão baseada exclusivamente em questões morais e pretensas visões de mundo mais adequadas sobre o que é uma vida boa e uma ação correta. Os juízes do Tribunal Constitucional alemão, por exemplo, quando decidiram ser constitucional o crime de

---

[463] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación*...Op. cit. p. 16.
[464] Reflexões objetivas e importantes sobre o tema são feitas por PINEZI, Ana Keila Mosca. Infanticídio indígena, relativismo cultural e direito humanos: elementos para reflexão. *Revista Aurora*, São Paulo, n. 08, pp. 33-43, maio 2010.
[465] CARVALHO, Américo A. Taipa de. Direito à diferença étnico-cultural, liberdade de consciência e direito penal. *Direito e Justiça*, Lisboa, vol. XVI, tomo 1, pp. 131-157, 2002, pp. 149 e ss.
[466] Sobre o tema, neste sentido, ver DIAS, Augusto Silva. *Crimes*... Op. cit., pp. 36 e ss.
[467] Conforme crítica construída por GRECO, Luís. *Tem futuro*... Op. cit., pp. 175 e ss.

conjunção carnal entre parentes/incesto entre adultos, entenderam que o direito penal pode servir para reafirmar concepções morais e que é o legislador democraticamente eleito, não o doutrinador, que delimita o que pode ser protegido pelo direito penal[468]. Esqueceram os julgadores, no entanto, de analisar os pontos de partida do direito penal, do próprio Direito e da sociedade, deixando de enxergar que neste caso o critério a ser utilizado não era o do "bem jurídico".

O que estava em análise não pertencia à lógica utilitarista da conveniência ou não de se criminalizar uma conduta ou na lógica preventiva de ameaça da pena; mas à tomada de posição quanto ao que é mais importante ao ser humano, para que serve o Direito como um todo e em que esferas nunca se deve lançar mão do direito penal.

A impossibilidade de criminalização e punição de meras convicções morais ou comportamentos imorais reside na adoção de uma liberdade pessoal primordial, a qual só pode ser afastada quando trouxer problemas sociais que afetem significativa e frontalmente outros direitos fundamentais. Fora dessas hipóteses, deve prevalecer a mais pura e simples liberdade de escolha de cada indivíduo. Não compete a nenhuma pessoa impor sua visão de mundo ou de como a vida deve ser vivida ao outro. Cabe ao direito penal punir condutas que tentem impor essa visão aos outros e não ser utilizado para esse fim; ainda que, mesmo nesses casos, reste sempre a dúvida sobre a real necessidade da pena privativa de liberdade/prisão, ainda mais quando não se inicia um ciclo de vingança e violência social, o que parece ser um dos requisitos necessários da pena, como será abordado, de forma geral, adiante.

A ação comunicativa serve para, no campo político e da convivência social, construir modelos ético-morais e modos melhores de convivência, não podendo nenhuma forma de ver o mundo ser transformada fora de um modelo dialógico de convencimento, pois caracterizaria um desrespeito à condição inicial do ser humano de liberdade de escolha quanto ao desenvolvimento de sua personalidade.

No caso do incesto julgado pelo Tribunal Constitucional alemão, cabia aos juízes, precipuamente, analisar que, apesar da reprovação moral e social, o sexo entre adultos capazes permanece em um campo da intimidade e da escolha pessoal que não compete ao Estado intervir; e, como segundo argumento, demonstrar que o sexo entre adultos feito em

[468] Ibid., pp. 167 e ss.

ambientes particulares não causa qualquer perturbação social direta. O argumento de que o incesto traria um prejuízo à família ou às futuras gerações é inconsistente, pois passa pela atribuição de um valor inquestionável à família, acima até da liberdade de escolha de cada um sobre a melhor maneira de viver, e, ainda assim, seria um dano indireto que exigiria a conjugação de diversos outros fatores. Um certo indeterminismo e uma abertura axiológica são necessários nesses casos, mas estão longe de um descontrole ou do caos social, como será constatado ao longo do trabalho.

Observe-se que o argumento principal aqui não é consequencialista, ainda que não se abandone essa análise em uma postura jurídico-pragmatista, porquanto se sustenta, em primeiro plano, que a postura básica da convivência social e sua razão de existir, e assim do próprio Direito, é garantir que todo ser humano tenha ampla liberdade de buscar as múltiplas formas de realizar suas necessidade básicas como pessoa-indivíduo. A limitação a esse direito seria a sua própria universalidade e, com isso, necessidade de acomodação para que todos possam usufruir de suas escolhas e liberdades.

Na verdade, condutas tidas correntemente como imorais - tais quais o incesto, a bestialidade ou zoofilia, a suspensão corporal[469], a submissão de uma mulher maior e capaz à ablação clitoridiana, shows de sexo ao vivo, a própria pornografia[470], a poligamia[471] ou o uso solitário ou restrito (religioso) de drogas - não afetam diretamente, em nada, a vida das pessoas não envolvidas com a prática[472]. Tais condutas dizem respeito somente às pessoas maiores, livres e capazes de discernir entre o que é melhor para elas naquela situação. Não

[469] Sobre a prática, ver reportagem jornalística de KELLY, Kim. Body suspension: why would anyone hang from hooks for fun? *The Guardian*, Health and wellbeing, Londres, 10 nov. 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2013/nov/10/body-suspension-hang-from-hooks-fun>. Acesso em: 05 mar. 2017.

[470] Evidentemente, como dito, consequências indiretas podem ser encontradas, principalmente no excesso e no vício (de qualquer atividade, inclusive a de se alimentar), como as levantadas por um rabino judeu e uma famosa atriz em BOTEACH, Shmuley; ANDERSON, Pamela. Take the pledge: no more indulging porn. *The Wall Street Journal.* Publicado em 31 ago. 2016, seção Opinion/Commentary. Disponível em: http://www.wsj.com/articles/take-the-pledge-no-more-indulging-porn-1472684658. Acesso em: 02 set. 2016.

[471] Sobre a inconsistência jurídica da criminalização da bigamia/poligamia em ordenamentos jurídicos ocidentais, ver MAGLIE, Cristina de. *Los delitos*... Op. cit., pp. 206 e ss.

[472] Sobre o direito de fazer algo errado e se é legítimo o uso do Direito para tentar melhorar a comunidade através de proibições que orientem uma educação moral dos indivíduos, especificamente a partir de uma perspectiva reflexiva-liberal em relação à pornografia e shows de sexo ao vivo, ver DWORKIN, Ronald. *Uma questão*... Op. cit., pp. 497 e ss.

cabe a ninguém julgar ou dizer qual caminho devem seguir, por mais repugnante que alguma prática possa parecer pessoalmente para quem a avalie de fora.

A revolta quanto à não criminalização da bestialidade ou zoofilia[473] é apenas um dos exemplos da tendência humana de querer consertar o mundo e os outros a partir de suas próprias convicções, não considerando que também pode existir um modo de vida que enxergue o dito julgador como objeto passível de mudanças inarredáveis.

O limite do legislador é sua própria razão de existir, ou seja, assegurar a realização dos direitos humanos fundamentais das pessoas, sendo o mais elementar deles a liberdade de escolher como viver e desenvolver a própria personalidade. É este o ponto cego da teoria consequencialista do bem jurídico, muito bem criticada por Luís Greco[474].

Com a globalização e o aumento da complexidade de sociedades multiculturais, novas perspectivas de "bens jurídicos universais ou difusos"[475] são pensadas para a criminalização de condutas e a transformação do direito penal em um campo de regulação administrativa, confirmando a importância de, antes da defesa da teoria do bem jurídico, ser edificada uma teoria capaz de delimitar, a partir do que imaginamos e desejamos para o futuro, as finalidades do direito penal e o que não se quer ver criminalizado.

Existindo uma complexidade imensa na construção de uma teoria do direito penal consistente e abrangente sobre os elementos materiais do conceito de crime, o que daria dignidade penal a um fato jurídico e o fundamento de aplicação da pena, interligados com a função do direito penal e a aplicação da dogmática penal, o que não se está (ainda) em condições de fazer, a contribuição possível desta tese consiste na verificação da ilegitimidade de utilização do direito penal para criminalizar determinadas condutas; bem como na melhor

---

[473] Como ocorreu recentemente (jun. 2016), nos meios de comunicação (jornais, revistas e internet), após a Suprema Corte canadense não condenar um homem por bestialidade (sexo com animais). Ao digitar "bestialidade Canadá" no site de busca *Google*, dezenas de notícias, reportagens e manifestações aparecem sobre o caso, quase todas demonstrando indignação e revolta pela não criminalização da conduta. Um exemplo pode ser visto em TERRA. Suprema Corte do Canadá permite sexo entre pessoas e animais. *Site de Notícias Terra*, Mundo, s/l., 15 jun. 2016. Disponível em: <https://noticias.terra.com.br/mundo/suprema-corte-do-canada-permite-sexo-entre-pessoas-e-animais,c3f6d3283a5626301e554a198d8fdb7e5yje0ur9.html>. Acesso em: 01 set. 2016.

[474] GRECO, Luís. *Tem futuro*... Op. cit., p. 175 e ss.

[475] CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos.* 198 pp. Tese (Doutoramento em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, pp. 19 e ss.

aplicação de um direito que busque soluções construídas (entendimento) a partir de um agir comunicativo e de um debate reflexivo[476]. Considera-se essa uma condição apriorística de respeito concreto à dignidade humana e de existência de um direito penal multicultural.

Evidentemente que uma relação dialógica e o compartilhamento das experiências de vida para se estabelecer consensos motivados (de alguma forma inteligíveis, compreensíveis, defensáveis) permite que exista a busca de uma mudança filosófica desta ou daquela escolha, deste ou daquele comportamento, mas impede definitivamente a intervenção jurídico-criminal em relação à escolha.

Em outras palavras, o convencimento através da apresentação de argumentos melhores permite a vida em sociedade, melhora, emancipa o ser humano em algum momento, mas respeitar escolhas, por mais desagradáveis que se apresentem para nossa visão de mundo, constitui o critério elementar para se viver em uma sociedade diversa, complexa e multicultural. O mal-estar causado por determinadas práticas ditas imorais pode permitir uma busca de mudança de mentalidade e de filosofia no campo dialógico e dialético da vida social, mas é certo que não autoriza a utilização (legítima) do direito penal para as desestimular quando não ofendem direitos e liberdades de terceiros. Utilizar o direito penal com tal finalidade é ir contra a essência de uma sociedade plural, democrática liberal e multicultural.

3.2. Critério diferenciador entre o permitido e o proibido no campo das drogas: seletividade punitiva

As consequências oriundas das diferentes maneiras como se pode responder às perguntas sobre qual é a função do direito penal e quais as qualidades materiais que deve reunir uma conduta para legitimamente ser considerada crime são múltiplas e podem conduzir a sociedade para futuros distintos e até antagônicos. Retrospectivamente consegue-se confirmar isso, pois os discursos criminológicos (formalmente organizados ou não),

[476] HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo.* Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, pp. 41 e ss.

entendidos como explicações da criminalidade, sempre influenciaram as diferentes políticas criminais, a atuação policial e judicial e a dogmática penal como um todo[477].

A teoria do bem jurídico, como visto na seção anterior, também se constitui em uma tentativa de definir quando estamos diante de uma conduta que pode ser criminalizada legitimamente, pois seus defensores acreditam ter descoberto o principal elemento material de um crime. No entanto, em que pese a boa intenção de tentar impedir a criminalização primária[478] de modos de vida, de grupos étnicos e de condutas meramente imorais ou ideológicas, tal teoria não consegue responder diversas questões fundamentais sem recorrer a um posicionamento criminológico e de política criminal que se sustenta em uma visão ético-valorativa sobre o modelo de Estado desejado e a função do direito penal em certo tipo de sociedade[479]. Um primeiro passo, portanto, consiste em fixar o campo em que o direito penal nunca atuará, partindo da demonstração de sua ilegitimidade em determinadas situações, o que permitirá o correto balizamento da função e finalidade primordiais deste ramo do Direito, assim como sua correta aplicação a partir do que já existe[480].

Assim, adota-se um critério ético-político para a avaliação da legitimidade de utilização do direito penal como um dos instrumentos possíveis, ainda que último, de solução de problemas sociais. Aparentemente, pode-se afirmar com correção que não existe ontologicamente o crime, ou seja, um fato jurídico que mereça, por si só, antes de uma valoração seletiva e de uma construção argumentativa, uma punição especialmente grave e violenta, uma pena. Em que pese Blanco Lozano utilizar sarcasticamente o argumento de que não seria necessário direito penal se "o homem fosse todo bondade, amor e respeito"[481], assiste-lhe razão quando se imagina, para além dessa hipótese impossível, uma pluralidade

---

[477] Para um resumo sobre as diferentes escolas criminológicas ver SANTOS, Juarez Cirino dos. O discurso criminológico. In. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Orgs.). *Direito Penal como crítica da pena:* estudos em homenagem a Juarez Tavarez por seu 70º aniversário em 02 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 119-131.

[478] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia:* o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 256.

[479] Conforme se pode confirmar, por todos, em ROXIN, Claus. *Derecho...* Op. cit., pp. 51 e ss.

[480] Esta posição assemelha-se a de Heinz Zipf (1939-1992), o qual entende ser mais importante a tomada de uma posição a favor de um modelo pluralista de Estado e de sociedade, bem como uma gestão adequada da justiça penal, do que a adoção de um conceito de bem jurídico que poderia pretensamente limitar a função legiferante tipificadora a partir da conceituação material do crime, conforme ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal.* Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1979, *maxime* p. 130 e ss; e ROXIN, Claus. *Derecho...* Op. cit., pp. 67-68.

[481] BLANCO LOZANO, Carlos. *Derecho Penal...* Op. cit., p. 108.

normativa capaz de organizar a sociedade por meio da moral, dos costumes, da religião e por sanções e punições distintas do cárcere[482]. Não se toma como impossível a minimização do direito penal, até com a abolição do cárcere como pena, em sociedades formadas por núcleos menores que possibilitem uma convivência comunitária próxima e com maior facilidade de composição entre envolvidos em conflitos de interesses.

A ideia de inafastabilidade do direito penal clássico já carrega consigo a convicção de que a violência é inerente ao ser humano, mas junto a conformada visão (e mais fácil também) de que todos os problemas sociais têm um patamar último de violência, o que não é necessariamente verdade. Caso os envolvidos em uma situação classificada como criminal pelo direito oficial-positivado satisfaçam-se com uma justiça restaurativa[483], não dando continuidade ao ciclo de violência iniciado pelo "crime", é perfeitamente possível a não intervenção punitiva tradicional de privação da liberdade. Uma teoria como essa exigiria análises extensas sobre crimes sem vítima, de perigo, que tutelam instituições públicas ou interesses difusos, etc. Ademais, seria exigível uma reflexão profunda sobre o fundamento da pena ser a neutralização dos sentimentos de injustiça e de vingança despertados pelo crime, os quais colocariam em risco o agressor e a paz social[484].

Por ora, interessa o princípio da subsidiariedade do direito penal ou da *ultima ratio*[485]. Tal princípio corrobora a inexistência do crime em si mesmo, isto é, um fato jurídico que necessária e exclusivamente precisa ser tratado com uma sanção especialmente grave. Se outras medidas jurídicas conseguirem prevenir adequadamente determinados comportamentos ou conseguirem dar respostas satisfatórias para os envolvidos no caso,

---

[482] Sobre a fundamentação do direito penal e a abolição do cárcere como pena, não do sistema penal, ver DIAS, Augusto Silva. *Crimes*... Op. cit., pp. 168 e ss.

[483] A ideia de justiça restaurativa é significativa na própria perspectiva do que pode ser materialmente crime, isto é uma violação da pessoa e das relações interpessoais, só podendo suas consequências serem minimizadas a partir de uma aproximação dialógica entre vítima, ofensor e sociedade. Ver ZEHR, Howard. *Trocando as lentes:* um novo foco sobre o crime e a Justiça. Trad. Tônia VanAcker. São Paulo: Palas Athena, 2008, *maxime* pp. 174 e ss.

[484] FERRAJOLI, Luigi. *Direito*... Op. cit., pp. 378 e ss.

[485] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho*... Op. cit. p. 71, entende que essas são consequências do princípio da intervenção mínima do direito penal.

trazendo pacificação social e anulando a negação do reconhecimento devido a outrem[486], não existe obrigatoriedade da figura do crime[487] e da pena[488].

A ideia de que existem condutas que violam valores e sentimentos tão importantes para as pessoas e as sociedades que são em todos os lugares e em todos os tempos tratadas pelo direito penal e reprimidas ou punidas com algum tipo de violência pela sociedade ou pelo Estado, além de não se confirmar historicamente[489], apenas prova que ainda não desenvolvemos mecanismos de convencimento das pessoas e formas de resolução de conflitos que abdiquem da violência, mas não comprova a necessidade ontológica da pena ou a predisposição da "natureza humana"[490] para o mal. Ao contrário, em que pese não existirem dados empíricos para sustentar tal afirmação, ainda que também não existam para sustentar a afirmação oposta, a maior parte das pessoas é boa e não fere direitos de outrem, independentemente da existência ou não do direito penal.

Apesar do argumento parecer um pouco ingênuo, existem propostas reais de diminuição, descriminalização, despenalização e humanização do direito penal[491]. Ademais, parte-se de uma concepção realista extrema quando se afirmar que a função primordial do direito penal é de limitar o poder estatal (garantir liberdades): as pessoas que detêm o poder (o rei, o soberano ou o "Estado", de forma abstrata) e suas polícias não precisam do direito penal para regular e organizar a vida em sociedade, para trazer pacificação social cotidiana, para retirar pessoas inconvenientes ou desviantes do convívio social, para prender ou para punir. Para isso, basta o poder de fato, a possibilidade de aplicação da força, e algum reconhecimento jurídico, que advém da própria posse do poder de fato. A pacificação social

---

[486] DIAS, Augusto Silva. *Crimes*... Op. cit., *maxime* p. 171, defende que o fundamento da criminalização dos comportamentos intoleráveis que constituem os *delicta in se* decorre de que "o dano causado a tais bens jurídicos reflecte objetivamente uma negação do reconhecimento devido a outrem".

[487] Neste mesmo sentido e trazendo diversas possibilidades de substituição do direito penal, ver CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 247 e ss.

[488] Observe-se, por exemplo, os casos do *amok* (DIAS, Augusto Silva. *Crimes*... Op. cit., pp. 429 e ss), em que as comunidades encontram argumentos e justificativas, ainda que mágico-místicas, para não punir determinadas condutas, mesmo que graves e dirigidas violentamente contra pessoas, desculpando o agente e mantendo a integridade e a continuidade da vida comunitária.

[489] FERRAJOLI, Luigi. *Direito*... Op. cit., p. 424.

[490] No mesmo sentido, ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 56, pp. 177-192, 2012, p. 179.

[491] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*... Op. cit. pp. 700 e ss.

diária e a proteção dos chamados "bens jurídicos" são alcançadas de forma mais eficiente sem o direito penal e o processo penal[492].

O direito penal liberal, como conhecido hoje, é uma alternativa humana, uma conquista histórica, pois, ao definir os fundamentos necessários e os alcances para se aplicar uma pena a alguém, estabelece os limites de atuação do Estado[493]. Tal conquista, no entanto, como não poderia deixar de ser diante da habilidade humana de se adaptar e utilizar todos os conceitos e invenções ou descobertas a favor de seus interesses particulares ou de seu grupo, também foi apropriada por aqueles que detêm o poder e adaptada ideologicamente para servir a seus desígnios, ajudando-os a manter o próprio poder. Assim, da mesma forma que o direito penal é um instrumento para limitar e obstaculizar a utilização da força por quem detém o poder político e de fato, também é um instrumento utilizado pelos integrantes do grupo hegemônico para garantir seus interesses. A ideia de bem jurídico, como visto, é uma das figuras mais emblemáticas a cumprir essa dupla função.

Com o incremento da sociedade de risco[494], a utilização de discursos de medo e a possibilidade de elaboração de argumentos justificantes da necessidade de proteção penal para qualquer interesse jurídico, o grupo hegemônico encontrou uma forma de utilizar o direito penal para regular boa parte da vida em sociedade e permitir uma grande discricionariedade em sua criação (criminalização primária) e aplicação (criminalização secundária)[495], direcionando, a partir de um instrumento prioritariamente pensado para assegurar liberdades, o modo como determinadas pessoas (grupos) devem pensar, agir e viver; o que é, pretensamente, aceitável, bom ou prejudicial para o homem[496].

A função garantista do direito penal não pode servir de obstáculo para a sua superação, uma vez que a proteção de direitos fundamentais é assegurada por outras práticas normativas, pela força constitucional, com a clara fundamentação dos fins do direito penal e com a criminalização exclusiva daquelas condutas que violem direitos fundamentais individuais,

---

[492] VIANNA, Rafael Ferreira. *Reflexões sobre Segurança Pública:* nada mais do que tudo isso. São Paulo: Plano B Editorial, 2014, pp. 18-21.
[493] Sobre as ideologias penais "pós industrialismo" e a evolução do direito penal até hoje, ver ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho...* Op. cit., *maxime* pp. 202 e ss.
[494] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...* Op. cit., pp. 133 e ss.
[495] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...* Op. cit., pp. 443 e ss.
[496] ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Manual de Derecho...* Op. cit., p. 23.

principalmente quando forem agentes do Estado que se utilizam de uma pretensa força legítima para oprimir.

Especificamente em relação ao tema das drogas, uma questão ainda mais difícil de ser respondida impõe-se à análise crítica do problema: "o que faz com que o comerciante de certas drogas seja criminoso e o de outras membro da Câmara de Comércio?"[497].

Essa pergunta é anterior e discrepante quando comparada com a grande maioria dos crimes, pois mesmo teorias e concepções consensuais da sociedade e etiológicas do crime não conseguem explicar minimamente por que algumas substâncias são classificadas como drogas proibidas, perseguidas pela Polícia e punidas severamente pelos juízes; enquanto outras, mesmo também sendo classificadas farmacologicamente e costumeiramente como drogas[498] e causando transtornos sociais até maiores do que as proibidas, são legalizadas[499], estimuladas e garantem a seus fornecedores grande prestígio social[500].

Geralmente, os argumentos levantados para justificar, de alguma forma, a proibição geral das drogas são: de que, a princípio, causam mal à saúde individual das pessoas, não têm qualquer indicação terapêutica[501], provocam grande impacto na saúde pública ao exigirem tratamentos para toxicodependentes, o uso provoca alterações no sistema nervoso central que

---

[497] CHRISTIE, Nils. *Uma razoável*... Op. cit., p. 15.

[498] Em que pese a amplitude, a polissemia e a ambiguidade do termo "drogas", importa-nos aqui a droga entendida como toda substância química que, quando administrada ou consumida por uma pessoa deliberadamente, modifica o funcionamento normal do cérebro (psicoativas ou psicotrópicas), excetuando-se aquelas substâncias necessárias para a manutenção da saúde normal (uso terapêutico aceito), conforme FIORE, Maurício. *O lugar*... Op. cit., p. 10.

[499] As 03 principais drogas legalizadas no mundo são: o álcool, a nicotina (tabaco) e a cafeína, conforme IVERSEN, Leslie. *Drogas*... Op. cit., p. 83.

[500] Veja o exemplo da Guinness, em Dublin, onde a família responsável pela produção da bebida alcoólica era (mesmo em tempos da "lei seca" nos Estados Unidos), e continua sendo até hoje, um dos grupos mais influentes politicamente e respeitados socialmente da Irlanda. História disponível em: <https://www.guinness.com/en/our-story/>. Acesso em: 07 set. 2016.

[501] O que evidentemente não é verdade, como (ironicamente) se pode constatar a partir da recente autorização da própria FDA (*Food and Drug Administration*) estadunidense, que permitiu, em última fase antes da liberação para prescrição médica geral, o tratamento experimental do transtorno de estresse pós-traumático, principalmente de militares que voltaram de guerras, com MDMA (*ectasy*), uma vez que este psicoativo permite a liberação de hormônios e neurotransmissores que despertam sentimentos de confiança, amor e bem-estar, conforme PHILIPPS, Dave. FDA. agrees to new trials for ectasy as relief for PTSD patients. *The New York Times*, U.S., New York, 29 nov. 2016. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2016/11/29/us/ptsd-mdma-ecstasy.html?_r=1>. Acesso em: 01 dez. 2016.

pode levar a problemas sociais dos mais diversos (acidentes, violência, postura inconveniente), etc[502].

No entanto, deixando de lado, momentaneamente, o argumento apresentado anteriormente sobre o núcleo intocável da autonomia da pessoa, falham essas pseudojustificativas (i) ao não analisarem o uso não problemático de drogas (terapêutico e cultural-religioso, por exemplo); (ii) ao não questionarem o fator de discriminação que leva uma droga (como o álcool, por exemplo) a não ser criminalizada e suas consequências problemáticas serem suportadas pela sociedade diante de outros interesses (cultural, costume, lazer, liberdade); (iii) em considerarem drogas como causas de uma criminalidade geral na sociedade[503]; (iv) ao não ponderarem que podem existir interesses daqueles que usam drogas que também merecem proteção jurídica; (v) por acreditarem que o mundo seria melhor se não existissem drogas que possibilitassem de tempos em tempos, para grande parte das pessoas, uma fuga da realidade e um alento deste mundo. Isso sem considerar, ainda, a ingenuidade da crença de que uma questão complexa e que envolve interesses múltiplos (econômicos, mercadológicos, políticos, filosóficos, religiosos, etc.) pode ser afetada por um "marco regulatório tão simplório, que divide drogas tão diferentes num esquema binário: permitidas e proibidas"[504].

O uso de drogas como fenômeno cultural-sociológico-antropológico comum/habitual é confirmado, por exemplo, pelos estudos do antropólogo brasileiro Gilberto Velho (1945-2012), o qual pesquisou sobre o sentido e a influência do uso de drogas em camadas sociais elevadas do Rio de Janeiro[505]. Partindo do pressuposto de que o que importa para a sociedade (e consequentemente para o Direito) não é a droga em si, mas os seus usos[506], ou seja, em que contexto e com que finalidade ela é utilizada, o antropólogo demonstra com suas

---

[502] FIORE, Maurício. *O lugar...* Op. cit., pp. 10 e ss.
[503] Estudos indicam que existe uma relação processual entre droga e crime (provavelmente decorrente da criminalização das drogas e não delas em si mesmo), mas não uma relação causal (droga gera criminalidade) como geralmente ocorre no imaginário popular e como os meios de comunicação de massa divulgam rotineiramente. Ver AGRA, Cândido da. *Entre Droga e Crime.* 2ª ed. Viseu: Casa das Letras, 2008, pp. 65 e ss.
[504] FIORE, Maurício. *O lugar...* Op. cit., p. 14.
[505] VELHO, Gilberto. *Nobres e Anjos:* um estudo de tóxicos e hierarquia. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.
[506] VELHO, Gilberto; FIORE, Maurício. O consumo de psicoativos como campo de pesquisa e de intervenção política: entrevista concedida por Gilberto Velho a Maurício Fiore. In. LABATE, Beatriz Caiuby et al (Orgs.). *Drogas e cultura:* novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008, pp. 123-139, p. 125.

pesquisas etnográficas como diversas drogas são utilizadas por grupos de intelectuais e artistas[507], sem qualquer efeito negativo para o indivíduo ou para a sociedade[508].

Em cada época e local, há vários sentidos associados ao consumo de diferentes tipos de drogas, destacando-se, por exemplo, durante a década de 1970: um sentido de autoconhecimento para o LSD; de descoberta de outros planos existenciais para a mescalina; e de uma cultura de paz e amor para a maconha[509]. Especificamente em relação à cocaína, seu uso médico foi disseminado e muito pesquisado pelas grandes indústrias farmacêuticas[510], sendo impostas restrições à sua utilização apenas depois de sua relativa popularização[511][512]. Socialmente, em meados da década de 70, a cocaína ainda era considerada sofisticada, um artigo de luxo ("servida em bandejas de prata")[513], não um problema social vinculado a classes mais baixas, marginalizadas e criminalizadas.

É relativamente recente a associação "das drogas" à criminalidade, mesmo não existindo comprovação da relação causal entre droga e crime[514], o que foi estimulado mundialmente pela adoção da política de combate às drogas conhecida como proibicionismo[515], que busca (ilusoriamente) erradicar as drogas do mundo, mas que acaba apenas associando ontologicamente (e erroneamente) ilicitude com lesividade social da droga[516]. A partir disso, os diferentes usos, sentidos e contextos do uso de drogas são esquecidos e os controles sociais dos grupos que compartilham o uso são relegados à indiferença[517], mesmo esses sendo os aspectos mais relevantes para a análise jurídica que concebe o Direito como instrumento normativo e alternativa humana de organização da vida em sociedade. Tudo que passa a importar na análise do fenômeno, com o proibicionismo, é

---

[507] VELHO, Gilberto. *Nobres e Anjos...* Op. cit., *maxime* pp. 67 e ss.
[508] Ibid., pp. 203 e ss.
[509] VELHO, Gilberto; FIORE, Maurício. *O consumo...* Op. cit., pp. 129-130.
[510] Na literatura, as qualidades médico-terapêuticas da cocaína, desde o tratamento da depressão ao da dor de dente, estudadas na virada do Século XIX para o XX, são descritas no romance histórico de ECO, Umberto. *O Cemitério de Praga*. Trad. Jorge Vaz de Carvalho. Lisboa: Gradiva, 2011, pp. 58 e ss.
[511] ESCOHOTADO, Antonio. *Historia...* Op. cit., pp. 329 e ss.
[512] FERREIRA, Pedro Eugênio M.; MARTINI, Rodrigo K. *Cocaína...* Op. cit. p. 98.
[513] VELHO, Gilberto; FIORE, Maurício. *O consumo...* Op. cit., p. 133.
[514] AGRA, Cândido da. *Entre...* Op. cit., pp. 65 e ss.
[515] CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil:* estudo criminológico e dogmático. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83.
[516] FORTE, Francisco Alexandre de Paiva. Racionalidade e legitimidade da política de repressão ao tráfico de drogas: uma provocação necessária. *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, vol. 21, n. 61, pp. 193-208, 2007, p. 194.
[517] VELHO, Gilberto; FIORE, Maurício. *O consumo...* Op. cit., pp. 133 e 136.

sua ilicitude criada pela lei penal, não sendo mais qualificados os diferentes e variados usos e contextos de utilização de substâncias psicoativas.

O uso do *khat*, como visto, é emblemático na questão das drogas em contexto cultural (mais especificamente de diversidade cultural), pois não era visto como um problema criminal na Inglaterra até o ano de 2.014. No entanto, devido a apelos da comunidade internacional/EUA e para atender interesses de grupos de pressão[518] difíceis de serem identificados, de um dia para o outro o uso e comércio do *khat* (uso ancestral e corriqueiro entre comunidades do leste africano) passou a ser algo tão grave que agora possibilita abordagens policiais a quem estiver mascando a folha, aplicação de multas, detenções e aplicação de penas de prisão de até 14 anos[519]. A manchete da notícia da BBC de Londres expressa bem o problema que norteia esta parte da pesquisa: *khat has been made illegal in the UK*[520]. Por que uma planta "foi feita" ilegal? Qual a razão, o critério diferenciador, os interesses que norteiam essa escolha?

As explicações para esta questão são variadas, não sendo o objeto principal desta tese fazer uma investigação ampla sobre as verdadeiras razões da criminalização de algumas substâncias e de outras não[521]. Importa, por ora, a constatação de que, no campo das drogas, ocorre a seletividade penal com parâmetros obscuros e indefinidos (ou apenas para atender interesses de grupos de poder) em mais um estágio do que nos demais crimes. Inicialmente, há a seletividade penal primária ao tipificar a conduta de tráfico e uso de drogas; depois há uma diferenciação arbitrária ao se definir o que é uma droga proibida e quais são lícitas; por fim, há as diversas fases de criminalização secundária, que nos casos de combate às drogas permite grande amplitude de discricionariedade sobre o que reprimir, como reprimir, o que é apenas uso, o que pode caracterizar tráfico, qual a pena adequada e qual a periculosidade de uma ou outra conduta.

---

[518] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...* Op. cit., p. 387.
[519] Ver Seção 1.2.
[520] BBC NEWS. *Stimulant…* Op. cit.
[521] Para uma perspectiva crítica quanto a proibição de determinadas substâncias decorrer de um objetivo de dominação e controle do estrangeiro imigrante, ver LYNCH, Fernando M. La prohibición de las drogas: un caso de colonialidad del poder. *Kula-Antropólogos del Atlántico Sur*, Buenos Aires, n. 06, pp. 48-63, abr. 2012, *maxime* pp. 55 e ss.

Especificamente em relação à criminalização primária, existiria alguma lógica sistêmica, para aqueles que defendem um sistema penal consensual/isento, se os crimes de tráfico de drogas ou de uso de drogas abarcassem tudo aquilo classificado como droga. Exemplo: é crime produzir, fornecer ou utilizar qualquer substância psicoativa que não tenha aplicação médico-terapêutica regulamentada pelo Estado (droga). Neste caso, estariam aí o tabaco, o álcool, a cafeína e todas as demais drogas não terapêuticas existentes no mundo. No entanto, o próprio sistema desmente sua imparcialidade e coerência ao permitir que o complemento da lei penal em branco criminalize algumas substâncias e outras não, mesmo com classificação científica idêntica, isto é, mesmo sendo droga. Se existe uma avaliação e ponderação dos efeitos e dos usos de determinadas substâncias, para serem legalizadas ou proibidas, não há razão para a estigmatização de algumas drogas e nem motivos para uma "*War on Drugs*"[522].

Segundo alguns estudiosos, o fator determinante da escolha da licitude ou não de determinada substância é o interesse econômico de grandes empresas farmacêuticas, ocorrendo atualmente uma verdadeira "inquisição farmacrática"[523]. Soma-se a isso uma ideologia religiosa puritana que domina uma parcela influente da sociedade estadunidense, o que faz com que a comunidade internacional adote uma postura proibicionista e pressione os países a coibirem o uso de drogas pela via da criminalização[524]. No caso do *khat* o que aconteceu foi exatamente isso, pois a Organização Mundial de Saúde, estimulada pelo governo estadunidense e sua cultura de guerra contra as drogas, promoveu uma forte campanha para a criminalização da planta em diversos países, mesmo diante do uso tradicional, cotidiano e normal que é feito no Iêmen[525].

A corrente criminológica "do conflito" leva suas hipóteses nesse mesmo sentido, defendendo que ocorre historicamente uma sistemática criminalização de condutas, via tipificação legal-penal, que colocam em risco os interesses econômicos de grupos detentores

---

[522] FYSCHINGER, José Francisco de. As drogas e a lei brasileira. In. IVERSEN, Leslie. *Drogas.* Trad. Flávia Souto Maior. Porto Alegre: L&PM, 2012, pp. 109-112, p. 109.
[523] Termo utilizado por ESCOHOTADO, Antonio. *Historia...* Op. cit., p. 540; CARNEIRO, Henrique. *A odisseia...* Op. cit. p. 61; OTT, Jonathan. *Pharmacotheon…* Op. cit. p. 18; IRVIN, Jan; RUTAJIT, Andrew. *Astrotheology and Shamanism:* Cristianity's pagan roots. 2ª ed. Crestline: Gnostic Media, 2009, p. 179.
[524] ESCOHOTADO, Antonio. *Historia...* Op. cit., pp. 540 e ss.
[525] RENTELN, Alison Dundes. *The Cultural…* Op. cit. pp. 75-76.

do poder, pouco importando os interesses sociais gerais e os direitos humanos que são afetados, justificando-se retoricamente a criação do crime[526].

Em relação à criminalização secundária das drogas e de seus utilizadores (quem a vende ou quem a consome), também ocorre uma seletividade arbitrária na repressão institucionalizada contra grupos de pessoas ou tipos de drogas determinados. Os critérios que levam a Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário a voltarem seus esforços ou sua análise mais gravosa a determinadas condutas, grupos minoritários ou tipos específicos de drogas são múltiplos, desde informações correntes nos meios de comunicação, percepção social da gravidade de uma droga (como é o caso do crack, no Brasil)[527], até a facilidade de uma apreensão ou operação que pode trazer repercussão midiática e justificar a existência institucional de determinado setor ou órgão (Grupos Especiais de Repressão ao Tráfico de Drogas, por exemplo).

Em que pese a dificuldade de uma pesquisa profunda sobre a subcultural policial, tendo em vista a Polícia manter-se quase como uma sociedade secreta e ser altamente refratária a qualquer ingerência externa; pode-se constatar facilmente que com a criminalização das drogas cria-se uma "reserva de mercado" para a atuação policial-política, pois é sempre possível (devido à grande variedade de drogas, comércio e consumidores) organizar e desencadear uma operação de grande repercussão midiática para reprimir o comércio e uso de drogas. Em uma sociedade assustada com a criminalidade e a desordem urbana em geral, isso comumente gera grande repercussão "midiática positiva", acalma a sociedade e agrada aos governantes[528].

No caso pesquisado, a não regulação e a clandestinidade em que grupos religiosos *ayahuasqueiros* brasileiros encontram-se em Portugal permitem facilmente uma atuação

---

[526] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...* Op. cit., *maxime* pp. 257 e 410; BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal:* introducción a la sociología jurídico-penal. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004, *maxime* pp. 80 e ss.

[527] Até mesmo aqueles que defendem a legalização das drogas e a liberdade de escolha do indivíduo de maneira geral têm medo da ideia que se construiu do crack, conforme se pode verificar em VELHO, Gilberto; FIORE, Maurício. *O consumo...* Op. cit., pp. 134.

[528] Hoje, no discurso do medo, as drogas cumprem papel semelhante ao dos anarquistas do final do Século XIX. O problema surge quando se percebe que todos os membros do "Conselho Central Anarquista" são policiais, conforme reflexão trazida no romance de CHESTERTON, Gilbert Keith. *O homem que era quinta-feira*: um pesadelo. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 2010.

policial midiática e violadora de direitos humanos essenciais, ainda que formalmente legal. Um exemplo hipotético, mas não impossível de acontecer, já que as motivações humanas são variadas e nem sempre as consequências ou a justiça medidas, é o seguinte: um policial ou procurador que precise mostrar seu bom serviço para assegurar um cargo de chefia ou a não transferência para outro setor resolve promover uma operação de combate às drogas oferecidas sem qualquer controle estatal em supostos cultos religiosos, os quais, inclusive, já não foram reconhecidos pela Comissão da Liberdade Religiosa portuguesa.

Ao fazer uma operação dessa natureza, o policial com certeza obterá a atenção da mídia, fará a apreensão de diversos litros de uma substâncias considerada uma droga ilegal em Portugal e conseguirá prender em flagrante diversas pessoas por tráfico de drogas, podendo conseguir o reconhecimento de seus superiores para não ser removido de sua atual função. Da mesma forma, os ocupantes de cargos políticos poderiam manifestar toda a sua preocupação com situações como essas, as quais colocam em perigo a sociedade, as crianças e o futuro da nação.

Obviamente, depois haverá a defesa dos religiosos, a análise do direito fundamental da liberdade religiosa e o julgamento mais atento do assunto, mas os estragos causados pela criminalização já foram ocasionados e serão irreversíveis para aquelas pessoas e para a visão do grande público desinformado que apenas lerá nas manchetes dos jornais "Polícia apreende muita droga e prende dezenas de pessoas em ritual alucinógeno".

Os fatores que condicionam, no mundo real, a criminalização realizada pela Polícia são variados e ainda sub estudados, mas muitas vezes alguém ser preso, enquanto outro que pratica a mesma conduta permanece solto, passa simplesmente pela comodidade de efetuar uma prisão diante de um crime denunciado e facilmente provado. Inclinações pessoais, humor do policial, pressão política e crença pessoal dos chefes de polícia também contribuem para a grande discricionariedade de fato que existe no trabalho policial[529]. A existência do direito penal para as drogas depende exclusivamente para qual lado o policial olhará, pois

[529] Sobre a teoria da discricionariedade do trabalho policial, ver DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*... Op. cit., pp. 454 e ss.

haverá sempre um crime mais grave para ser investigado ou outra droga mais danosa para ser reprimida[530].

Além disso, o que é um grande problema penal atual, existe grande variação conceitual – ainda mais diante da diversidade cultural, que traz diferentes perspectivas, valores e interesses a serem ponderados – sobre o que é droga, o que pode ser considerado uso abusivo ou problemático, tráfico ou consumo e fornecimento legal ou ilícito. A criminalização de condutas arraigadas e disseminadas em comunidades imigrantes, nesses casos, é uma situação extremamente delicada, pois se soma às diferenças de perspectiva o fato de, muitas vezes, os imigrantes desconhecerem seus direitos no novo país, os limites da atuação policial e encontrarem-se em uma condição de vulnerabilidade[531].

No campo das drogas e da diversidade cultural, pode-se visualizar claramente os chamados "empreendedores morais" ou "novos cruzados morais"[532], pois a criminalização nesses casos não ocorre em razão do dano causado a algum interesse jurídico ou da ocorrência de algum dano social direto, mas parece sintetizar os medos do crime de forma abstrata[533], do que a mente humana pode produzir e do desconhecido que o atual mundo complexo-multicultural impõe a todos, ainda mais diante da falta de alternativas que impera ordinariamente[534].

De qualquer forma, cabe estudar quais são os fundamentos declarados que mantêm a política criminal de combate às drogas, ainda que a razão encoberta pareça ser o incremento dos ganhos financeiros de quem investe em tal negócio[535][536], uma vez que qualquer comércio

---

[530] Em que pese Portugal ter estabelecido objetivamente a quantidade de droga que diferencia o uso e o tráfico (sobre o tema ver VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Consumo de Drogas:* reflexões sobre o quadro legal. 4ª ed. rev. aum. e act. Coimbra: Almedina, 2014, *maxime* pp. 102 e ss), mantém-se na prática grande discricionariedade do policial sobre como abordar, quem abordar, como investigar e como enquadrar determinada conduta relacionada à droga; como no Brasil ou em qualquer lugar do mundo.
[531] RENTELN, Alison Dundes. *The Cultural…* Op. cit. pp. 73-74.
[532] BECKER, Howard. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, pp. 153 e ss.
[533] CHRISTIE, Nils; OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de et al. Conversa com um abolicionista minimalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 06, vol. 21, pp. 13-22, 2008.
[534] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por que...* Op. cit. pp. 211 e ss.
[535] "No hay duda de que es el negocio – económico y político – más esplendido de los últimos años", OLMO, Rosa del. *La cara...* Op. cit., p. 01.
[536] VIANNA, Rafael Ferreira. *Diálogos sobre Segurança Pública:* o fim do estado civilizado. Curitiba: Íthala, 2011, pp. 43 e ss.

ilegal permite "o aumento exponencial dos preços, decorrente do risco que incide sobre a oferta"[537].

3.3. Discursos declarados dos modelos político-criminais de combate às drogas

Não existindo um critério objetivo para se determinar o que é (e continuará sendo ou passará a ser) uma droga ilícita, estabelece-se e mantém-se a seletividade penal quanto à produção, ao fornecimento e ao consumo de determinada substância a partir do discurso que é criado em torno dela e do suposto "mal" (em sentido amplo) que pode ocasionar[538].

Os discursos proibicionistas podem ser reunidos, a partir da motivação/interesse de sua construção, em dois grandes grupos: a) aqueles que desejam manter a ilicitude das drogas para obterem lucros maiores com o mercado ilegal criado; b) aqueles construídos por pessoas de boa fé e boa vontade, mas que elaboram seus discursos sem uma reflexão mais detida e crítica, reproduzindo incoerências e modelos ineficazes.

O primeiro grupo busca criar mercados ilegais de qualquer coisa, como é o caso dos alimentos na Venezuela[539], para aumentar seus lucros e criar um "inimigo" a quem possa atribuir a responsabilidade pelos erros nas políticas públicas, na organização social e na missão estatal de assegurar as necessidades básicas dos seres humanos. Esse grupo apoia-se em qualquer discurso para atingir seus objetivos, importando tão somente aquilo que é mais facilmente difundido pelos meios de comunicação de massa e aceito pela sociedade.

O segundo grupo, por outro lado, formado por pessoas de diversos setores da sociedade, busca compreender as pessoas e seus anseios, construindo seus discursos com o objetivo de aperfeiçoar a organização da sociedade e proteger o ser humano. No entanto, esquecem que não se pode proteger o ser humano de si mesmo e que ao tentar fazê-lo desrespeitam a dignidade individual, representada pelo "poder de escolher". Com uma visão monocromática (e por isso equivocada) de tentar salvar o ser humano dos riscos da vida e dos males

---

[537] DIAS, Jorge de Figueiredo. Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas. In. SIMÕES, Jorge (Coord.). *Droga:* situação e novas estratégias. Lisboa: INCM, 1998, pp. 95-113, p. 95.
[538] OLMO, Rosa del. *La cara*... Op. cit., p. 03-04.
[539] MEZA, Alfredo. Exército assume o controle da distribuição de alimentos na Venezuela. *El País Internacional*, Caracas, 12 set. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/09/10/internacional/1473535994_197244.html>. Acesso em: 12 set. 2016.

provocados pelo vício (qualquer que seja), esses discursos reproduzem convicções prévias de forma descontextualizada, com valores universais, atemporais e a-históricos[540]. A busca por explicações acabadas do mundo (complexo e em constante mudança)[541] e o anseio por certezas sobre o futuro e os resultados de escolhas sociais criam um campo fértil para profetas espalharem suas verdades incontestáveis e para pessoas boas aderirem a discursos fechados, dóceis e úteis, ainda que irreais e prejudiciais[542].

No campo das drogas, parece ter sido o discurso de "*War on Drugs*" que possibilitou a guinada decisiva na maneira como o fenômeno é tratado, uma vez que, com a identificação desse "inimigo", as pessoas encontram explicações para a violência no mundo, para todos os problemas da sociedade e o porquê seus entes queridos cometem crimes e atos cruéis[543]. A ideia das drogas permite que exista algo contra o que lutar e faz com que as agruras do mundo e das pessoas encontrem alguma explicação plausível e palpável. As drogas não deixam de ser, nesta perspectiva, tanto para quem as usa quanto para quem as demoniza, uma forma de superar a "náusea" de uma vida que precisa eternamente projetar-se e criar sentido, ou seja, em outras palavras, uma maneira (simplista, é verdade) de responder à imensa angústia advinda da constatação de que a existência humana precede sua essência[544].

Desta forma, os discursos que sustentam os dois grupos, em que pesem possuírem interesses e objetivos reais distintos, são os mesmos, podendo ser divididos em 04 planos[545], complementares e não excludentes entre si, de acordo com o aspecto que ganha maior destaque quanto à suposta razão ou fundamento para se proibir as drogas e buscar sua erradicação completa, sendo eles: médico-sanitário, de defesa social ou de segurança pública, de segurança nacional ou geopolítico e de não banalização ou moralista[546].

---

[540] OLMO, Rosa del. *La cara...* Op. cit., pp. 09-10.
[541] Sobre a superação do antagonismo que nega a diferença em busca de uma unidade simples e da ocultação da unidade por só se ver a diferença, ver MORIN, Edgar. *Introdução...* Op. cit., *maxime* pp. 17 e ss.
[542] Neste sentido, RODRIGUES, Thiago. *Tráfico...* Op. cit., p. 97.
[543] VIANNA, Rafael Ferreira. *Diálogos...* Op. cit., pp. 67 e ss.
[544] Conforme reflexão existencialista trazida, a partir do diário de Antonie Roquentin, por SATRE, Jean-Paul. *A Náusea.* Trad. Rita Braga. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.
[545] ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; DIETER, Vitor Stegemann. *Política criminal...* Op. cit., p. 01.
[546] RODRIGUES, Thiago. *Tráfico...* Op. cit., pp. 99-100, acrescenta ainda um quinto plano (o da segurança internacional), o qual consistiria em combater o tráfico de drogas em razão da suposta ameaça que organizações criminosas internacionais de tráfico de drogas representam à "ordem mundial".

3.3.1. Modelo médico-sanitário

Esse modelo surgiu em meados do Século XIX, quando interessava à parcela da sociedade que detinha o poder econômico e político que a classe média baixa mantivesse condições adequadas para o trabalho e a geração da mais-valia[547]. O exemplo do ópio é significativo nesse sentido, pois era comercializado legalmente[548] até o advento da Revolução Industrial, quando seus efeitos inebriantes passaram a prejudicar a disposição e a capacidade física dos empregados das fábricas para trabalhar e gerar riqueza[549]. Em que pese o interesse real ser econômico, o discurso que ganhou força a partir desse momento histórico foi o médico, iniciando a ideia generalizante de que algumas substâncias são fármacos de uso médico-terapêutico e outras são drogas que fazem sempre mal à saúde individual e, consequentemente, da coletividade, devendo, por isso, ser proibidas[550].

A ideia da droga como um mal à saúde surge com a verificação fática de casos de abuso de drogas e de dependência físico-química e psicológica[551], ainda que diversos fármacos (drogas legais de uso médico-terapêutico)[552] também fossem (como são) consumidos abusivamente, causando dependência. Revela-se, desde o início, o discurso arbitrário, pretensamente universal e que não distingue os tipos de drogas, seus usos e contextos[553]. Se de fato existem abusos, dependência/vício e graus diferentes de toxidade das drogas, isso não leva inevitavelmente à necessidade de tutela penal da saúde individual e pública. Ao contrário, ao se defender que as drogas causam mal à saúde, sua regulação e controle deveriam permanecer eminentemente no campo administrativo da saúde pública, como ocorre com os fármacos, tidos como drogas lícitas.

O discurso sobre certas drogas como um mal à saúde que precisava ser controlado por meio da criminalização de certas condutas acompanhou o grande desenvolvimento da

---

[547] ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada:* quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 79.
[548] RODRIGUES, Thiago. *Tráfico...* Op. cit., pp. 91-92.
[549] ZACCONE, Orlando. *Acionistas...* Op. cit., p. 77.
[550] FORTE, Francisco Alexandre de Paiva. *Racionalidade...* Op. cit., p. 195.
[551] IVERSEN, Leslie. *Drogas...* Op. cit., p. 82-83.
[552] VARGAS, Eduardo Viana. Fármacos e outros objetos sócio-técnicos: notas para uma genealogia das drogas. In. LABATE, Beatriz Caiuby et al (Orgs.). *Drogas e cultura:* novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008, pp. 41-64, p. 54.
[553] BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 59.

indústria farmacêutica no Século XX, principalmente com a descoberta de tipos diferentes de anestésicos, o registro de patentes e a realização de interesses econômicos disfarçados em protetivos da saúde em geral. "Há cerca de um século praticamente nenhuma droga, de uso medicamentoso ou não, era objeto de controle, quanto mais sujeita à criminalização"[554].

Este modelo também se preocupou em desconstruir qualquer saber terapêutico que não fosse médico-farmacêutico-científico, passível de ser transformado em remédio (sintetizado), registrado comercialmente e utilizado para gerar lucro. Saberes ancestrais tradicionais de curas e o uso de ervas e plantas medicinais foram desprezados e não pesquisados quando não passíveis de serem patenteados, como é o caso da *ayahuasca*.

Atualmente, como já visto, a maioria das legislações penais e das decisões judiciais entendem que o principal "bem jurídico" tutelado com os crimes relacionados às drogas é o da saúde pública, ganhando força um discurso de modelo sanistarista em relação ao consumidor-usuário e mantendo-se um modelo repressivo penal contra o traficante, uma vez que ele faria um mal à saúde do usuário-vítima e da saúde pública em geral[555].

3.3.2. Modelo de segurança nacional ou geopolítico

Com o advento da Guerra Fria, os Estados Unidos relacionaram o uso de drogas com a ideia de um inimigo externo[556], aproveitando o discurso de combate às drogas em sua política internacional contra o comunismo e, posteriormente, contra o terrorismo. Tal discurso criou a ideia de ameaças antiamericanas[557], seja com a existência de narco-traficantes que também são guerrilheiros comunistas ou de um suposto financiamento do terrorismo pelo tráfico de drogas, o que é altamente improvável em razão da lógica capitalista de mercado utilizada nesse comércio.

A política internacional estimulada pelos Estados Unidos e encabeçada pela ONU traduz-se inteiramente na *Convenção Internacional Contra o Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas e Substâncias Psicotrópicas de 1988*[558], com a qual conclama-se todos os países

---

[554] VARGAS, Eduardo Viana. *Fármacos*... Op. cit., p. 54.
[555] Sobre o tema, ver ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; DIETER, Vitor Stegemann. *Política criminal*... Op. cit., pp. 04 e ss.
[556] Ibid. idem.
[557] ESCOHOTADO, Antonio. *Historia*... Op. cit., pp. 466 e ss.
[558] UNITED NATIONS. *United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*. Viena, 20 dez. 1988. Disponível em:

a lutarem criminalmente contra o comércio ilícito de entorpecentes e de seus precursores químicos, bem como contra o poderio econômico de grupos de traficantes internacionais, com a previsão de ações de repressão à lavagem de dinheiro/branqueamento de capitais oriundos dessa atividade ilegal[559].

A maioria das ditaduras sul-americanas que se seguiram ao fim da Segunda Grande Guerra também se aproveitou do discurso de combate às drogas para deixar viva a ameaça de um inimigo externo, traduzido em narco-guerrilheiros, e para trazer mais "fundamentos" para a manutenção de um governo militar forte e para justificar abusos policiais e fiscalizações em diversas esferas sociais[560].

Com o crescente fluxo migratório mundial, países norte-americanos e europeus, máxime os Estados Unidos, novamente, também passaram a vincular determinados tipos de drogas a grupos estrangeiros, reforçando o discurso de que as drogas vinham de fora para degenerar jovens nacionais[561]. Unem-se perfeitamente os discursos farmacológicos e geopolíticos de defesa nacional, assegurando os interesses econômicos e políticos do chamado grupo hegemônico.

3.3.3. Modelo de defesa social ou de segurança pública

Com a desordem urbana e o aumento da criminalidade nas grandes metrópoles, o que aconteceu majoritariamente a partir da década de 1980, muitos discursos explicativos dos fenômenos sociais também se apoiaram nas drogas[562], imputando-lhes a responsabilidade pela criminalidade urbana e a desordem ou dificuldade de se gerir um mundo complexo e em expansão.

Assim, as drogas transformaram-se em inimigo externo e interno ao mesmo tempo, deixando um discurso político não proibicionista quase impossível do ponto de vista

---

<http://www.incb.org/documents/PRECURSORS/1988_CONVENTION/1988Convention_E.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016.

559 Ironicamente, todos os argumentos estadunidenses utilizados contra as drogas precisarão ser repensados diante dos recentes referendos/plebiscitos, ocorridos com as eleições presidenciais (nov. 2016), sobre a liberação do uso recreativo da maconha, conforme EBC. Legalização da maconha muda fluxo do tráfico entre EUA e México. *Empresa Brasil de Comunicação,* Internacional, Cidade do México, 29 nov. 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2016-11/legalizacao-da-maconha-muda-fluxo-do-trafico-entre-eua-e-mexico>. Acesso em 01 dez. 2016.

560 ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. *O fenômeno...* Op. cit., p. 183.

561 ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; DIETER, Vitor Stegemann. *Política criminal...* Op. cit., p. 04.

562 ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. *O fenômeno...* Op. cit., pp. 181 e ss.

eleitoral[563]. Soma-se a isso um discurso farmacológico do mal que drogas ilícitas, diferentemente dos fármacos, podem causar à saúde e do grande perigo que qualquer forma de uso leva em si mesmo.

Modelos explicativos causais da criminalidade também surgem e embasam uma visão ontológica do crime e uma expansão do direito penal, permitindo que toda uma política de crimes de mera conduta e de perigo abstrato ganhem espaço na dogmática penal e nos ordenamentos jurídico-penais estatais, instituindo um sistema autorreferencial que se cria e reproduz-se desvinculado da realidade e de uma racionalidade crítica[564].

Com a vinculação direta da droga e do tráfico à violência e à criminalidade urbana de uma forma geral, cria-se um terreno propício para a construção de teorias e discursos alarmistas sobre a necessidade de manter-se a lei e a ordem e evitar-se a desintegração social e o caos iminente, recorrendo-se, primordialmente, à criação de novos crimes. O modelo funcionalista de Jakobs é perfeito para responder à necessidade de certeza e ordem da maioria das pessoas diante da complexidade atual de um mundo multicultural. Nesse modelo, que busca a todo custo certeza e segurança jurídica, a aplicação da pena pode ser justificada pelo mero descumprimento de uma norma estatal. Como em um passe de mágica, todas as coisas do mundo são recolocadas em seu devido lugar pela aplicação da pena e reafirmação da eficácia da norma e do Direito. Assim, mesmo em um mundo com diversos desafios, as pessoas encontram conforto em saber que existe um inimigo claramente identificado e os políticos encontram justificativas para toda desordem, todo mal e todos os erros[565].

Mesmo aqueles que não são políticos encontram algum conforto com a demonização das drogas, pois com elas pode-se explicar mais facilmente e comodamente por que "filhos" matam, roubam, estupram. Com a existência das drogas, não é preciso refletir sobre a

---

[563] BATISTA, Nilo. *Punidos*...Op. cit., p. 59.
[564] BARATTA, Alessandro. Introducción a la criminologia de la droga. In. ELBERT, Carlos Alberto (Comp.). *Criminología y Sistema Penal:* compilación in memoriam. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004, pp. 112-138, p. 112.
[565] Cabe observar neste aspecto a postura desmedida e absurda do presidente das Filipinas, Rodrigo Duterte, o qual se elegeu com o discurso de que promoveria uma limpeza social no país e vem estimulando as forças de segurança pública a exterminarem/matarem usuários de drogas e traficantes, conforme PINTO, Ana Estela de Sousa. Licença para Matar: drogas, sangue e aplausos nas noites violentas das Filipinas, uma das economias que mais crescem no mundo. *Folha de São Paulo*, Guerra às drogas, São Paulo, 12 dez. 2016. Disponível em: <http://temas.folha.uol.com.br/licenca-para-matar/guerra-as-drogas/noite-apos-noite-37-novos-mortos-aparecem-nas-cidades-filipinas.shtml?cmpid=newstvfolha>. Acesso em: 19 dez. 2016.

maldade humana, a criminalidade e pode-se, simplesmente, culpá-las por todos os males e desordens que ocorrem no mundo[566]. Em segurança pública, como tudo parece não funcionar, é mais fácil culpar as drogas e não pensar de forma complexa em soluções parciais, temporárias e possíveis[567].

3.3.4. Modelo de não banalização, moralista e de controle social

A partir do final da década de 1990 e início deste século, a criação do estereotipo do traficante perigoso e gerador da criminalidade futura é estimulada pela mídia e pelos grupos que detêm o poder, pois tal discurso permite um maior controle social[568] e a pronta resposta policial a problemas sociais que não têm solução imediata, alguns sequer têm soluções conhecidas ou pensadas teoricamente. Assim, o problema das drogas é um verdadeiro "coringa" (uma carta na manga) a ser utilizado por governantes e políticos em geral para justificar fracassos e criar soluções[569].

Soma-se a isso um discurso moralista e puritano de determinados grupos religiosos, principalmente cristão protestantes/calvinistas/evangélicos estadunidenses[570], os quais pregam, desde o início do Século XX, a abstinência de qualquer substâncias que provoque alteração da consciência (e a suposta imoralidade advinda com isso), conseguindo inclusive a proibição de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos (Lei Seca, em 1919/1920)[571]. Os preconceitos religiosos e uma pretensa moral crescente daqueles que não utilizam psicoativos proibidos/ilícitos permitem a formação de uma ideia de superioridade perante aqueles que utilizam drogas, os quais passam a ser vistos como degenerados, fracos, desordeiros ou doentes, entre outras visões preconceituosas e generalizantes.

---

566 "Logo, culpa-se a droga pela tragédia familiar, pela violência, e não a forma como a droga é distribuída e a forma como a sociedade não encara – porque foge – o abuso de drogas, cuja gênese está na compulsão consumista", FORTE, Francisco Alexandre de Paiva. *Racionalidade...* Op. cit., p. 194.

567 Como as apresentadas em VIANNA, Rafael Ferreira. Entender para prevenir: as três grandes áreas da segurança pública. In. VIANNA, Rafael Ferreira. *Sobre Crime, Processo, Pena e Desculpa:* ensaios reunidos. Curitiba: Blanche, 2013, pp. 185-204.

568 SANTOS, Juarez Cirino dos. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. In. COUTINHO, Aldacy et al (Orgs.). *Liber Amicorum:* homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra, 2009, pp. 541-555, p. 551.

569 HASSEMER, Winfried. Descriminalização dos crimes de drogas. In. HASSEMER, Winfried. *Direito Penal:* fundamentos, estrutura, política. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, pp. 326-327.

570 RODRIGUES, Thiago. *Tráfico...* Op. cit., p. 93.

571 ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; DIETER, Vitor Stegemann. *Política criminal...* Op. cit., p. 06.

É interessante para um estudo multicultural a relação que existe entre a desvalorização de determinadas drogas e sua vinculação a grupos imigrantes específicos, sendo a maconha uma droga de mexicanos, o ópio de chineses, o álcool de irlandeses e a cocaína de negros em geral[572]. Discursos etnocêntricos, racistas e preconceituosos unem-se ao discurso das drogas e do mal que intrinsicamente lhe é associado. Ademais, com a criminalização de uma substância consumida tradicionalmente em determinados grupos, pode-se facilmente demonstrar como eles não respeitam a moral e as normas da sociedade de acolhimento e que, portanto, não podem ser aceitos, devendo, mais do que isso, ser expurgados do país[573].

Imaginam os defensores desse discurso que permitir o uso de drogas por determinados grupos ou em determinados contextos pode relativizar o certo e o errado, a moral dominante na sociedade e banalizar o próprio Direito e a ordem interna de um país, não podendo ser admitido tal risco de descontrole e desordem social. O medo do diferente e do desconhecido floresce em tais discursos moralistas, não existindo muitas vezes uma aversão racista ou etnocêntrica conscientemente dirigida.

Ao invés de aceitar o diferente como uma nova e possível perspectiva, relativizar conceitos morais e medos arraigados, ponderar que qualquer posicionamento inflexível é prejudicial em um mundo enorme, plural e ricamente construído pelas culturas e pelas pessoas; discursos moralistas acreditam que já detêm um *ethos* ideal e acabado, devendo, portanto, os "outros" serem motivados, "socializados" e controlados[574] (inclusive, ou até principalmente, com a utilização do direito penal) de acordo com seus preceitos "corretos e superiores".

Atendendo a interesses de diversas ordens – a) econômicos "lícitos", de manter a mão de obra geradora de mais valia em condições de trabalhar e de permitir que a indústria farmacêutica lucre com patentes exclusivas de drogas legais; b) econômicos ilícitos, de proporcionar mais lucro para os investidores do mercado ilegal das drogas; c) políticos, ao permitir discursos que identificam a causa de todos os males sociais e permitem declarações contra um inimigo a ser combatido; d) explicativos-justificantes, ao permitir que a desordem

---

[572] ESCOHOTADO, Antonio. *Historia...* Op. cit., p. 494.
[573] RODRIGUES, Thiago. *Tráfico...* Op. cit., pp. 95-96.
[574] GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 18, n. 83, pp. 185-236, mar./abr. 2010, pp. 189 e ss.

urbana seja explicada devido às drogas e não a políticas ineficientes, injustas e excludentes; e) reconfortantes, uma vez que a droga explica a maldade humana extrema e uma parte da falta de sentido da vida; f) morais-religiosos, ao permitir que se identifique o mal corporificado na Terra e, ainda, diferencie-se os puros dos impuros – os discursos construídos sobre as drogas entrelaçam-se e reproduzem-se, gerando um sistema autopoiético que precisa ser pensado criticamente quanto a seus alicerces e às consequências que produz.

3.4. Aspectos criminológicos e falsas premissas dos modelos repressivos

Em que pese a ilegitimidade dos modelos acima apresentados em uma organização social que tenha a dignidade do ser humano como um fim em si mesmo e que traduza e concretize essa dignidade na liberdade de cada pessoa escolher a melhor maneira de viver e de desenvolver sua personalidade, cabe verificar – ultrapassando, com o intuito de ampliar a reflexão, de forma arbitrária a questão dos pressupostos e da legitimidade da criminalização das drogas – se ao menos a política criminal de combate as drogas alcança no mundo real os objetivos que almeja a partir de suas premissas. Em outras palavras, cabe verificar se tal política funciona, ou seja, é efetiva, eficaz e eficiente[575] (transforma a vida social ao atingir as finalidades a que se propõe, a partir de um custo razoável)[576], mesmo partindo de pressupostos inadmissíveis em um Estado plural e libertário como o que se imagina e se deseja.

Salo de Carvalho, ao tratar das "feridas narcísicas do direito penal"[577], argumenta que é meramente retórico o discurso de que existe uma repressão homogênea da criminalidade capaz de, idoneamente, fazer qualquer controle social, criticando que os penalistas que desenvolvem a dogmática penal sofrem de um "delírio de grandeza messiânico de responsabilizar-se pela proteção dos valores mais importantes à Humanidade"[578]. A ideia de

---

[575] MARINHO, Alexandre; FAÇANHA, Luís Otávio. *Programas Sociais:* efetividade, eficiência e eficácia como dimensões operacionais da avaliação. Rio de Janeiro: IPEA, 2001, p. 02.
[576] SANO, Hironobu; MONTENEGRO FILHO, Mário Jorge França. As técnicas de avaliação da eficiência, eficácia e efetividade na gestão pública e sua relevância para o desenvolvimento social e das ações públicas. *Revista Desenvolvimento em Questão,* Ijuí, ano 11, n. 22, pp. 35-61, jan./abr. 2013, pp. 39-40.
[577] CARVALHO, Salo de. *Antimanual...* Op. cit., pp. 173 e ss.
[578] Ibid., p. 199.

que o direito penal é um sistema coerente e capaz de regular de forma salutar a vida em sociedade não guarda plena correspondência com a realidade.

Sequer uma ideia de prevenção geral exercida pela norma penal em abstrato e pela penalização severa de condutas relacionadas com drogas (produção, transporte, comércio, uso) é alcançada com a política de combate às drogas, pois essa idealizada eficácia preventiva só é possível a partir "das representações colectivas sobre as probabilidades e o grau da sua aplicação efectiva"[579], o que não acontece com as drogas.

Segundo o *Relatório Mundial sobre Drogas de 2016* (*World Drug Report 2016*) da UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*)[580], cerca de 250 milhões de pessoas (5% da população adulta mundial ou 1 em cada 20 adultos) usaram algum tipo de droga no ano de 2014 (ao qual se refere o relatório), mantendo-se estável esse percentual nos últimos 04 anos. A quantidade de pessoas que apresentam algum tipo de transtorno ou desordem devido às drogas (uso problemático) cresceu pela primeira vez na década, chegando a aproximadamente 29 milhões de pessoas. Da mesma forma, o uso de heroína teve um aumento significativo em algumas regiões naquele ano, o que não ocorria há algum tempo. As mortes relacionadas às drogas, segundo o relatório da ONU, chegaram a aproximadamente 207 mil em 2014, também se mantendo estáveis em todo o mundo.

O *Relatório Europeu sobre Drogas 2016*, elaborado pelo Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência[581], estima que aproximadamente 2 milhões de jovens adultos europeus (entre 15 e 34 anos) consumiram ecstasy (MDMA) em 2015, o que significa dizer que ocorreu um aumento do consumo em relação aos últimos anos; mas também que mais de 98% das pessoas nesta faixa etária não consumiram esse tipo de droga.

O consumo de cocaína e de maconha mantêm-se relativamente estáveis na Europa, com 2,5 milhões de jovens adultos consumindo cocaína, em 2015, e 16 milhões consumindo maconha. Estima-se que 1% da população europeia adulta consuma maconha todos os dias

---

[579] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*... Op. cit., pp. 409-410.
[580] UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). *World Drug Report 2016.* New York: United Nations, 2016. Disponível em: <http://www.unodc.org/doc/wdr2016/WORLD_DRUG_REPORT_2016_web.pdf>. Acesso em: 13 set. 2016.
[581] UNIÃO EUROPEIA. Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência. *Relatório Europeu sobre Drogas 2016:* tendências e evoluções. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2016. Disponível em: <http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/2637/TDAT16001PTN.pdf>. Acesso em: 13 set. 2016.

ou quase todos os dias, mesmo diante das 838 toneladas de maconha (*cannabis* resina e herbácea) apreendidas em apenas 01 ano na Europa[582].

As preocupações trazidas no relatório ganham sempre um tom alarmante, como para justificar a política de drogas por si só, mas não abordam com profundidade como tal política, nos moldes atuais, pode colaborar para a solução dos consumos problemáticos de psicoativos. A preocupação em relação ao comércio virtual de drogas sintéticas, como, por exemplo, canabinoides sintéticos, também é trazida, mas apenas para alimentar uma política que já se arrasta há meio século sem qualquer impacto social positivo. As mortes ocorridas em razão de opiáceos aumentaram na Europa em 2014 (6.800 pessoas), segundo o relatório, revelando que a política de repressão não alcança nenhum dos efeitos esperados, seja na diminuição do consumo, na redução dos lucros do comércio ou no atendimento aos toxicodependentes.

Em Portugal, o *Relatório Anual de Segurança Interna 2015*[583] é uma imagem clara da política autorreferenciada e desconexa que se traduz na criminalização das drogas. Reafirmando a ilusória e cômoda culpa de outros países no problema das drogas em seu território[584], principalmente devido a "existência de especiais relações com alguns países da América Latina, como é o caso do Brasil"[585], o relatório demonstra que o consumo vem aumentando proporcionalmente ao incremento da repressão policial, da quantidade de droga apreendida e do número de prisões efetuadas.

Apenas em 2015, cinco mil quinhentas e sessenta e seis (5.566) pessoas foram presas por tráfico de estupefacientes em Portugal, ocorrendo um aumento de 27,63% nas prisões em comparação ao ano de 2014. Em que pese o Brasil ser apontado como um dos responsáveis pelo problema do tráfico de drogas em Portugal, das quase 6 mil pessoas presas, apenas 811 eram estrangeiras, o que evidencia que o discurso das drogas é aprioristicamente irracional e desvinculado da realidade. O aumento das prisões e apreensões de drogas reafirmam o

---

[582] Ibid., p. 19.
[583] PORTUGAL. *Relatório Anual de Segurança Interna 2015*. Lisboa, Sistema de Segurança Interna – Gabinete do Secretário-Geral, 2015. Disponível em: <http://www.ansr.pt/InstrumentosDeGestao/Documents/Relat%C3%B3rio%20Anual%20de%20Seguran%C3%A7a%20Interna%20(RASI)/RASI%202015.pdf>. Acesso em: 13 set. 2016.
[584] Como já constatado e criticado no caso estadunidense, que tenta resolver seus problemas de consumo interno culpando outros países e sem se preocupar com qualquer consequência externa, conforme AMBOS, Kai. Razones del fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 11, n. 41, pp. 27-50, jan./mar. 2003.
[585] PORTUGAL. *Relatório Anual*... Op. cit., p. 62.

fracasso de tal política criminal, pois não geram qualquer efeito na diminuição de condutas relacionadas a esse crime e muito menos na redução da "disponibilidade das drogas ilícitas e das novas substâncias psicoativas no mercado"[586].

O relatório da ONU sobre drogas de 2016 traz em seu prefácio que "*the evidence is clear*" (a evidência é clara): a erradicação da produção e comércio de droga só é possível com o desenvolvimento integrado de políticas públicas no campo econômico, ambiental, social e jurídico[587]. A referência à erradicação desconsidera a realidade de um projeto implementado há mais de 50 anos e que até hoje busca alcançar alguma vitória, mantendo-se uma constância no consumo de drogas em geral e no uso problemático em particular. Evidentemente que se pode replicar esse argumento com a ideia de que "se não enxugássemos o gelo, a poça estaria muito maior"[588], consistindo a tréplica na constatação do complexo narcísico das políticas criminais, no delírio de grandeza messiânico, já tratados anteriormente, e nos efeitos colaterais gerados por uma política que toma hipóteses que não se confirmam como verdades.

Em outra linha de pensamento, pode-se ainda questionar a necessidade e utilidade de uma política mundial universalizante para resolver uma questão que, em oposição ao discurso oficial e generalizado, é problemática para menos de 0,5% da população mundial. O próprio relatório demonstra sua incoerência ao afirmar que o uso problemático de drogas ocorre para aproximadamente 29 milhões de pessoas, enquanto mais de 250 milhões utilizam drogas anualmente. Isso significa que a utilização de drogas não é generalizada (apenas 5% da população mundial adulta) e que a grande maioria das pessoas que as utiliza não tem uma vida problemática ou transtornos decorrentes desse uso (aproximadamente 90%). Em percentagem, menos de 0,5% da população tem transtornos decorrentes do uso de drogas, o que é absolutamente incoerente com a propagação do discurso alarmista e da conclamação da utilização da criminalização para um combate generalizado às drogas e a seu comércio.

Evidentemente que tais informações são aproximadas e em alguma parcela imaginadas, pois as cifras negras da criminalidade[589] relacionadas às drogas são infinitamente maiores,

---

[586] Ibid. p. 64.
[587] UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). *World Drug Report 2016*... Op. cit., p. iii.
[588] Ver FIORE, Maurício. *O lugar*... Op. cit., p. 15, nota 12.
[589] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*... Op. cit., p. 133.

até pela natureza arbitrária de sua definição, do que as relacionadas a qualquer outro ilícito. De toda forma, são esses os números apresentados para tentar justificar a política criminal de combate às drogas; os quais levam, após uma análise mais detida, a sérias dúvidas sobre a própria política.

Conceber que o impacto na saúde pública mundial pode ser significativo diante do uso problemático de drogas por uma parcela irrisória da população e, em razão disso, justificar a interferência penal na autonomia individual de livremente escolher como gerir o próprio corpo e a própria saúde, deixam margens enormes para imaginar quais serão as medidas aceitáveis para diminuir a poluição atmosférica, uma vez que este problema afeta, indistintamente, a saúde de quase todas as pessoas do mundo (90% da população de países pobres e em desenvolvimento está exposta a esse tipo de poluição)[590].

Em relatório divulgado no mês de setembro de 2016[591], o Banco Mundial revelou que, apenas no ano de 2013, mais de cinco milhões e meio de vidas foram perdidas prematuramente devido a doenças decorrentes da poluição do ar, o que gerou prejuízos de rendimento de trabalho em torno de 225 bilhões de dólares, chegando a 5 trilhões de dólares quando somadas as perdas de bem estar de toda a população mundial[592]. A existência do problema parece incontestável, mas pensar que sancionar com pena de morte condutas que poluam o meio ambiente resolverá o problema é tão lógico e coerente como imaginar que uma guerra contra as drogas poderá ser vencida. Nem todos os problemas sociais podem ser tratados satisfatoriamente pelo direito penal; aliás, nenhum deles.

Enfim, por todos os lados que a questão é abordada e com as mais esdrúxulas comparações, o proibicionismo generalizado em relação às drogas não se sustenta. Não fosse suficiente a ilegitimidade dos pressupostos e a incoerência entre problema, solução e discurso, os efeitos colaterais da política criminal de combate às drogas são enormes,

---

590 WORLD BANK GROUP. The Cost of Air Pollution: strengthening the economic case for action. Washington DC: *World Bank*, 2016. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/25013/108141.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 13 set. 2016, p. x.

591 WORLD BANK GROUP. *The Cost*... Op. cit., p. x.

592 Ibid., p. vii.

principalmente quando comparados os gastos exorbitantes com segurança pública[593], as apreensões irrisórias (no âmbito geral) e o encarceramento em massa.

No Brasil, aproximadamente ¼ da população carcerária, a qual ultrapassou o meio milhão de pessoas em 2011 e chegou a mais de 711 mil em 2014[594], é formada por indivíduos presos devido ao envolvimento com o tráfico de drogas[595], o que, somado à criminalidade oculta gigantesca nesta área, permite concluir que a política penal de combate às drogas implementada nos últimos 50 anos não vem atingindo seu objetivo principal de reduzir a presença das drogas na sociedade. Por outro lado, sem atingir qualquer efeito de diminuição na presença das drogas, tem gerado um aumento significativo do encarceramento de uma parcela peculiar da sociedade, geralmente de pequenos traficantes pobres (moradores de favelas ou mulheres que são utilizadas para o transporte da droga)[596].

Diante da realidade e da necessidade de uma gestão racional dos escassos recursos públicos destinados à política criminal[597] em geral e à segurança pública em especial, chega-se inevitavelmente à conclusão da inocuidade da abordagem criminal no campo das drogas – já que tal política é ineficiente, ineficaz e sem efetividade – e inicia-se uma abertura para outras perspectivas, buscando-se novos instrumentos e mecanismos de organização social neste campo (princípio do pragmatismo[598] e da coordenação e racionalização de meios[599]).

A experiência portuguesa de descriminalização do consumo de drogas[600], em que pese incipiente, já revela uma nova abordagem no tratamento da questão, transparecendo a lógica protecionista em relação ao usuário de drogas e aos toxicodependentes, mas não uma abertura ideológica em relação a usos controlados ou culturais[601].

---

[593] VIANNA, Rafael Ferreira. *Diálogos*... Op. cit., pp. 63 e ss.
[594] O Brasil, em que pese as altas taxas de criminalidade continuarem, possui a terceira maior população carcerária do mundo, conforme BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Cidadania nos Presídios.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em: 13 set. 2016.
[595] ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. *O fenômeno*... Op. cit., pp. 178-179.
[596] Ibid., idem.
[597] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*... Op. cit., p. 411.
[598] VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Consumo*... Op. cit., pp. 83 e ss.
[599] Ibid., pp.96 e ss.
[600] Lei nº 30/2000, de 29 de novembro.
[601] QUINTAS, Jorge. *Regulação Legal do Consumo de Drogas:* impactos da experiência portuguesa da descriminalização. Porto: Fronteira do Caos, 2011, pp. 91 e ss.

Cabe observar que pesquisas empíricas revelam que a criminalização ou descriminalização não é um instrumento importante para a dissuasão ou estímulo ao consumo de drogas – apesar de boa parte dos usuários de drogas considerarem legítima e preferirem a postura proibicionista do Estado, diferentemente dos toxicodepentendes, que são menos punitivistas[602] –, pois os níveis de uso mantêm-se relativamente estáveis com qualquer das medidas[603].

Ademais, algumas realidades e estudos revelam usos não problemáticos e nem disfuncionais de drogas[604], existindo diversas estratégias de gestão para um consumo normal, regular e seguro de psicoativos[605]. Os estudos revelam que a maioria dos consumidores recreativos de drogas tem consciência dos eventuais prejuízos e perigos do consumo, mas pondera os riscos a partir de uma gestão de fatores e decide utilizar a droga para encontrar prazer e divertir-se. Esses consumidores adotam, geralmente, para manter um uso não problemático/não disfuncional de drogas, uma autorregulação que envolve a gestão: a) da aquisição de experiência sobre como utilizar determinado tipo de droga com pares consumidores; b) da periodicidade/frequência do uso; c) do tipo e da quantidade de substância utilizada; d) das circunstâncias interiores quando vão consumir (evitam o uso quando estão sob estados psicológicos negativos); e) do contexto onde vão consumir; e f) ponderação entre custos (malefícios) e benefícios (prazer) advindos do uso da droga[606]. Como destacam Olga Cruz e Carla Machado, deve-se mudar o "foco das questões que se colocam sobre as drogas, perguntando-se: de que modo certas pessoas conseguem manter relações saudáveis com as drogas e de que modo outras desenvolvem relações não saudáveis?"[607].

Importa, portanto, buscar outros caminhos para a análise do uso problemático de drogas e uma abertura para usos não problemáticos, como o uso ritual-religioso da *ayahuasca*, que

---

[602] QUINTAS, Jorge. *Regulação...* Op. cit., pp. 266 e ss.
[603] Ibid., pp. 297-298.
[604] "O consumo de substâncias psicoativas cujo uso não conduz à dependência, quer em razão do seu princípio activo, quer por via do saber do uso, veio integrar-se no modo de vida normal. O fenómeno da droga assume, na sua metamorfose mais recente, tonalidades de normalização e, ousaria mesmo dizer, desproblematização", AGRA, Cândido da. Prefácio. In. QUINTAS, Jorge. *Regulação Legal do Consumo de Drogas:* impactos da experiência portuguesa da descriminalização. Porto: Fronteira do Caos, 2011, pp. 09-17, p. 10.
[605] CRUZ, Olga Souza; MACHADO, Carla. Consumo "não problemático" de drogas ilegais. *Revista Toxicodependências,* Lisboa, vol. 16, n. 02, pp. 39-47, 2010, p. 40.
[606] Ibid. pp. 43-44.
[607] Ibid. p. 40.

só passam a gerar problemas sociais e individuais para seus consumidores em razão da criminalização das condutas relacionadas[608].

3.5. Tipo penal de tráfico de drogas e plantas de uso estritamente ritualístico-religioso

Como visto, o critério para definir se uma substância será considerada droga proibida ou não é arbitrário, podendo cada Estado nacional decidir de acordo com sua política antidrogas (apesar da padronização liderada com sucesso pela ONU) e os discursos e interesses que prevalecem entre seus legisladores. Contudo, quando existe o encontro entre culturas diferentes e o contexto cultural não é levado em consideração pelos países de acolhimento, as injustiças no campo das drogas agravam-se[609], podendo pessoas que fazem uso normal/legal de uma substância psicoativa em seu país de origem ser presas no país de acolhimento[610].

Apesar das dúvidas existentes quanto à legitimidade da criminalização das drogas e a utilidade do proibicionismo como política, a maioria dos países adotou tal postura, sob os mais variados discursos, endurecendo as medidas jurídicas implementadas. No Brasil, o tráfico de drogas ganhou caráter constitucional e é equiparado a crimes hediondos[611]. Na Constituição Federal de 1988 (Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988), dentro do título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", no artigo 5º, inciso XLIII, é previsto taxativamente que:

> " a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem"

A Constituição Portuguesa de 1976, quando considera o tráfico de drogas uma das hipóteses em que pode haver a restrição do direito fundamental da inviolabilidade do

---

[608] No mesmo sentido, TOKATLIAN, Juan Gabriel. *Globalización, narcotráfico y violencia*: siete ensayos sobre Colombia. Buenos Aires: Norma, 2000, *maxime* p. 76.
[609] CARVALHO, Salo de. *A política*... Op. cit., p. 71.
[610] RENTELN, Alison Dundes. *The Cultural…* Op. cit., *maxime* p. 93.
[611] Conforme Lei nº 8072/1990.

domicílio (artigo 34º), também demonstra o estatuto e a preocupação que deve receber tal crime no país.

Essas previsões constitucionais refletem, no campo jurídico, a hegemonia alcançada, a partir da segunda metade do século passado, pelos discursos proibicionistas. Já existiam, antes disso, previsões legais esparsas sobre restrições ao que era denominado como venda ou consumo irregular de "substâncias venenosas"[612], mas não uma preocupação geral, patente e sistematizada sobre a questão.

Foi entre as décadas de 1950 e 1990 que os discursos legais e as previsões penais sobre drogas foram sistematizadas no mundo todo, transitando a fundamentação jurídica para a criminalização das drogas entre proteção do "bem jurídico" saúde individual/mental e saúde pública ou até mundial[613].

No Brasil, a Lei 6368/1976 passou a dispor sobre a prevenção e repressão ao tráfico ilícito e ao uso indevido de entorpecentes ou outras substâncias que "determinem"[614] dependência física ou psíquica, criminalizando o consumo e o comércio de drogas. A pena privativa de liberdade para alguém que cometesse condutas enquadradas no tipo penal de tráfico de drogas poderia chegar a 15 anos de reclusão[615], existindo, ainda, algumas majorantes, como, por exemplo, para o caso de tráfico internacional[616]. Para o consumidor, a pena prevista em abstrato era de 06 meses a 02 anos de detenção, além de multa[617].

Nessa época, em uma leitura objetiva da lei e da vontade do legislador, pode-se concluir que não existia brecha legal para o consumo religioso da *ayahuasca*, pois a lei previa

---

[612] Para uma retrospectiva panóptica do tratamento da questão legal-criminal, no Brasil, antes da década de 1950 (Ordenações Filipinas, Código Criminal do Império de 1830, Código Penal de 1890, Decreto 4294/1921, Lei de Fiscalização de Entorpecentes de 1938), ver CARVALHO, Jonatas Carlos de. In. SEMINÁRIO NACIONAL DE HISTÓRIA, POLÍTICA, CULTURA E SOCIEDADE (Programa de Pós-Graduação em História da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ). 3º, 17 pp., out. 2011, Rio de Janeiro, *maxime* pp. 08 e ss. Disponível em: <http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/carvalho_histria_poltica_criminalizao_drogas_brasil.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.
[613] OLMO, Rosa del. Las drogas y sus discursos. In. MAIER, Julio B. J.; BINDER, Alberto M. (Comps.). *El Derecho Penal Hoy:* Homenagem al Prof. David Baigún. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1995, pp. 455-475, *maxime* pp. 465 e ss.
[614] Era esse o termo utilizado pela Lei nº 6368/1976, a qual estabelecia em seu artigo 1º que: "É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica".
[615] Artigo 12 da Lei nº 6368/1976.
[616] Artigo 18 da Lei nº 6368/1976.
[617] Artigo 16 da Lei nº 6368/1976.

expressamente a proibição da colheita ou do plantio de qualquer planta da qual pudesse ser extraída substância classificada como droga e determinava a sua destruição, mesmo que fosse uma espécie nativa das florestas brasileiras[618]. A única exceção admitida pela lei era o cultivo dessas plantas, mediante prévia autorização das "autoridades competentes", para fins terapêuticos ou científicos[619]. Não existia qualquer previsão para o uso religioso, tradicional ou cultural de plantas ou bebidas que se enquadrassem na classificação de substâncias proibidas.

Agravava a situação dos líderes religiosos *ayahuasqueiros* a previsão legal que igualava ao tráfico de drogas as condutas de qualquer pessoa que "faz colheita de planta destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica"[620] ou que difundam ou auxiliem o uso indevido de substâncias proibidas[621].

Em Portugal, nesse período, também vigorou legislação penal que – com o objetivo de, pretensamente, tutelar a saúde individual e pública, em um esforço mundial de repressão ao consumo e comércio de drogas, decorrente da *Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961* e da *Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971*, ratificadas pelo país – criminalizava o consumo e o comércio de drogas, conforme os Decretos-Lei nº 420/1970, nº 430/1983 e nº 15/1993[622].

Contudo, já no início do Século XXI, diante dos fracassos da política criminal antidrogas e dos questionamentos sobre sua legitimidade e utilidade, conforme anteriormente estudado, as legislações penais sobre o assunto sofrem modificações, existindo uma descriminalização relativa do consumo de substâncias psicoativas em Portugal[623] e a retirada da previsão legal de pena de prisão para consumidores no Brasil[624].

Em Portugal, a Lei nº 30/2000, de 29 de novembro, ao estabelecer um novo regime jurídico para o consumo de estupefacientes, alterando em parte o Decreto-Lei nº 15/1993,

---

[618] Artigo 2º, § 1º, da Lei nº 6368/1976.
[619] Artigo 2º, § 2º, da Lei nº 6368/1976.
[620] Artigo 12, § 1º, II, da Lei nº 6368/1976.
[621] Artigo 12, § 2º, I, II e III da Lei nº 6368/1976.
[622] Para uma perspectiva histórica e geral do direito penal da droga em Portugal, principalmente entre as décadas de 1970-1990, ver POIARES, Carlos Alberto. As drogas ilícitas: consumo, incriminação e desculpabilização. *Revista Toxicodependências*, Lisboa, ano 04, nº 03, pp. 57-66, 1998, *maxime* pp. 60-61.
[623] Lei nº 30/2000, de 29 de novembro.
[624] Lei nº 11.343/2006, de 23 de agosto.

ainda em vigor como legislação básica de "combate à droga", descriminaliza a aquisição e a detenção de droga para consumo próprio que não exceda a quantidade necessária para o uso médio individual durante o período de 10 dias, mantendo-se, porém, a criminalização do cultivo.

Em uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 2008[625], consolida-se que o crime de consumo de drogas ainda está em vigor para situações em que a quantidade de droga detectada seja superior ao consumo médio individual durante o período de 10 dias, não existindo, portanto, uma total descriminalização do consumo. Em que pese existir lógica na argumentação de que seria absurdo ser considerado ilícito de mera-ordenação a posse de quantidade de droga para o consumo médio até 10 dias e não ser considerado qualquer infração casos de posse para consumo de maior quantidade (11 dias, por exemplo)[626], a ausência de avaliação do contexto e o conservadorismo lógico para criminalizar prejudicam a melhor decisão e permitem injustiças[627].

Referido acórdão é especialmente relevante para a problemática estudada, pois permite a criminalização com pena de prisão daqueles religiosos que armazenam *ayahuasca* para consumo médio superior a 10 dias, o que deve ser relativamente comum em virtude do elevado número de pessoas que participam do ritual religioso no qual a bebida é consumida. Assim, além do risco das condutas de armazenamento e fornecimento da *ayahuasca* poderem ser consideradas tráfico de drogas, mesmo com o caráter religioso que existe no consumo, também existe em Portugal a possibilidade de criminalização do consumo, o que deixa religiosos mais vulneráveis à seletividade discricionária da repressão penal.

No Brasil, apesar da nova lei sobre drogas não permitir mais a pena de prisão para condutas relacionadas ao consumo pessoal de drogas – prevendo como penas possíveis a advertência, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de frequência a

---

[625] PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso para Fixação de Jurisprudência nº 08/2008. *Base jurídico-documentais do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça*. Lisboa, data de julgamento: 25 jun. 2008. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ec744d4ae06d530c8025747a00526c07?OpenDocument&Highlight=0,07P1008%20>. Acesso em: 07 set. 2016.

[626] Ibid., idem.

[627] Sobre a mesma questão, mas sob uma perspectiva da dificuldade de fundamentar adequadamente a pena em uma prevenção geral positiva, ver PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal: conceito...* Op. cit., pp. 102 e 109-110.

programa ou curso educativo; e estabelecendo que o juiz pode, no máximo, assegurar o cumprimento dessas medidas com admoestação verbal e multa[628] –, a inovação de maior importância para as reflexões do presente estudo consistiu na previsão introduzida no artigo 2º, *caput*, parte final[629]:

> "Art. 2º - Ficam proibidas, em todo território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso."

É interessante observar que a *Convenção de Viena de 1971*, em seu artigo 32, nº 04[630], previu a possibilidade dos Estados signatários fazerem reservas quanto a plantas tradicionalmente utilizadas em rituais religiosos em seu território, mas a *ayahuasca*, na época[631], não tinha uma difusão social (urbana) que levasse o Brasil a adotar alguma posição quanto ao tema. Contudo, diante da alteração circunstancial da questão, a exceção é expressamente prevista na atual legislação nacional sobre drogas, a qual esclarece que plantas de uso ritualístico-religioso não estão abarcadas pela proibição das normas penais, mesmo quando possuem como princípio ativo substância classificada como droga proibida[632].

Antes disso, como visto, o CONAD, antigo CONFEN, já considerava, apesar da dificuldade de aceitação desse entendimento entre todos os agentes das esferas de controle estatal, que o consumo religioso da *ayahuasca* não estava abarcado na proibição das normas penais antidrogas.

---

[628] Artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.
[629] Artigo 2º da Lei nº 11.343/2006.
[630] Artigo 32, nº 4, da *Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971* - O Estado em cujo território cresçam plantas silvestres que contenham substâncias psicotrópicas dentre as incluídas na Lista I, e que são tradicionalmente utilizadas por pequenos grupos, nitidamente caracterizados, em rituais mágicos ou religiosos, poderão, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, formular reservas em relação a tais plantas, com respeito às disposições do artigo 7º, exceto quanto às disposições relativas ao comércio internacional.
[631] No Brasil, a *Convenção sobre Substancias Psicotrópicas*, assinada em Viena, a 21 de fevereiro de 1971, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 90, de 5 de dezembro de 1972, e promulgada pelo Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977.
[632] Neste sentido, ampliando e aprofundando a discussão, ver, por todos, FACUNDES, Jair Araújo. *Pluralismo*... Op. cit., *maxime* pp. 136 e ss.

No âmbito internacional, o *International Narcotics Control Board* (INCB), organismo da ONU criado pela *Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961* e que tem como finalidade uniformizar, monitorar e dar suporte para os países cumprirem os tratados internacionais de controle de drogas, já se manifestou que espécies vegetais ou mesmo as preparações de plantas utilizadas em contexto cultural, especificamente em rituais indígenas, pela medicina tradicional de alguns locais e em cerimônias religiosas, não estão sob o controle e fiscalização internacionais, não sendo equiparadas às drogas, mesmo contendo substâncias psicoativas, como é o caso da *ayahuasca*, do *peyote*, dos cogumelos mágicos, da *ephedra*, do *kraton*, da salvia divina e do iboga[633].

É imprescindível, para uma correta análise multicultural, que sejam consideradas tais posições, pois é fundamentado e razoável o entendimento, dos religiosos, de que há juridicidade (concordância com o Direito) do consumo da *ayahuasca* em contexto ritual, principalmente quando se parte da análise do ordenamento jurídico de base do país de origem das igrejas *ayahuasqueiras*.

Contudo, tais posições ainda não têm aplicação pacífica e uniforme no mundo, pois prisões e embaraços jurídico-criminais, em relação a *ayahuasqueiros*, continuam acontecendo em diversos países[634]. Contribuem para isso: a) o conflito que tal entendimento enseja com o objetivo de aplicação uniforme da proibição de produção e distribuição de psicotrópicos/drogas; b) a compreensão de que uma tal substância, por si só, em qualquer situação ou contexto, causa um mal à saúde individual e coloca em risco, principalmente com eventual alastramento da toxicodependência e incremento dos gastos públicos para tratamentos, a saúde pública; bem como c) o medo/receio de que pessoas ou grupos ("seitas")

---

[633] INTERNACIONAL NARCOTICS CONTROL BOARD (INCB). *Annual Report 2010.* Vienna, 02 mar. 2011. Disponível em: <http://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2010/AR_2010_English.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2016, pp. 46-47.

[634] Como a recente condenação criminal (maio de 2017), ocorrida na Rússia, por tráfico de drogas de *ayahuasca*, de um pesquisador místico-religioso brasileiro, preso em flagrante, em agosto de 2016, ao desembarcar em Moscou com 04 garrafas da bebida, conforme ESTARQUE, Thays. Pesquisador brasileiro é condenado a seis anos e meio de prisão na Rússia. *Globo.com*, G1 Pernambuco, Recife, 13 maio 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/pesquisador-brasileiro-e-condenado-a-seis-anos-e-meio-de-prisao-na-russia.ghtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=share-bar-smart&utm_campaign=share-bar>. Acesso em: 25 maio 2017.

religiosos que se utilizam de uma substância alucinógena possam colocar em risco a ordem pública[635].

A necessidade de uma ponderação cuidadosa entre os interesses em conflito e a complexidade da análise são aumentadas em razão da saúde também ser um direito constitucionalmente tutelado[636][637], seja como direito individual (dimensão negativa) ou social (dimensão positiva)[638], e, ao mesmo tempo, um "bem jurídico" compreendido como digno de tutela penal, uma vez que é uma necessidade humana fundamental[639].

Sobre as diferentes dimensões da saúde humana, as quais precisam ser consideradas na avaliação da licitude do consumo religioso da *ayahuasca*, Augusto Silva Dias esclarece:

> "Enquanto bem jurídico-penal a saúde humana comporta várias dimensões: a saúde individual e a saúde colectiva ou pública. A primeira é um bem divisível, cujo titular é uma pessoa determinada, que dele usufrui de modo exclusivo. Já a saúde pública possui uma pluralidade de significados que têm concitado os esforços de clarificação da doutrina: assim, a saúde pública pode ser entendida i. como soma das saúdes individuais; ii. como complexo de condições de vida e de organização de processos sociais e econômicos que garantem a saúde da generalidade dos indivíduos; iii. como conjunto de regras sanitárias e de higiene social"[640].

---

[635] Na verdade, nem é necessário o uso de substâncias psicoativas para grupos religiosos minoritários ou não tradicionais serem olhados com desconfiança, existindo, ainda nos dias atuais, decisões judiciais que proíbem expressamente o exercício de uma ou outra religião. Observe-se o recente caso das Testemunhas de Jeová na Rússia, país onde a igreja possui 175 mil membros, em que o Supremo Tribunal/Suprema Corte, sob a alegação de que são extremistas e colocam em risco a vida das pessoas ao proibirem a transfusão de sangue, confiscou os bens, templos, livros e proibiu expressamente o exercício da religião no país, conforme DEUTSCHE WELLE – DW. Rússia proíbe atividade de Testemunhas de Jeová no país. *Site Oficial DW*-Made for Minds, Notícias/Mundo, Bonn e Berlin, 20 abr. 2017. Disponível em: <http://www.dw.com/pt-br/r%C3%BAssia-pro%C3%ADbe-atividades-de-testemunhas-de-jeov%C3%A1/a-38525709>. Acesso em 30 abr. 2017; e JW.ORG. Suprema Corte decide proibir a obra das Testemunha de Jeová na Rússia. *Site oficial da Igreja Testemunhas de Jeová*. Disponível em: <https://www.jw.org/pt/noticias/casos-juridicos/por-regiao/russia/corte-proibe-testemunhas-de-jeova/>. Acesso em: 30 abr. 2017.

[636] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* Vol. 01. 4ª ed., rev. Coimbra: Coimbra, 2007, pp. 457 e 825.

[637] RUEFF, Maria do Céu. Racionalização de bens em saúde: perspectiva jurídico-constitucional. *Revista Anatomia do Crime*, Lisboa, nº 02, pp. 113-128, jul./dez. 2015, *maxime* pp. 115-116.

[638] Obviamente, tais dimensões não são estanques, existindo sobreposição e áreas de proteção conjuntas, conforme DIAS, Augusto Silva. A saúde humana como bem jurídico-penal e os crimes contra a saúde no direito português. *Revista Anatomia do Crime*, Lisboa, nº 01, pp. 115-125, jan./jun. 2015, p. 116.

[639] Ibid., pp.116-117.

[640] Ibid., p. 117.

Os argumentos contrários ao reconhecimento da licitude da *ayahuasca* tendem a privilegiar a proteção devida à saúde humana, em suas diferentes dimensões, por parte do Estado. Nessa perspectiva, não poderia o Estado dar aval para a distribuição, que ocorre até para crianças, de uma substância psicotrópica e que pode causar alterações físicas e (eventualmente) danos à saúde individual. Entende-se, a partir deste argumento, que há uma obrigação estatal em impedir tal disseminação, ainda mais quando existe um aspecto religioso no consumo, o que pode influenciar e iludir as pessoas.

Da mesma forma, em uma perspectiva da saúde como direito social típico que envolve a distribuição pelo Estado de bens e serviços limitados[641], há uma preocupação em se reconhecer e evitar uma prática que poderá causar problemas sanitários e gastos futuros significativos dos recursos públicos orçamentários na área da saúde, o que prejudicaria, ao diminuir a disponibilidade dos recursos humanos, técnicos e financeiros, outras pessoas que precisam de cuidados terapêuticos.

Por fim, outra razão contrária ao reconhecimento da prática *ayahuasqueira*, que também envolve aspectos de saúde pública, levanta a possibilidade da bebida, justamente por seu efeito alucinógeno (dentro da classificação médico-farmacológica aceita), ocasionar descontrole de motivação das pessoas e, assim, práticas ou condutas que coloquem em risco ou lesionem terceiros, o que prejudicaria a ordem pública como um todo e a integridade física das pessoas individualmente.

Prevalece, ainda hoje, o entendimento apresentado na decisão do Tribunal Constitucional português de 1.991[642], o qual enxerga como definitivo que a droga faz mal à saúde, devasta famílias e causa desintegração social, merecendo tutela penal os "bens jurídicos" atingidos (especialmente a saúde, em seus diferentes aspectos) por condutas relacionadas a ela (droga).

No entanto, a partir de uma visão crítica das drogas e do estudo de culturas diversas, pode-se constatar, como no caso das religiões *ayahuasqueiras*, que substâncias classificadas como drogas, quando utilizadas em um contexto específico e controlado, podem contribuir

[641] Sobre a racionalização de bens e a tomada de decisões na área da saúde, tanto de políticas públicas quanto em casos concretos específicos, ver RUEFF, Maria do Céu. *Racionalização*... Op. cit., *maxime* pp. 123 e ss.
[642] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão nº 426/1991*... Op. cit. Ver Seção 3.1.

para a saúde geral do ser humano, bem como para a integração e coesão comunitária. Não bastam, assim, argumentos gerais e conjecturas sobre as possibilidades de danos e perigos que envolvem o reconhecimento da licitude de uma substância psicoativa. Urge uma ponderação específica sobre quanto o interesse estatal na proteção da saúde (individual e pública) e na manutenção da ordem pública são afetados pelo uso da *ayahuasca* em contexto ritual-religioso.

4. CONFLITOS DE INTERESSES JURÍDICOS NO CONTEXTO MULTICULTURAL

4.1. Pluralismo jurídico, multiculturalismo e "novos direitos"[643]

Ao tratar de grupos minoritários que mantêm sua própria estrutura de regulação social e suas normas, diante das quais, algumas vezes, o direito estatal oficial pode ceder, como se estuda no caso do uso religioso-ritual da *ayahuasca*, surgem dúvidas sobre a existência de ordenamentos jurídicos paralelos ao estatal e até que ponto seria justo uma aplicação diferenciada de normas jurídicas para determinados grupos e não uma aplicação uniforme das leis estatais para todas as pessoas que se encontram em determinado espaço territorial.

Não é recente[644] a dúvida sobre como interpretar e aplicar, principalmente quando ocorrem conflitos/antinomias, a pluralidade de normas (proposições/prescrições) que orientam as condutas das pessoas na vida cotidiana em sociedade[645], ressurgindo a questão toda vez que se tenta conceituar normas jurídicas (Direito) e diferenciá-las das normas oriundas de outros sistemas normativos, nomeadamente: morais, costumeiros e religiosos[646].

---

[643] "A designação de 'novos' direitos refere-se à afirmação e materialização de necessidades individuais (pessoais) ou coletivas (sociais) que emergem informalmente em toda e qualquer organização social, não estando necessariamente previstas ou contidas na legislação estatal positiva", conforme WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico:* fundamentos de uma nova cultura no direito. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 179.

[644] PHILIPPS, Von Lothar. Teoria das Normas. In. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.* 2ª ed. Trad. Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 353-365, p. 353.

[645] VIANNA, Rafael Ferreira. A evolução da teoria das normas em Kelsen: incompatibilidade da nomodinâmica e da nomoestática. *Augusto Guzzo Revista Acadêmica*, São Paulo, vol. 01, nº 18, pp. 21-32, jul./dez. 2016, p. 23.

[646] KAUFMANN, Arthur. *Filosofia*... Op. cit., pp. 200 e ss; REALE, Miguel. *Filosofia*...Op. cit., pp. 309 e ss.

O critério diferenciador comum das compreensões pluralistas do Direito consiste na negação de que o Estado é o criador exclusivo do Direito e a fonte única de juridicidade das normas, podendo tais correntes doutrinárias variar, na modernidade, desde concepções sociológicas de um *direito vivo* existente na sociedade e de sua aplicação prática, como o proposto por Eugen Erhlich (1862-1922)[647], até concepções mais elaboradas, como a de Santi Romano (1875-1947)[648], de que um conjunto de normas jurídicas comunica a existência de uma organização/instituição social (ordenamento jurídico), sendo passível de verificação na realidade social que o Direito, mesmo podendo ser estudado e compreendido como um todo, é formado por variados ordenamentos jurídicos, não apenas o estatal[649].

O tema das normas jurídicas não oficiais viventes em um contexto multicultural, oriundas de grupos minoritários dentro de um Estado-nação soberano, foi, já a partir da década de 1.970, sistematicamente pesquisado e discutido, principalmente com o estímulo do *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law,* inicialmente sob o título de *African Law Studies*[650].

Pela dinâmica de interação que existe entre os sistemas normativos, as concepções muitas vezes ilógicas que ganham as normas diante de um caso concreto e a impossibilidade de uma diferenciação material satisfatória entre tipos de normas, há uma tendência a buscar distinguir sistemas normativos (e assim definir o jurídico e o Direito) quanto à fonte de produção de juridicidade ou, meramente, diferenciações eidéticas que se localizam no campo das formas lógicas[651].

---

[647] "O direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida. As fontes para conhecê-lo são sobretudo os documentos modernos, mas também a observação direta do dia-a-dia do comércio, dos costumes e usos e também das associações, tanto as legalmente reconhecidas quanto as ignoradas e até ilegais.", EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito.* Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 378.

[648] ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico.* Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

[649] Ibid., *maxime* pp. 76 e ss e 137 e ss.

[650] THE JOURNAL OF LEGAL PLURALISM AND UNOFFICIAL LAW. Aims and Scope, Taylor and Francis Online. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/action/journalInformation?show=aimsScope&journalCode=rjlp20>. Acesso em: 13 nov. 2016.

[651] Sua etimologia remonta ao grego antigo *eidos*¸ que significa forma ou ideia, mas para Kelsen remonta a noção da fenomenologia de Edmund Husserl (1859-1938) de ciência eidética (*Wesenswissenschfat),* que objetiva apenas o entendimento do domínio das formas lógicas, alcançadas a partir da redução fenomenológica. Ver LAMEGO, José. O que é a Teoria Pura do Direito? In. LAMEGO, José. *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana:* de Kant ao Neo-Kantismo. Vol. I. Lisboa: AAFDL, 2014, pp. 99-112, pp. 102-103.

É nesse sentido que Hans Kelsen (1881-1973) procurou definir, através do método lógico-transcendental kantiano[652], os conceitos apriorísticos do Direito[653], os quais seriam necessários para compreender a sua forma estrutural em qualquer ordenamento jurídico, independente dos elementos axiológicos, ideológicos, políticos, psicológicos ou sociológicos que propulsionam a criação da norma, a fixação de seu conteúdo e a sua aplicação diante de conflitos de interesses concretos[654].

Herbert Hart (1907-1994), no mesmo sentido[655], mas ampliando os tipos de normas inicialmente pensados por Kelsen, entendia que as normas que guiam comportamentos, dando razões para a ação, são paradigmáticas em um sistema normativo (imposição de dever/obrigação), ainda que a característica distintiva de um ordenamento jurídico consista na existência de outros tipos de normas, as de atribuição de competência e a norma fundamental de reconhecimento, sendo esta a que suporta todo ordenamento jurídico[656]. Kelsen também defendia a existência de uma norma fundamental (*Grundnorm*), a qual cumpriria, na concepção da última fase de sua obra, uma função sistêmica de fundamentação e unificação de todo ordenamento jurídico, localizando-se no topo da estrutura escalonada piramidal de normas[657].

Apesar disso, tanto Kelsen quanto Hart (e outros teóricos do positivismo jurídico) não conseguem explicar logicamente de onde se origina a norma fundamental e como ela pode suportar a normatividade do Direito[658], recorrendo-se a uma ficção[659] para trazer a ilusão de unidade, completude e certeza que se buscava para o estudo formal e a análise logicista do

---

[652] LAMEGO, José. O método transcendental na filosofia do Direito: a polémica entre Kelsen e Sander. In. LAMEGO, José. *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana:* de Kant ao Neo-Kantismo. Vol. I. Lisboa: AAFDL, 2014, pp. 129-139.
[653] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 2ª ed. (1960). Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
[654] VIANNA, Rafael Ferreira. *A evolução...* Op. cit., p. 22.
[655] HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito.* 6ª ed. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
[656] Ver SPAAK, Torben. Kelsen and Hart on the Normativity of Law. In. WAHLGREN, Peter; ZAMBONI, Mauro (Eds.). *Perspectives on Jurisprudence:* essays in honor of Jes Bjarup. Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2005, pp. 397-414, p. 407.
[657] LAMEGO, José. A função epistemológica e a função sistêmica da norma fundamental. In. LAMEGO, José. *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana:* de Kant ao Neo-Kantismo. Vol. I. Lisboa: AAFDL, 2014, pp. 161-176.
[658] Ibid. idem.
[659] KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas.* Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986, pp. 328 e ss.

fenômeno jurídico. Mesmo com todo o esforço logicista-idealista que empregou ao construir sua teoria do Direito, Kelsen não conseguiu explicar satisfatoriamente, sem recorrer a um plano axiológico-social, a completude do sistema que propôs, não encontrando saídas suficientemente lógicas e "puras" (como pretendia) para compatibilizar sua nomoestática com sua nomodinâmica[660], o que o levou, no final de seus estudos, a aceitar um irracionalismo jurídico, tendo em vista que as normas decorrem de atos de vontade daqueles a quem foram atribuídos poderes para criar normas individuais para casos particulares[661].

O traço diferenciador de uma norma jurídica ou de uma "proposição jurídica" (*Rechtssatz*) pensado por Kelsen, o qual seria a sanção coercitiva decorrente da imputação do "dever-ser" (*Sollen)*, o "*B*" da categoria lógico-ideal irredutível da ciência do Direito (*se A é, então B deve ser*)[662][663], não se mantém diante das normas de atribuição de competência (as quais não possuem sanções coercitivas) e das aplicações não logicistas das normas aos casos concretos (criação de normas individuais que não se encaixam na estrutura simples e direta de que se aconteceu um fato ilícito, deve ser aplicada uma pena), que apresentam circunstâncias e contingências múltiplas (da realidade social) não previstas em lei, o que gera antinomias irresolúveis quando não se recorre a critérios externos ao sistema jurídico. É inevitável, assim, a ampliação da interpretação jurídica e a utilização de outras lógicas (não sistêmica-jurídica).

Teorias puras do Direito não conseguem encontrar respostas consistentes e sistêmicas (em si mesmas) diante da colisão de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais[664], sendo inevitável uma solução (para que sejam ponderados os interesses em conflito e aplicadas da melhor forma as normas jurídicas, já que ambas têm aplicação possível) que adote critérios ético-políticos oriundos de um padrão axiológico-social que não fere a ideia de Direito, de justiça ou da comunidade política de princípios que existe em determinado

---

[660] Conforme LAMEGO, José. *A função…* Op. cit.; VIANNA, Rafael Ferreira. *A evolução...* Op. cit.
[661] HARTNEY, Michael. Introduction: The Final Form of The Pure Theory of Law. In. KELSEN, Hans. *General Theory of Norms.* Trad. Michael Hartney. Oxford: Oxford University Press, 1991, pp. IX-LIII, *maxime* pp. XLIX e ss.
[662] KELSEN, Hans. *Teoria Pura...* Op. cit., p. 41.
[663] ALEXY, Robert. O conceito kelseniano de "dever ser". In. OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Orgs.). *Hans Kelsen:* teoria jurídica e política.. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 87-103, p. 88.
[664] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 251.

momento histórico. Assim, não discutir questões axiológicas e ético-políticas quando se estuda e se aplica o Direito é um contrassenso, como se pode verificar nas diversas críticas pertinentes à possibilidade e às consequências desse desiderato do positivismo jurídico[665].

De qualquer forma, o ideal positivista não foi eliminado (sequer é, ainda hoje, menos influente) da análise do fenômeno jurídico, seja de sua criação, estudo ou aplicação, pois tal teoria tem como objetivo declarado assegurar certa previsibilidade das condutas e decisões em casos de conflito (segurança jurídica), o que faz com que as sociedade ocidentais modernas correlacionem o Direito com a lei, ou seja, adiram à ideia de que existe um ordenamento jurídico único, coerente e completo, portanto, capaz de regular satisfatoriamente a vida em sociedade em determinado espaço territorial e em determinada época, trazendo segurança jurídica, previsibilidade e pacificação social. A partir dessa ideia, surge a concepção do monismo jurídico, o qual considera que o Estado é a única fonte de Direito válida ou capaz de reconhecer validade jurídica a uma norma.

A cultura jurídica ocidental moderna, na sua maneira de criar e aplicar normas, seja a partir de uma racionalidade metafísica-jusnaturalista ou lógico-instrumental juspositivista, buscou afastar-se do direito descentralizado e corporativista do período medieval[666], estabelecendo uma estrutura estatal única, pretensamente isenta, racional e que concebe juridicidade a partir da positivação legislativa da norma[667]. Tal ideia de Direito satisfez diversas necessidades humanas que se apresentavam insatisfeitas à época, atingindo conquistas importantes para a humanidade, como o constitucionalismo, a positivação dos direitos humanos e a limitação legal das punições (*nullum crimen nulla poena sine lege*) através da dogmática penal.

Contudo, esse modelo de Direito também foi utilizado para atender/proteger interesses de grupos sociais-econômicos e realizar uma concepção social, econômica e política que

---

[665] MACHADO, João Baptista. O sistema científico e a teoria de Kelsen. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,* Lisboa, vol. XXVI, pp. 11-45, 1985; OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Conteúdo do Direito e normatividade justificada na Teoria Pura do Direito: uma crítica às teses de Joseph Raz. In. OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Orgs.). *Hans Kelsen:* teoria jurídica e política. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 105-128.

[666] Sobre os ciclos históricos de formação e desenvolvimento do monismo jurídico estatal, ver WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo...* Op. cit., pp. 46 e ss.

[667] "É em Hobbes, porém, que se devem procurar os primeiros elementos da doutrina que reduziu o Direito ao Direito Positivo e, mais ainda, o Direito a uma criação do Estado", conforme REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado.* 5ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 222.

gerou desigualdades, concentrou o capital e trouxe uma massificação cultural disruptiva. Tal modelo tenta homogeneizar as sociedades, criando uma ideia de "sistema-mundo"[668] e de Direito capaz de atender a todos os interesses individuais e sociais de forma geral, homogênea, abstrata e formalmente igualitária, o que, na verdade, apenas encobre que o "Direito" é utilizado, muitas vezes, principalmente em países subdesenvolvidos, como um instrumento de controle social e manutenção do *status quo* que desconsidera necessidades humanas básicas de boa parte da população (necessidades e problemas reais/concretos) e protege interesses de grupos hegemônicos, que detêm o poder econômico e político.

Na cultura jurídica, a aceitação passiva e indubitável do modelo monista permite que ele seja visto como algo natural, perene e inerente a um Estado de Direito democrático-liberal, sem o qual a sociedade voltaria a uma condição "ajurídica" de violência e de prevalência do mais forte. Contudo, o monismo jurídico nunca conseguiu realizar seu ideal de completude e eliminação (não validade) ou cooptação de outros sistemas normativos, pois sempre se mantiverem vigentes e válidos ordenamentos concorrentes ou complementares ao estatal, oriundos de outras fontes de Direito/de juridicidade, como o direito internacional, o canônico-religioso, o comercial-transnacional, o convencional-comunitário, entre outros[669].

Além do Estado nacional nunca ter sido a única fonte de Direito[670], ele nunca conseguiu realizar seu ideal de fazer com que todos os sujeitos sociais (individuais ou coletivos) se vinculassem e subordinassem às leis pela representação mental de sua obrigatoriedade, existindo uma enorme variação de cumprimento espontâneo e eficácia das leis, principalmente em países em desenvolvimento, como os latino-americanos[671]; ainda que em

---

[668] WALLERSTEIN, Immanuel. *Análisis de Sistemas-Mundo:* una introducción. Trad. Carlos Daniel Schroeder. Cidade do México: Siglo XXI, 2005, *maxime* pp. 40 e ss.
[669] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo...* Op. cit., pp. 198 e ss e 330 e ss.
[670] Alf Ross (1899-1979) supera a problemática ora enfrentada, equivocadamente, definindo que "A função da ciência do direito é expor um certo sistema individual e nacional de normas", conforme ROSS, Alf. *Direito e Justiça.* Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, p. 55. Tal pressuposição é contrária à própria ideia de direito vigente desenvolvida pelo autor, o qual não percebe que as normas/regras vigentes no jogo de xadrez (para utilizar o mesmo exemplo trazido no livro) são as observadas tradicionalmente e comunitariamente entre seus praticantes, não o que a Federação Internacional de Xadrez (*World Chess Federation*) cria ou determina.
[671] De um ponto de vista praxeológico da teoria econômica do Direito, demonstrando as contradições e interesses das teorias monopólicas de produção do Direito, o professor peruano Enrique Ghersi desenvolve amplamente a ideia de fontes competitivas do Direito a partir de diferentes provedores de juridicidade. Ver GHERSI, Enrique. El caráter competitivo de las fuentes del Derecho. *Artículos Ghersi,* Lima, 30 ago. 2011. Disponível em: <http://articulos.ghersi.com/2011/08/el-caracter-competitivo-de-las-fuentes-del-derecho/>. Acesso em: 15 nov. 2016.

países europeus (antes do atual período multicultural deste início de século) pudesse existir maior homogeneidade social e uma melhor representação fática do discurso monista.

De qualquer forma, repise-se, o ordenamento jurídico estatal nunca conseguiu ser um sistema coerente, acabado, autossuficiente e autopoiético[672], pois valores, usos sociais e interesses econômicos-políticos sempre permitiram interferências múltiplas em suas estruturas e que parcela da sociedade mantivesse sua própria normatividade válida e vigente, ainda que em aparentes espaços de concessão estatal. Diz-se aparentes porque a juridicidade não advém da concessão estatal, mas do reconhecimento da força normativa, da vigência, eficácia e da convicção de sua obrigatoriedade entre aqueles que compartilham suas razões[673].

Mesmo dentro da dogmática penal já existe manifestação no sentido de uma abertura quanto à concepção de norma jurídica, principalmente, como será analisado detidamente adiante, no aspecto da aceitação de normas permissivas que diminuem o âmbito de proibição da norma penal. Nas palavras de Juarez Tavares:

> "A norma jurídica é uma norma reguladora de condutas dentro de uma certa comunidade, não o resultado de princípios morais *a priori*. Entretanto, a comunidade deve ser tratada também nas suas relações institucionais, quer dizer, não se pode desconsiderar que sobre essa comunidade há a intervenção de um Estado instituído. (...) O que está em jogo, entretanto, é determinar se uma norma é ou não adequada para fundamentar uma decisão correta em face de um caso concreto"[674].

Contudo, seja (historicamente) em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento ou em países desenvolvidos (recentemente), a reprodução das desigualdades, das injustiças e a falta de amparo jurídico para diversas necessidades que surgem na sociedade, principalmente

---

[672] TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético.* Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989.

[673] A própria aceitação do costume (prática social constante e reiterada, acompanhada do sentimento ou convicção da obrigatoriedade do comportamento) como fonte do direito e norma jurídica material contradiz a ideia monista de vinculação do Direito com a lei estatal, sendo de difícil harmonização costumes e leis como normas jurídicas na ciência do direito. Sobre o tema, ver ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito:* introdução e teoria geral. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 264 e ss; HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do Direito:* o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 562 e ss.

[674] TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 88.

em grupos étnicos minoritários dentro dos Estados-nações, fazem com que as instabilidades acentuem-se e propaguem-se no tempo, ocorrendo um aumentando da pobreza, da violência, das disparidades de oportunidade, da criminalidade e dos conflitos de uma maneira geral.

Nas atuais sociedades multiculturais o problema acentua-se, pois a grande diversidade cultural permite o encontro, em um mesmo espaço territorial, de diferentes (às vezes antagônicas) normas comunitárias, costumeiras, morais e religiosas, muitas vezes, inclusive, positivadas no Estado de origem dos imigrantes. Há, em alguns casos, um verdadeiro choque entre culturas jurídicas, o que leva a interpretações divergentes entre o que é Direito, norma jurídica válida e o que obriga comportamentos.

A ideia monista de ordenamento jurídico dos Estados nacionais, que prevalecia intocável até recentemente, passa a ser questionada e ter seus limites testados diante da ausência de vinculação espontânea de grupos minoritários imigrantes e da interpenetração de sistemas normativos[675], o que gera confrontações e tensões entre grupos dentro da sociedade de acolhimento e desta, como um todo, com grupos minoritários. Ou seja, a homogeneidade ético-político-cultural já não se mostra tão manifesta, o que permite o surgimento de pontos de tensão na antes pacificada ou resignada sociedade de acolhimento, fazendo com que perturbações e contradições – sejam de legitimidade, de motivação, econômicas ou de racionalidade[676] – gerem ainda mais conflitos sociais[677], incongruências, desregulações e incertezas em determinado momento histórico.

É neste contexto que surge o multiculturalismo como um modelo ético-político para refletir sobre o problema que se apresenta e tentar organizar as sociedades pluriculturais atuais. Da mesma forma, políticos e legisladores tentam minimizar, utilizando-se do modelo jurídico estatal existente, as tensões e os efeitos negativos da crise que se instala em praticamente todos os países do mundo. Cada vez mais condutas são criminalizadas para dar (de forma ilusória) respostas rápidas para problemas sociais complexos. O direito penal passa

---

[675] Veja, por exemplo, o *fiqh*, a *xari'a* e o *idjtihad* adotados em diversos ordenamentos jurídicos estatais e hoje aceitos em tribunais paralelos aos estatais em alguns países ocidentais, como no Reino Unido. Ver SAEED, Abdullah. *Introdução ao pensamento islâmico.* Trad. Marcelo Félix. Lisboa: Edições 70, 2010, *maxime* pp. 81 e ss.

[676] HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio.* Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980, pp. 62 e ss.

[677] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo...* Op. cit., pp. 102 e ss.

a ser um instrumento regulatório para organizar a sociedade, o que ocasiona o inchaço do sistema de justiça e causa ainda mais conflitos e insatisfações no seio social, seja pela ineficiência do Estado perante a visão da maior parte da população, seja pela injustiça na sua forma de atuação entre as camadas menos favorecidas. Um dos exemplos, como visto, é a política pública adotada para tratar da questão das drogas, a qual gera uma grande quantidade de problemas sociais, políticos, orçamentários-econômicos e jurídico-criminais.

No campo da ciência do Direito, verifica-se a insuficiência das respostas e teorias existentes para pensar o fenômeno jurídico contemporâneo, ocasionando uma crise que conduz a uma necessária e urgente busca, já que o modelo atual (que vincula Direito e lei estatal) já não serve mais[678], de novos critérios paradigmáticos para criar, pensar e realizar o Direito.

Com a insuficiência do ordenamento jurídico-estatal para resolver problemas e satisfazer necessidades humanas básicas, as instabilidades ou perturbações protraem-se no tempo, e agudizam as contradições e a crise, fazendo com que grupos sociais de interesses comuns (étnicos ou religiosos, por exemplo) organizem-se para: realizar suas necessidades humanas essenciais, onde quer que se encontrem; concretizar normas-princípios constitucionais não efetivados no mundo real; e/ou exigir outros modelos de solução de problemas sociais – o que leva ao surgimento dos chamados "novos direitos"[679].

Observe-se que a categoria teórico-prática "novos direitos"[680] não designa tão somente direitos, relações ou fatos jurídicos que passaram a existir recentemente[681], como se fossem desconhecidos em um tempo remoto ou não fossem objeto de preocupação ou proteção de diferentes ordenamentos jurídicos. Muitos desses "novos direitos", no caso em estudo, especificamente, advindos de certos cultos e rituais de diferentes religiões que se integram

---

[678] "Assim considerada, a crise é uma noção que serve para opor uma ordem ideal a uma desordem real, na qual a ordem jurídica é contrariada por acontecimentos para os quais ela não sabe dar respostas eficazes", conforme FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica.* São Paulo: Edusp, 1988, p. 20.

[679] Sobre o conceito e a gênese dos "novos direitos", ver WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo...* Op. cit., *maxime* pp. 96 e ss.

[680] O termo já era utilizado para designar o produto da multiplicação de direitos que ocorre no mundo contemporâneo por BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5ª reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68.

[681] Em sentido contrário, utilizando o termo de forma mais restrita, apenas para designar direitos nascentes de novas descobertas e das inovações tecnológicas, MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica.* Florianópolis: OAB Editora, 2000, p. 69.

no continente europeu, já existiam como decorrência de direitos e garantis constitucionais, como a liberdade religiosa, mas não com a concretude exigida para sua plena fruição[682]. O conteúdo variável desses direitos decorre da maior complexidade do mundo atual e das novas interações (pessoais, sociais, jurídicas, bioéticas, tecnológicas, etc.), sendo utilizada a classificação de "novos direitos" para designar situações juridicamente relevantes que englobam novos aspectos da vida ou novas exigências humanas e sociais. Tal marco traz intrinsicamente a ideia de que o sistema jurídico é um "todo" inacabado, aberto e que as novas realidades exigem maior amplitude de avaliação e reflexão sobre o que merece proteção jurídica[683].

Algumas práticas que concretizam esses "novos direitos" não eram, em um passado recente, uma preocupação do sistema jurídico dos, hoje, países poliétnicos multiculturais e multirreligiosos, pois não existiam, em seu seio social originário, as condutas e necessidades que criam e exigem essa nova normatividade. Os "novos direitos" surgem diante das necessidades que aparecem na práxis da vida comunitária-participativa cotidiana, como é o caso da *ayahuasca*, e a partir das novas interações sociais e jurídicas que emergem com a globalização e o desenvolvimento tecnológico. Diante da necessidade humana existencial de religiosidade, da vinculação inarredável do consumo da bebida psicoativa à experiência religiosa dos grupos *ayahuasqueiros* brasileiros e do conflito dessa prática com o ordenamento jurídico estatal de diversos países, surge a carência real de concretizar o princípio da liberdade religiosa através do reconhecimento da licitude do consumo ritual da *ayahuasca* (um novo direito).

Antes da interação cultural com essas religiões brasileiras, era impensável em um país europeu tal figura, pois a *ayahuasca* não compõe o arcabouço cultural das sociedades de acolhimento, sendo (no passado) desnecessário/impossível o seu reconhecimento. Tal prática sequer era cogitada em países não sul-americanos, ainda que, em abstrato, já fosse assegurado, na maioria dos países do mundo, o direito à liberdade religiosa. O encontro com

---

[682] Sobre a relação existente entre a transnacionalização do Direito e a especificação dos direitos fundamentais como gênese de "novos direitos", ver GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos "novos" direitos fundamentais e as demandas transnacionais. *Revista do Direito UNISC*, Santa Cruz, nº 33, pp. 103-129, jan./jun. 2010.

[683] Como realizado em NETO, Luísa. *Novos direitos ou novo(s) objecto(s) para o Direito?* Porto: Universidade do Porto Editorial, 2010.

o diferente, com outras culturas, permite o aparecimento de "novos direitos"[684], os quais muitas vezes colidem com outras normas jurídicas, como o caso aqui estudado, em que se pode subsumir perfeitamente as condutas realizadas pelos *ayahuasqueiros* ao tipo penal de tráfico ou uso de drogas. Contudo, quando se busca a organização justa e o respeito às diferenças culturais, não se aceita a utilização do direito penal diretamente contra práticas culturais tradicionais, surgindo a necessidade de pensar como será a interação e a integração entre normas jurídicas oriundas de diferentes fontes do direito, uma vez que é necessário encontrar soluções justas e de concordância prática (uma vez que não se encontram respostas prontas, adequadas e suficientes apenas se recorrendo ao sistema jurídico estatal) para que sejam harmonizadas (dentro do possível) diferenças culturais e normativas em um mesmo espaço territorial.

Assim, como resposta possível ao fenômeno, ressurgem concepções pluralistas do Direito[685], as quais podem ter matizes tão diversas quanto o *transconstitucionalismo*, defendido por Marcelo Neves[686] – o qual considera ordenamentos jurídicos estatais, internacionais, supranacionais e locais-nativos como pertencentes a um sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial[687] – ou o *pluralismo jurídico comunitário-participativo*, proposto por Antonio Carlos Wolkmer[688], que sugere um regresso aos elementos materiais-ontológicos do próprio fenômeno jurídico.

A ideia de transconstitucionalismo parte da concepção de que existem problemas jurídico-constitucionais que afetam de maneira igual ou semelhante mais de uma ordem constitucional estatal, o que os transforma em problemas transnacionais, algumas vezes mundiais, e que precisam ser analisados, interpretados e pensados a partir de um entrelaçamento e de uma transversalidade de ordens jurídicas[689]. Propõe-se, com essa teoria,

---

[684] No mesmo sentido, utilizando-se do termo *nomic community*, cunhado por Robert Cover (1943-1986), Jeremy Waldron trata das normas culturais advindas de comunidades nômicas/normativas que conflitam com as normas estatais e constituem os problemas multiculturais atuais. Ver WALDRON, Jeremy. *One Law*... Op. cit., *maxime* p. 16 e ss.

[685] Sobre as concepções clássicas do pluralismo jurídico, as quais ainda não discutiam a ideia de multiculturalismo, ver REALE, Miguel. *Teoria*... Op. cit., pp. 265 e ss.

[686] NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[687] NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*... Op. cit., p. 131.

[688] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo*... Op. cit.

[689] "Nem todo entrelaçamento de ordens jurídicas ocorre entre tribunais. Muitas vezes, há a incorporação de normas de outra ordem, sem intermediação de diálogos entre tribunais. Uma reinterpretação da própria ordem a que está vinculado um tribunal pode ocorrer em face da incorporação de sentidos normativos extraídos de

que haja uma abertura do constitucionalismo para além do Estado e de ordens jurídicas estatais, uma vez que a violação ou efetivação de diversos direitos, principalmente direitos humanos, não ficam restritas às fronteiras territoriais de um Estado e não podem ser satisfatoriamente tratadas por um ordenamento jurídico isolado.

Preocupado em promover um diálogo entre ordenamentos jurídicos distintos, nomeadamente entre os direitos estatais e o direito internacional público, o supranacional e ordens jurídicas locais extraestatais[690], o transconstitucionalismo é um passo importante, ainda que tímido, para um pluralismo jurídico adequado à diversidade cultural e à integração mundial existente hoje em dia. Os principais contributos de tal estudo são: i) a demonstração da "transterritorialização de problemas jurídico-constitucionais"[691], o que faz com que existam problemas comuns em diversas partes do mundo; ii) a constatação da incapacidade de qualquer ordenamento jurídico estatal isoladamente oferecer respostas adequadas a problemas multiculturais complexos; iii) a ilegitimidade, no atual estágio e de acordo com o que se deseja para a humanidade, de buscar respostas isoladas ou indiferentes, já que os problemas são comuns, ao que acontece em outros lugares do mundo; iv) demonstrar que a consistência e a lógica binária (lícito/ilícito) de qualquer sistema jurídico mantêm-se inalteradas, ocorrendo tão somente uma abertura do sistema para "critérios normativos originariamente diversos"[692].

Contudo, o transconstitucionalismo não aborda diretamente os problemas multiculturais atuais, enfrentados nos estados poliétnicos, uma vez que restringe sua análise para "a relação problemática entre as ordens jurídicas estatais e as ordens extraestatais de coletividades nativas"[693], o que caracteriza os problemas jurídicos enfrentados há muito por estados multinacionais, que podem orientar algumas linhas de ação, e até orientar soluções semelhantes, mas que não são propriamente um problema multicultural atual, como o ora estudo, visto que os povos nativos encontram-se, via de regra, isolados e em seu local de

---

outras ordens jurídicas. Além disso, em outros níveis do sistema jurídico, há aprendizados e intercâmbios permanentes, como ocorre na relação informal entre legislativo, governos e administrações de diversos países", conforme NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...* Op. cit., p. 118.

[690] Ibid., pp. 132 e ss.

[691] Ibid., p. 131.

[692] Ibid., p. 128.

[693] Ibid., p. 216.

origem; não em trânsito pelo mundo e instalando-se em países culturalmente e juridicamente constituídos.

Partindo de uma perspectiva antipodal do transconstitucionalismo, a ideia de pluralismo jurídico sintetizada por Wolkmer consiste, basicamente, em compreender o fenômeno jurídico a partir de elementos materiais encontrados em práticas sociais cotidianas, as quais indicam necessidades humanas fundamentais não atendidas ("novos direitos" desejados), reivindicam a satisfação dessas carências e constroem participativamente, no convívio comunitário, direitos e normas jurídicas[694]. Assim, movimentos sociais ou grupos étnicos-religiosos minoritários com um mínimo de institucionalização, como os grupos *ayahuasqueiros*, podem ser considerados como fontes de produção jurídica, uma vez que produzem direitos e normas que expressam necessidades humanas reais e seus membros internalizam essas normas como razões para agir com caráter de obrigatoriedade.

Ademais, grupos minoritários possuem seus próprios mecanismos de controle e coercibilidade, podendo inclusive punir gravemente um membro com a sua expulsão do grupo. No caso dos *ayahuasqueiros*, por exemplo, o sistema normativo que possuem, em que pese não necessariamente escrito, é institucionalizado e influencia diversas esferas da vida das pessoas, impondo razões de como agir e por que agir em diversas situações. Os membros da comunidade efetivamente seguem as normas e internalizam a obrigatoriedade de diversos comportamentos, seja na vida cotidiana de organização da vida comunitária, na relação com outros membros do grupo e em questões relativas a como, quando, quanto, com quem e onde produzir, distribuir e consumir a *ayahuasca*.

Com a internacionalização e a instalação de grupos *ayahuasqueiros* brasileiros em países onde o principal elemento de sua cultura é proibido e considerado ilícito, inclusive com repressão criminal, surgem necessidades comuns transnacionais, reforçando uma vontade geral de reconhecimento, que fortalece a identidade coletiva, como em outros grupos étnicos (comunidades de interesses)[695], e estimula a gênese (diante da carência de realização

[694] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo*... Op. cit., pp. 170 e ss.
[695] KYMLICKA, Will. *Ciudadanía*... Op. cit., pp. 187 e ss.

de necessidades comunitárias) de "novos direitos" (nova normatividade jurídica), desvinculados do poder estatal[696].

Assim, pode-se verificar, no interior de diversos grupos minoritários, normas com conteúdo e forma jurídica, inclusive, como dito, com a previsão de sanções coercitivas, sistemas de justiça e interiorização da obrigatoriedade das regras de conduta estabelecidas consensualmente. Encontra-se, na realidade concreta, o fenômeno jurídico e a essência do Direito, não sendo possível negar a juridicidade de certas normas pela não produção estatal, o que seria apenas uma concepção formalista equivocada que confunde normas jurídicas com leis estatais e busca somente legitimar o poder estabelecido em detrimento de uma participação política de base e de um Direito "que não se fundamenta em esquemas interpretativos ideais *a priori* e em proposições técnicas lógico-formais, mas, essencialmente, na práxis cotidiana interativa de um todo concreto que se organiza para produzir a vida social"[697].

Evidentemente que é necessário, para que se verifique tais elementos materiais do fenômeno jurídico, o mínimo de institucionalização[698] e de uma ideia de justiça, o que geralmente é encontrado em grupos que se autorregulam, possuem princípios axiológicos comuns, são comprometidos com a dignidade do outro (o que nem sempre é verdade, mas geralmente existe alteridade em grupos comunitários menores) e buscam realizar necessidades humanas fundamentais insatisfeitas, sejam de sobrevivência material ou de existência digna. Neste sentido, enxerga-se de maneira ideal "o Direito como fenômeno resultante de relações sociais e valorações desejadas [em que há] uma legitimidade embasada nas 'justas' exigências fundamentais de sujeitos emancipados"[699].

Essa concepção pluralista do Direito propõe uma ruptura radical com o monopólio de produção normativa estatal, permitindo uma autorregulação de grupos étnicos minoritários através da aceitação de outras fontes de produção jurídica. Acredita-se que tal modelo possibilita uma melhor realização das necessidades e vontades individuais reunidas dentro da vontade coletiva do grupo. A juridicidade, neste desenho, passa a utilizar critérios

---

[696] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo...* Op. cit., pp. 96 e ss.
[697] Ibid., p. 23.
[698] Ibid., pp. 152 e ss.
[699] Ibid., p. 82.

materiais para analisar as motivações e as razões de agir dos sujeitos concretos; não mais estabelecendo um critério formal-arbitrário de produção jurídica. Novos atores sociais (individuais e coletivos) passam a interferir na vida política e social dos Estados nacionais, fazendo com que seja necessária uma nova compreensão das fontes do direito, da juridicidade e da maneira como se interpreta a aplicação das normas jurídicas (estatais ou extraestatais), principalmente quando diante de antinomias[700].

Cabe destacar que a ideia de pluralismo jurídico não prega a negação do ordenamento jurídico estatal, nem tão pouco busca a sua substituição por outro sistema normativo "completo e acabado" (muito menos a substituição do subsistema penal por outro). Ao contrário, quando se fala em pluralismo jurídico refere-se a ordenamentos menores, abertos e inacabados; portanto, complementares ao ordenamento jurídico oficial. É por essa razão que alguns juristas preferem utilizar outros termos, como *pluralidade jurídica*[701], *pluralismo normativo*[702], *interlegalidade* ou *internormatividade*[703], indicando que há variadas fontes de Direito e que, em um mundo complexo e multicultural, deve-se superar a ideia de completude que se acreditava alcançar com o monismo jurídico ou com o positivismo jurídico.

Um sistema sem contradições e que abarca todas as situações da vida (ainda que as regras de resolução de antinomias e de preenchimento de lacunas normativas, bem como a aplicação de normas principiológicas, permitam decisões mesmo diante da ausência de regras específicas previstas na lei estatal) é impossível em um mundo diverso, plural e ricamente criado por culturas e pessoas diferentes[704]. É impossível, diga-se a verdade, quando o ideal

---

[700] Como a proposta desenvolvida por Habermas de que "para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm de satisfazer simultaneamente às condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente", HABERMAS, Jürgen. *Direito...* Op. cit., p. 246.

[701] Boaventura de Sousa Santos defende que o termo "pluralidade jurídica" (*legal plurality*) deve ser utilizado, na concepção pós-moderna do Direito, como superação do "pluralismo jurídico" (*legal pluralism*), pois suplanta a ideia de pluralismo jurídico como oposição ao direito positivo estatal, não retira a centralidade do Estado de Direito e traduz, sem um viés romântico ou idealizado como progressista em si mesmo, a ideia de que o Direito e o jurídico devem ser pensados na interligação entre ordenamentos locais-comunitários, estatais-nacionais e supranacionais-organizacionais. Ver SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a new legal common sense:* law, globalization and emancipation. 2ª ed. Cambridge: Butterworths LexisNexis, 2002, *maxime* pp. 89 e ss

[702]; DIAS, Augusto Silva. *Crimes...* Op. cit., p. 34.

[703] HOEKEMA, André J. Does the Dutch Judiciary Pluralize Domestic Law? In. GRILLO, Ralph et al (Eds.). *Legal Practice and Cultural Diversity.* Farnham: Ashgate, 2009, pp. 177-198, p. 191.

[704] "Não se pode mais visualizar, num conflito de leis, o Direito estatal como a instância mais justificável, adequada e legítima para exercer a hegemonia em nome da maioria social", WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo...* Op. cit., p. 406.

buscado é de justiça e de respeito ao ser humano e às diferentes visões de mundo e escolhas pessoais; pois é sempre possível utilizar, simplesmente, um raciocínio de subsunção ou analogia e aplicar a lei estatal, indiferente ao mundo real, às peculiaridades de cada caso e aos anseios das pessoas e de grupos minoritários que buscam alternativas às formas de vida estabelecidas em um determinado espaço e tempo.

Pode-se falar aqui na estratégia da exceção (*exemption strategy*)[705], que cria "nichos jurídicos"[706] ou cláusulas de privilégio excludentes de ilicitude para determinadas pessoas ou grupos, mas se compreende que as normas extraestatais compõem o sistema jurídico complexo que é exigido em estados multiculturais e, portanto, têm vigência e eficácia plenas, o que, inclusive, permite que exista o conflito com outras normas válidas. Não parece, portanto, que o melhor caminho teórico seja acomodar o conflito de normas dentro de cláusulas de exceção.

A escolha ético-política da dignidade humana e do consequente respeito à liberdade de escolha individual exige a aceitação de um pluralismo normativo, sempre circunscrito, como se verá adiante, pela sociedade que se deseja, reunida em torno da universalidade das liberdades, da convivência entre elas e do respeito às escolhas das pessoas. Ademais, tal postura inibe a chamada "grande perversão do multiculturalismo"[707], isto é, ao se julgar respeitador e acolhedor das diferenças, o multiculturalismo só as aceita no âmbito do que enxerga como cultural, mantendo intocáveis outros âmbitos ou ordens que considera apriorísticos, como a ordem jurídico-estatal e a economia.

Um Direito despreocupado com outros sistemas normativos, com a ideia de justiça que se encontra no mundo real e com as relações entre as pessoas e grupos comunitários (ainda mais quando étnicos) perde legitimidade e eficácia (de suas normas em abstrato ou de suas decisões judiciais), incrementando a crise e os conflitos existentes, o que pode levar a rupturas sociais graves e imprevisíveis. Ao negar uma abertura normativa, em muitos casos o Estado terá que aplicar normas sem força vinculante e sem aceitação de sua legitimidade

---

[705] GREENAWALT, Kent. The Cultural Defense: reflections in light of the model penal code and the Religious Freedom Restoration Act. In. KYMLICKA, Will et al (Eds.). *Criminal Law and Cultural Diversity*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 153-176, p. 155.
[706] HÖFFE, Otfried. *Derecho*... Op. cit., pp. 150 e ss.
[707] MOURA, Cristina Patriota de. Multiculturalismo e capacidade imaginativa no domínio da religião. *Caminhos*, Goiânia, vol. 05, n. 01, pp. 41-52, jan./jun. 2007, pp. 44 e ss.

(sem vinculação dos interessados à ideia de sua obrigatoriedade), o que gerará sensação de injustiça e será visto como utilização de força bruta; jamais como realização do Direito[708].

Da mesma forma, quando um ordenamento jurídico extraestatal começa a almejar a completude e a negar outros sistemas normativos, ele passa a ter os mesmos problemas, antagonismos e vícios de uma concepção unitária do Direito e do ordenamento jurídico positivado oficial. O pluralismo jurídico só funciona com a aceitação do conflito, da complementariedade, com a pluralidade de fontes normativas jurídicas e com o estabelecimento de uma ordem dialógica e argumentativa para regular a vida em sociedade.

Partindo da concepção de que as decisões normativas precisam ser sustentáveis em determinada comunidade jurídico-política, a qual almeja uma vida justa e com isso a convivência social pacífica (ou a mais pacífica possível), somando-se à ideia de que o direito penal é um dos diversos instrumentos para limitar o arbítrio daqueles que detêm o comando estatal ou dos mais fortes e, ao mesmo tempo, serve para impedir o ciclo de violência que se inicia com uma conduta que ofende interesses relevantes do indivíduo ou da sociedade; tem-se que casos problemáticos difíceis (*hard cases*)[709], como se pode classificar o ora estudado, devem ser resolvidos dentro de uma lógica jurídica, com argumentos ético-jurídicos, dentro de uma comunidade de princípios e com objetivos emancipadores do ser humano, não sendo suficiente, em uma sociedade multicultural, a lógica penal tradicional[710].

O reconhecimento dos "novos direitos", a aceitação de uma parcial autorregulação de grupos minoritários[711] e a adoção de um sistema de "interlegalidade multicultural"[712], o que muitas vezes equivaleria à concretização de princípios materiais do próprio sistema jurídico constitucional, é uma configuração possível para manter uma autêntica juridicidade, o

---

[708] "A ligação da validade do direito com sua gênese não permite uma solução simétrica do problema da racionalidade", HABERMAS, Jürgen. *Direito*... Op. cit., p. 251.

[709] "The courts have to actively continue the work of reconstructing the legal system as a system of rights. This task, which we might speak about as upholding the 'integrity of law', presupposes many techniques judges use to try to resolve hard legal cases", NUOTIO, Kimmo. Between denial and recognition: criminal law and cultural diversity. In. KYMLICKA, Will et al (Eds.). *Criminal Law and Cultural Diversity.* Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 67-88, p. 73.

[710] "De que modo a prática da decisão judicial pode satisfazer, simultaneamente, ao princípio da segurança e da pretensão de legitimidade do direito? Dworkin entrega a solução do problema a uma teoria pretensiosa, a qual permite, especialmente em casos difíceis, fundamentar as decisões singulares a partir do contexto coerente do direito vigente racionalmente reconstruído", HABERMAS, Jürgen. *Direito*... Op. cit., pp. 261 e 262.

[711] SHACHAR, Ayelet. *Multicultural*... Op. cit., p. 28.

[712] Conforme conceito desenvolvido por SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward*... Op. cit., *maxime* pp. 97-98 e 437-438.

reconhecimento concreto de uma liberdade individual de escolha sobre como viver e, ao mesmo tempo, para assegurar, em um mundo desigual e em sociedades conflitivas, uma liberdade funcional de possuir condições materiais efetivas de sobrevivência e de realização da liberdade de todos[713].

Esse reconhecimento é a salvação da própria ideia de Estado constitucional, ou ao menos uma etapa intermediária para uma mudança radical, pois ao não conseguir atender e satisfazer todas as carências individuais e coletivas dos imigrantes ou das pessoas que integram grupos minoritários, assegura-se que eles possam autogerir-se em algumas questões, buscar alternativas e realizar as necessidades que o Estado de bem-estar não consegue atender[714]. Na organização social e em outros ramos do Direito os efeitos benéficos de tal política serão sentidos de forma mais intensa do que no subsistema do direito penal, mas este é um bom começo para que seja implementada a mudança de paradigma e de organização que a atual realidade exige e que ninguém sabe ao certo em que momento e estágio será estabilizada. De qualquer forma, o primeiro passo para essa nova maneira de organizar a vida em sociedade pode ser dado com a reformulação do pensar, interpretar e aplicar normas incriminadoras, tese que será desenvolvida na sequência.

[713] No mesmo sentido, NEVES, António Castanheira. O Direito como alternativa humana: notas de reflexão sobre o problema actual do Direito. In. NEVES, António Castanheira. *Digesta:* escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 01. Reimp. Coimbra: Coimbra, 2010, pp. 287-310, *maxime* pp. 308-310.

[714] A autorregulação proposta consiste na concretização de princípios constitucionais previstos pelo Estado nacional, o que promove a integração e a convivência pacífica entre as diferenças, não um autogoverno que tende ao separatismo, como preocupação exposta por KYMLICKA, Will. *Ciudadanía*... Op. cit., pp. 248 e ss.

4.2. O difuso e o indefinido como pensamento complexo (e não como caos): a interpretação jurídica[715] multicultural como novo paradigma do direito penal

Nos atuais Estados pluriétnicos-multiculturais, constata-se certo esgotamento e insuficiência do paradigma[716] da dogmática jurídico-penal tradicional, pois, ao utilizá-la com seus parâmetros tradicionais para questões que envolvem determinadas práticas culturais de grupos étnicos, ocorre uma verdadeira tipicidade penal coletiva; uma vez que a criminalização não é de uma mera ação individual que fere valores e interesses sociais relevantes previstos na legislação estatal, mas de comportamentos culturais arraigados e mantidos por todos os integrantes de determinada comunidade. O que ocorre nesses casos é uma tipificação/criminalização de conflitos coletivos que ocorrem dentro da sociedade[717], algo relativamente comum em países periféricos, mas intensificado em países desenvolvidos em razão do aumento do fluxo migratório mundial.

O modelo dogmático-penal tradicional de legalidade formal não consegue mais responder, suficientemente, às necessidades de regulação social, sendo que uma aplicação usual do direito penal não contribui para a pacificação social; ao contrário, é a gênese de mais conflitos e problemas sociais. As demandas por "novos direitos", a busca pela aplicação justa das normas e a realização de uma cultura cívica comum ou de interesses jurídicos comuns e universais (dignidade humana e liberdade de conformação da própria personalidade e da própria vida, por exemplo) exigem um novo paradigma jurídico-penal de aplicação das normas incriminadoras que envolvam práticas culturais relacionadas com grupos étnicos e comunidades que buscam uma alternativa ao modelo de vida eurocêntrico.

Neste contexto, cabe testar um novo modelo interpretativo de realização do direito penal, mais aberto à complexidade do mundo atual, mas nem por isso desordenado, caótico

---

[715] Utiliza-se o termo interpretação jurídica no sentido amplo de interpretação para realizar o Direito (*interpretatio iuris*), conforme NEVES, António Castanheira. *O actual...* Op. cit., p. 63: "O decisivo está em atender a que o objetivo e o problema da interpretação jurídica não os temos hoje na compreensão determinativa de um direito pressuposto, como *objecto*, em textos que o positivem e a cumprir assim numa intenção teorético-cognitiva mediante uma hermenêutica apreensão desses textos; mas no elaborar ou constituir, a partir e com base metodológica nos critérios jurídicos positivos (nos critérios normativos do direito positivo, que se não confundem com os textos em que se enunciem, as judicativo-decisórias soluções de problemas ou casos jurídico-concretos, numa intenção prático-normativa".

[716] KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas.* 5ª ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998, pp. 67 e ss.

[717] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo...* Op. cit., p. 88.

ou anárquico. O pensamento complexo[718] exigido do jurista não se confunde com ausência de argumentação jurídica-racional nos julgamentos ou "decisionismo" arbitrário e sem critérios, da mesma forma que a abertura estatal a outras normas jurídicas não significa perda de soberania ou desagregação social. Do mesmo modo, o antiformalismo[719] advindo desse posicionamento não implica sociologismo e transformação da ciência jurídica em mera política, ainda que o conteúdo concreto da práxis social ganhe lugar de destaque no pensamento jurídico multicultural.

Tratar-se-á, primeiro, da questão da soberania estatal e de como será harmonizada a abertura normativa com a estabilidade exigida para o mínimo de agregação social organizada. Sobre a questão, cabe iniciar com o alerta de Miguel Reale, pois:

> "É o predomínio incontestável da legislação estatal, consagrada pelos códigos e pacífica na Jurisprudência, que induz facilmente ao erro positivista de identificar o Direito com a sua expressão formal, levando ao duplo erro do Estado criador do Direito (à soberania como poder de produzir Direito) ou ao Estado como personificação do Direito (à soberania como validade da ordem normativa)"[720].

Não se pensa na eliminação de um poder de supervisão geral do Estado para as diferentes formas de sistema normativo, como já existe hoje em diversos setores e subsistemas jurídicos, pois merece ser protegida a ideia de que a finalidade social-estatal essencial é a realização de direitos fundamentais, de desenvolvimento da cultura cívica comum e da emancipação do ser humano. Ademais, a coercibilidade, entendida como possibilidade de proteção de direitos por parte de uma autoridade constituída/institucionalizada, um dos traços distintivo do Direito[721], ganharia em

---

[718] "O pensamento complexo também é animado por uma tensão permanente entre a aspiração a um saber não fragmentado, não compartimentado, não redutor, e o reconhecimento do inacabado e da incompletude de qualquer conhecimento". MORIN, Edgar. *Introdução...* Op. cit., p. 07.

[719] "Entre todos os pluralistas há um denominador comum, que é o antiformalismo, o repúdio à lei como forma, isto é, sem o conteúdo concreto da vida social. Daí um primeiro perigo que ameaça a todo sistema pluralista de descambar para o sociologismo, de fazer Sociologia em lugar de Direito", REALE, Miguel. *Teoria...* Op. cit., p. 266.

[720] Ibid., p. 250.

[721] "Já vimos que é impossível pensar a atualização do Direito sem o poder, sem um centro de referência, de decisão e de garantia", REALE, Miguel. *Teoria...* Op. cit., p. 270.

legitimidade com a aceitação pelo Estado de um pluralismo normativo e uma melhor e mais ampla avaliação dos casos difíceis.

Aqui, é patente reconhecer a proximidade do pensamento ora desenvolvido com o movimento *institucionalista*[722], pois a pluralidade de fontes do direito, isto é, de normatividade jurídica positiva, não implica uma pluralidade de soberanias em determinado espaço-tempo, mantendo-se sempre uma última instância estatal de dizer o Direito (determinação jurídica com coercibilidade) em um caso concreto conflitivo, mais claramente no caso do direito penal. De qualquer forma, não é mera faculdade do Estado reconhecer e aplicar normas jurídicas extraestatais vigentes e com eficácia quando vai resolver um problema jurídico, cabendo analisar todo o Direito para aplicá-lo correta, válida e legitimamente. Neste ponto, a presente tese afasta-se e diverge da filosofia do Direito e do Estado de Miguel Reale, pois ele entende, arbitrariamente, no mesmo sentido que Giorgio Del Vecchio (1878-1970)[723], que "não é possível colocar todos os ordenamentos jurídicos em um mesmo pé de igualdade"[724], construindo uma graduação de positividade jurídica das normas que, em última análise, reconstrói o estatalismo monista sob outra roupagem.

De qualquer maneira, a soberania dos Estados nacionais não fica ameaçada com o reconhecimento das diferenças[725] e com a ampliação do campo de aceitação da diversidade cultural. A unidade da comunidade de princípios é assegurada mesmo com certa indefinição prévia (em abstrato), pois a fundamentação da decisão em cada caso concreto será construída dentro de argumentos jurídicos, racionais e aceitos no edifício axiológico fundado em valores comuns (ainda que mínimos) de uma sociedade-comunidade jurídico-política, principalmente na tentativa de máxima realização dos direitos humanos e da liberdade de cada pessoa escolher seu próprio destino (fundamentos e finalidades que, de forma ideal, suportam toda a organização social).

---

[722] Sobre o movimento institucionalista francês, especialmente Maurice Hauriou (1856-1929) e Georges Renard (1876-1943), e o institucionalismo de Santi Romano, ver REALE, Miguel. *Teoria...* Op. cit., pp. 288 e ss.
[723] DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito.* 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1979, pp. 487 e ss.
[724] REALE, Miguel. *Teoria...* Op. cit., pp. p. 324.
[725] Neste ponto, pressuponho – sem uma reflexão mais profunda sobre a possível superação do modelo estatal existente, mas também sem uma tentativa legitimadora do mesmo, em razão da impossibilidade de uma análise crítica da teoria do Estado e da própria sociedade, neste momento – que o Estado-nação é um modelo válido e legítimo (porque o melhor imaginado, até agora) para a consecução de fins éticos e materiais da convivência humana.

A *hermenêutica diatópica*, proposta por Boaventura de Souza Santos[726], é um modelo útil para se identificar os princípios comuns entre os mais diversos sistemas normativos que podem chocar-se no mundo pluricultural existente, sendo uma forma aproximada de chegar à interpretação jurídica multicultural proposta. Nesta, há maior verticalidade e necessidade de ampla fundamentação argumentativa sobre a compatibilidade principiológica das normas aplicadas a um caso jurídico (até porque a consciência da incompletude dos sistemas não afasta a necessidade da decisão concreta), pois ocorre a partir de uma manifestação estatal de poder, com premissas de argumentação jurídica e em uma lógica *lícito x ilícito*, ainda que em um sentido que considere os direitos humanos de forma cosmopolita e em suas variadas interpretações[727].

Em proposta similar a ora defendida, mas sob a denominação de *hermenêutica intercultural*[728], Augusto Silva Dias defende a utilização de uma metodologia jurídica intercultural para casos penalmente relevantes em que a motivação do agente foi influenciada por fatores culturais. Esclarece o autor que tal abertura dialógica e inclusiva não traduz um uso alternativo do Direito e nem gera uma automática benevolência com fatores culturais, mas permite a ponderação das diferenças, rompe com uma perspectiva autorreferencial da dogmática penal e impede uma injusta distorção valorativa na decisão judicial estatal[729].

Importa, neste ponto, destacar que mesmo nos casos difíceis é possível uma compatibilização argumentativa de visões de mundo e de princípios, ainda que possa ocorrer a não aplicação de uma lei estatal em determinado caso. A não geração de efeitos de uma norma incriminadora, por exemplo, em determinado caso concreto, por existir outra norma jurídica antinômica na situação específica, não retira a validade de todo o ordenamento

---

[726] "A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os topois de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto à própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível – e sim ampliar ao máximo a consciência da incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e o outro, noutra. Nisto reside o seu caráter diatópico", SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma concepção*... Op. cit., p. 21.

[727] "A tarefa central da política emancipatória do nosso tempo consiste em transformar a conceitualização e prática dos direitos humanos de um localismo globalizado em um projeto cosmopolita", Ibid., p. 18.

[728] DIAS, Augusto Silva. A responsabilidade criminal do "outro": os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural. *Revista Julgar*, Lisboa, n. 25, pp. 95-108, jan./abr. 2015, *maxime* pp. 101 e ss; DIAS, Augusto Silva. *Crimes*... Op. cit., *maxime* pp. 29 e ss.

[729] DIAS, Augusto Silva. *Crimes*... Op. cit., *maxime* pp. 46 e ss.

jurídico estatal ou do subsistema penal. Será o julgador representante da soberania estatal que analisará os casos difíceis, as razões normativas para um fato penalmente relevante e que restará como tábua de salvação para qualquer indivíduo que se sinta injustiçado; não existindo qualquer diminuição da soberania estatal ou da ideia de Direito com o reconhecimento da positividade de normas jurídicas extraestatais. A afirmação da soberania do ordenamento jurídico de determinada comunidade política, em seus princípios fundantes, o que realmente importa, não perde validade com a análise criteriosa, aberta, complexa e justa de um caso concreto difícil. Ao contrário, com a melhor aplicação do Direito, há maior vinculação dos indivíduos ao ordenamento jurídico, o qual ganha força e legitimidade.

É relevante destacar que a soberania estatal também é assegurada pela manutenção do monopólio da tipificação penal, aceitando-se o pluralismo normativo e a interpretação multicultural como novas garantias da liberdade e da emancipação do ser humano, isto é, como mais um filtro para a criminalização e penalização, não como ampliação dessas possibilidades. Tal pressuposto é necessário para se "andar para frente", não se satisfazendo com o modelo que hoje prepondera, mas também não abrindo mão das conquistas históricas e garantias já alcançadas pela dogmática penal e pelo Estado de Direito democrático liberal[730].

Em resumo, dentro de uma estrutura soberana estatal, com a última instância de dizer o Direito em casos de conflito reservada ao Estado, entende-se o pluralismo jurídico multicultural a partir da não aceitação do formalismo legal como único critério de juridicidade, existindo uma possibilidade efetiva de análise múltipla das normas jurídicas (estatais e extraestatais) que podem ser tomadas pelos sujeitos envolvidos na situação real como razões para agir e, posteriormente, pelo julgador, como fundamento racional para tomar a melhor decisão jurídica.

Esclarecidas as questões relativas à soberania estatal, a não criação de subsistemas penais autônomos e independentes e à garantia de se proteger conquistadas históricas da humanidade, analisar-se-á a questão do pensamento complexo que é exigido em casos

[730] No mesmo sentido que NUOTIO, Kimmo. *Between...* Op. cit., pp.86-87, destaco que, com a importância dada às conquistas de reconhecimento da diversidade cultural no direito penal (para limitá-lo), não se pretende defender que isso é suficiente ou que a discussão deve ser mantida dentro do campo repressivo do direito penal. Ao contrário, "deve-se ir além", para o bem do direito penal, da diversidade cultural e das pessoas em especial.

difíceis e como o particularismo racional auxiliará na concretização das possíveis respostas para a superação da crise paradigmática enfrentada.

As controvérsias que surgem em uma cultura do *civil law*, em relação ao pluralismo jurídico-normativo, são as mesmas que inicialmente dualizaram as discussões sobre o ativismo judicial estadunidense, especificamente sobre se deveria haver um uso criativo das fontes do direito ou uma aplicação estrita da norma estatal legislada (ou dos precedentes judiciais, no caso do *common law*), se deveria prevalecer no Direito uma racionalidade jurídica ou política e se deveria prevalecer a vontade popular ou os direitos humanos[731]. São as repostas a esses questionamentos que irão auxiliar a construção de um novo paradigma para o direito penal.

Acreditando que o melhor posicionamento sobre as fontes do direito já está suficientemente claro, analisar-se-á, com maior ênfase, a questão da racionalidade jurídica[732] exigida no mundo atual e do princípio norteador da ideia de Direito.

Faria Costa manifesta, em suas reflexões[733], a preocupação com o difuso e o indefinido que a atual mundialização da sociedade traz ao Direito, propondo um *nomos mundial*[734] para pensar a nova ordem jurídica que se impõe em um mundo multicultural, o qual traz consigo um novo direito penal, o direito penal multicultural ou *plurintercultural*.

A principal característica desse novo direito penal multicultural consiste em sua normatividade construída de modo participativo e dialógico, em um processo reflexivo, aberto e dialético-crítico constante; não baseado em uma normatividade pretensamente acabada e arquitetada com "referência a universalismos abstractos em que quase sempre se ocultam preconceitos racistas e eurocêntricos"[735].

O raciocínio jurídico positivista tradicional baseia-se no que crê ser a completude sistêmica e lógica do Direito, entendido como ordenamento jurídico estatal, acreditando que é necessário tal pressuposto para "fazer ciência jurídica"; o que impede a introdução do novo

---

[731] TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo...* Op. cit., p. 39.
[732] "A racionalidade é o jogo, é o diálogo incessante entre nossa mente, que cria estruturas lógicas, que as aplica ao mundo e que dialoga com este mundo real", MORIN, Edgar. *Introdução...* Op. cit., p. 70.
[733] COSTA, José Francisco de Faria. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra, 2005.
[734] COSTA, José Francisco de Faria. *Linhas...* Op. cit., *maxime* pp. 195 e ss.
[735] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por que...* Op. cit. p. 214.

e do diferente na constituição do Direito. Com a diversidade cultural advinda da globalização, porém, tornou-se impossível contornar as contradições da compreensão positivista do Direito e dos ordenamentos jurídicos nacionais, que veem seus tribunais obrigados a decidir sobre conflitos de interesse que envolvem visões de mundo e concepções da própria normatividade muito diversas, principalmente em relação às normas penais, as quais, em tese, resguardam os interesses e valores mais importantes e difundidos em uma sociedade.

O ponto forte de todas as concepções pluralistas do Direito consiste na constatação da insuficiência do modelo jurídico tradicional de regulação social[736] para dar respostas aos atuais problemas jurídico-sociais, principalmente os deste início de Século XXI, reconhecendo que a racionalidade jurídica positivista tradicional não permite que a paz social seja alcançada, sendo premente "respostas complexamente adequadas"[737].

Dentro da discussão sobre a política criminal de drogas, Salo de Carvalho também argumenta sobre o fracasso de uma lógica simplificadora aplicada ao problema:

> "A lógica da causalidade mecânica, cujo fundamento é realizar a etiologia do fenômeno para encontrar a solução para suas consequências, fracassou. A riqueza e a pluralidade das manifestações do mundo real demonstram que a percepção e o impacto de determinadas experiências são sentidas de formas diversas, estabelecendo relações distintas em cada indivíduo. Não por outro motivo os grandes projetos que buscam uniformizar respostas aos fenômenos das drogas e da violência fracassaram no choque com a diversidade e a intensidade do real"[738].

O que se busca com o novo paradigma interpretativo multicultural é "um sistema de decisões marcado por uma 'complexidade simultânea', ou seja, cada qual com sua área de atuação, compatibilizando-se, interdependentemente, os processos de autorregulação social com os procedimentos de regulação institucional do Estado"[739]. Em uma concepção complexa do mundo (natural e social) e da forma de compreendê-lo, tem-se que "o nosso universo constitui-se num tetragrama dialógico de interações nas quais se combinam de

---

[736] "Direito produzido e monopolizado pelo Estado moderno centralizador", WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo...* Op. cit., p. 354.
[737] NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...* Op. cit., p. 131.
[738] CARVALHO, Salo de. *A política...* Op. cit., p. 236.
[739] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo...* Op. cit., p. 406.

maneira, ao mesmo tempo, antagônica, concorrente e complementar: ordem, desordem, interações e organização"[740].

Assim, ao se introduzir o pensamento crítico complexo em um direito penal contemporâneo, exige-se o reconhecimento de que o Direito não está pronto e acabado em um modelo de ordenamento jurídico positivo; mas, ao contrário, que o Direito está em constante construção[741]. O pensamento complexo – ao tentar encontrar uma terceira via para os pensamentos simplificadores que antagonizam unidade e diversidade quando tentam explicar os fenômenos do mundo e resolver os problemas aí existentes[742], o que pode ser visto em diversas concepções da dogmática jurídica, que ao unificarem abstrata e teoreticamente uma concepção jurídica anulam ou esquecem da diversidade da realidade social; ou, por outro lado, aqueles que ao considerarem a diversidade esquecem da unidade e abdicam de um saber não fragmentado – busca superar o paradoxo do uno e do múltiplo que domina as ciências e a forma moderna de raciocinar, acreditando ser possível encontrar a "unicidade na pluralidade"[743].

Partindo da ideia de que o raciocínio jurídico é também um raciocínio ético, o qual "não é feito somente de razão, mas também de indignação e vergonha, de ternura e compaixão"[744], entende-se que o raciocínio que busca respostas certas ou erradas aprioristicamente prontas está fadado ao insucesso e à vulgar superação/ocultação de circunstâncias e peculiaridades, próprias do ser humano e da convivência social, que deveriam ser consideradas. Mesmo partindo de um sistema jurídico constitucional aberto, o qual permite o encaminhamento de boa parte das decisões jurídicas realizadas a partir de um raciocínio ordenado, na vida real existem situações extraordinárias e excepcionais (ao menos uma, segundo o Teorema de Gödel)[745] que exigem uma certa versatilidade do pensamento para solucionar adequadamente o caso concreto. Sem fazer com que o Direito entendido neste

---

[740] MORIN, Edgar. *O Método 6:* ética. 4ª ed. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 32.
[741] "A fragmentação não era sinal de apoucamento, antes manifestação da grandeza que o ser-diferente introduz no mundo do direito", COSTA, José Francisco de Faria. *Linhas...* Op. cit., p. 21.
[742] MORIN, Edgar. *Introdução...* Op. cit., p. 12.
[743] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo...* Op. cit., p. 22.
[744] COMPARATO, Fábio Konder. *Ética...* Op. cit. p.507.
[745] O Teorema de Gödel "demonstra que, num sistema formalizado, existe ao menos uma proposição que é indecidida: essa indecidibilidade abre uma brecha no sistema, que então torna-se incerto. É fato, a proposição indecidível pode ser demonstrada num outro sistema, até mesmo num metassistema, mas este comportará também sua brecha lógica", MORIN, Edgar. *Introdução...* Op. cit., pp. 45-46.

momento histórico perca a "consciência de si"[746], é necessário construí-lo e adaptá-lo às novas realidades e necessidades humanas.

São pressupostos para este novo tempo que se inicia para o Direito um sentido crítico e uma inescapável abertura de espírito[747], o que vai ao encontro do pensamento complexo de adotar uma atitude de ruptura e superação dos sistemas fechados de pensamento e permite a formação de uma racionalidade e de uma unidade complexa que considera, em qualquer reflexão, o caráter multidimensional de toda realidade, tomando a indeterminação como teste ao estabelecido ou um porvir de possibilidades melhores[748].

O inesperado e o diferente, em todos os campos da organização social, particularmente no âmbito do direito e da justiça penal, devem ser vistos como propulsores da evolução, como progresso[749], seja para reafirmar o existente ou para criar o novo. Assim como as culturas e os modos de vida em sociedade, o Direito cria-se e fundamenta-se ao ser confrontado, ao trazer razões e argumentos para suas escolhas. Toda ideia de sistema e de ordenamento é criada para o dia em que será questionada, em que terá que se afirmar por razões suficientes ou evoluir, adaptar-se, modificar-se e renovar-se para sobreviver, lutando contra a tendência de desintegração que o aumento da complexidade traz consigo[750].

Em uma visão pragmatista, considera-se as normas jurídicas contestáveis, revisáveis e mutáveis[751], sendo mais importante para o doutrinador (ao construir seu posicionamento) e o jurista (ao decidir um problema jurídico e aplicar/realizar o Direito) refletirem e fundamentarem suas decisões a partir de um contexto específico e com uma clara intenção de satisfazer necessidades humanas emancipadoras. Abandona-se, com isso, o delírio da coerência absoluta[752] no Direito e na ciência jurídica, concedendo maior importância a uma racionalidade autocrítica e que dialogue com o mundo real e com as pessoas a quem as normas dirigem-se.

---

[746] Aqui faz-se referência a qualidade do *consciousness or self-awareness*, encontrada em sistemas com alta capacidade de auto-organização, MORIN, Edgar. *Introdução*... Op. cit., p. 38.
[747] COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*... Op. cit. pp. 202-203.
[748] MORIN, Edgar. *Introdução*... Op. cit., *maxime* pp. 42, 46, 53 e 68.
[749] LÉVI-STRAUSS, Claude. *Mito*... Op. cit. p. 26.
[750] MORIN, Edgar. *Introdução*... Op. cit., p. 108.
[751] GREY, Thomas. Freestanding legal pragmatism. *Cardozo Law Review*, New York, vol. 18, nº 01, pp. 21-42, set. 1996, p. 32.
[752] MORIN, Edgar. *Introdução*... Op. cit., p. 72.

Assim, apoiando-se na teoria filosófica do particularismo moral-racional – que defende ser impossível avaliar em abstrato, desvinculado de um contexto de um caso particular, se uma concepção ética ou uma circunstância fática é razão para agir, para não agir ou é irrelevante na situação[753] – já trazida ao campo da dogmática penal por Paulo de Sousa Mendes[754], entende-se, somada à compreensão de sistema normativo e ordenamento jurídico acima construída, que é possível e necessário avaliar nos casos penais multiculturais a existência de outra norma jurídica (estatal ou extraestatal) aplicável e concorrente no caso concreto específico, a qual pode constituir-se em causa suficiente para a revogação[755] pontual da norma penal (afastamento em razão de outra norma jurídica ser aplicável à questão)[756].

A aplicação da norma penal incriminadora também pode ser a melhor realização do Direito em alguns casos multiculturais, mas essa conclusão não é evidente, simples e construída sem uma interpretação jurídica multicultural, a qual busca uma solução de concordância prática para o caso e, ao mesmo tempo, um correto enquadramento conceitual dentro da ciência do Direito e da dogmática penal, o que será testado adiante, com o caso do uso religioso da *ayahuasca*, que serve de problema-guia para a reflexão.

A lógica deontológica e axiológica da decisão mesclam-se em uma interpretação jurídica multicultural, pois, próximo da concepção pragmatista, não existe um "dever-ser" abstrato, mas, antes disso, há um "dever-ser" porque é a melhor escolha entre as opções disponíveis[757]. É necessário, de fato, uma nova racionalidade jurídica diante da complexização das sociedades e das demandas daí decorrentes[758], o que só pode ser implementado a partir de uma leitura constitucional abrangente, da aceitação de um pluralismo normativo multicultural e da ideia de dignidade da pessoa humana como substrato

---

[753] DANCY, Jonathan. *Ethics without principles.* Oxford: Claredon Press, 2004, *maxime* pp. 15 e ss.
[754] MENDES, Paulo de Sousa. *Em defesa*... Op. cit.
[755] Sobre a polissemia do termo jurídico "revogação", ver SANCHES JUNIOR, Antonio Roberto. Revogação das Normas Jurídicas. *Augusto Guzzo Revista Acadêmica*, São Paulo, n. 14, pp. 241-259, 2014, pp. 247 e ss.
[756] Utilizo o termo "revogação" no sentido de afastamento de uma norma jurídica em razão de outra norma jurídica incidir na questão, fazendo com que a primeira não tenha eficácia, isto é, não gere efeitos jurídicos em dada situação. Em sentido contrário, Antonio Sanches Junior (Ibid., p. 256) entende que neste caso "não se pode falar em revogação, mas de atividade interpretativa destinada à solução da antinomia". Contudo, prefiro o termo revogação para frisar que não estamos diante de um caso de não aplicação/não incidência da norma por não estarem preenchidas as circunstâncias fáticas exigidas para a geração de seus efeitos jurídicos, mas por outra norma jurídica retirar sua eficácia, isto é, impedir seu comando normativo na situação.
[757] ALEXY, Robert. *Teoria*... Op. cit., pp. 147 e ss.
[758] TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo*... Op. cit., p. 42.

de todo Direito. Assim, em um pensamento jurídico prático-normativo, nos termos do jurisprudencialismo desenvolvido por Castanheira Neves, entende-se que a racionalidade jurídico-multicultural volta-se para uma lógica "dialéctica entre sistema e problema numa intenção judicativa de realização normativa"[759].

O abandono da lógica monista de juridicidade faz com que se reconheça a não aplicação de certas normas quando elas não têm eficácia em determinados grupos minoritários, em razão da vigência de outra norma jurídica (extraestatal) conflitante, o que não significa uma perda de validade do conjunto de normas estatais, uma vez que um défice de eficácia de determinadas normas são compensadas pela validade e vigência de todo o ordenamento jurídico. Evidentemente que as normas extraestatais não podem ser frontalmente contrárias aos valores fundamentais do Estado de Direito, sendo que, ao se aceitar certa pluralidade, o próprio Estado ganha legitimidade e assegura sua continuidade, abrindo-se para estabelecer dialogicamente os limites do sistema normativo jurídico que regulará a vida social em determinado momento histórico.

A lógica do Estado de Direito não é abandonada pela aceitação de outras fontes de juridicidade; ao contrário, o Estado ganha em legitimidade e o ordenamento jurídico em validade, uma vez que aumenta sua eficácia, a vinculação das pessoas às normas e a utilidade das normas para orientar as pessoas em seu agir e para resolver problemas jurídicos reais. Neste sentido, o Direito é vivo e a ciência jurídica um saber prático-teórico que busca harmonizar ações humanas para a convivência social razoável.

Cabe lembrar, como já estudado, que a mudança não implica a supressão do direito estatal ou o estabelecimento de um novo sistema jurídico com pretensão de completude. Tal posição seria um novo monismo jurídico e este já se mostrou insuficiente para realizar o Direito e resolver os problemas práticos da vida social humana. Nas palavras de Wolkmer:

> "É uma tradição errônea da modernidade concluir que a criação do 'novo' implica destruição e ruptura total com o presente, estabelecendo um novo diverso e acabado. A questão é, portanto, encaminhar-se para a mudança gradual, preservando certas conquistas políticas e jurídicas essenciais da

[759] NEVES, António Castanheira. *Metodologia*... Op. cit., p. 79.

própria civilização ocidental e possibilitando, concomitantemente, a reconstrução e o avanço ininterrupto de melhores condições para a vida humana com dignidade"[760].

A gestão da diferença, dos direitos e dos conflitos necessita passar por uma relação dialógica de soluções construídas caso a caso[761], de aceitação de uma normatividade jurídica mais ampla; mas também necessita partir de premissas sólidas que fundam a própria possibilidade dessa gestão e definem os limites do aceitável para construir, manter ou melhorar a comunidade ético-política (de princípios) desejada. O que se busca é uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas[762], de forma que elas possam dialogar, compreender-se e integrar-se, fazendo com que a melhor solução para o problema jurídico seja encontrada.

O princípio subjacente à construção multicultural do direito penal que vem se desenvolvendo nesta tese e à interpretação jurídica multicultural[763], o qual pode ser designado como princípio emancipador[764], permite que a criação legislativa, a reflexão jurídica sobre um problema e a aplicação normativa sejam sempre no sentido e com a finalidade de emancipar o ser humano, fazendo com que a melhoria e a autonomia humana sejam concretizadas em cada norma, em toda interpretação, sempre que o Direito for aplicado no mundo da vida. Esta finalidade do Direito não está em um plano meramente axiológico ou programático, mas tem caráter deontológico de dever-ser, o que permite sua aplicação imediata (concretização), por via interpretativa-argumentativa, em todo o campo jurídico, principalmente o prático.

Definir a medida do justo e a legitimidade do Poder Judiciário em analisar e determinar esse "justo e emancipador" não é tarefa fácil, já que envolve grande complexidade e ainda é

---

[760] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo...* Op. cit., pp. 404-405.
[761] MOURA, Cristina Patriota de. *Multiculturalismo...* Op. cit., 50.
[762] NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...* Op. cit., p. 131.
[763] "Os princípios servem de conteúdo e sentido às normas constitucionais singularmente consideradas ou aos sistemas constitucionais dos diversos Estados, uma vez que representam as pautas axiológicas de uma sociedade política em um determinado momento de seu processo histórico", NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...* Op. cit., p. p. 44.
[764] Também pode ser designado por princípio da tolerância – como desenvolvido por KAUFMANN, Arthur. *Filosofia...* Op. cit., pp. 440 e ss, ao tratar da hipercomplexidade social atual, do pluralismo e da necessidade de um relativismo consciente e crítico (algo diverso do que chama de "indiferentismo") – o qual pode ser traduzido como: "Age de tal modo, que as consequências da tua acção sejam concordantes com a máxima prevenção ou diminuição da miséria humana" (Ibid., p. 509).

uma construção incipiente no mundo multicultural. De qualquer forma, parte-se do que existe (Poder Judiciário para aplicar a norma concreta em caso de conflito) e da presunção lógica de que haverá congruência mínima de princípios entre o direito comunitário que expressa diretamente aspirações legítimas das pessoas e a parte do direito estatal que não é utilizada para assegurar o poder de grupos específicos[765], mas sim criada para buscar a emancipação do ser humano.

A compatibilização de normas não se torna algo impossível ou tão complicado quando se parte, pensa-se e aplica-se o Direito efetivamente a partir de um princípio unificador da dignidade humana, representado pela sua necessidade de constante emancipação-evolução. Aceita-se certo grau de indeterminação do sistema jurídico, pois se acredita que o ponto de partida e o fio condutor, ou linha mestra, do raciocínio desenvolvido estão bem situados historicamente; não representando a indeterminação uma preocupação comparável a situações em que o bom senso, a razoabilidade e a busca pelo justo dão lugar a respostas prontas e visões de mundo acabadas, nas quais dificilmente pode-se conjugar outras formas de ver o mundo e de viver.

O medo de uma desvinculação das decisões judiciais do ordenamento jurídico estatal, e com isso a geração de grande insegurança jurídica, não se sustenta, pois as decisões não estarão desvinculadas de uma comunidade histórica de princípios e de uma ideia de Direito, equidade e justiça, concretizados por meio do respeito ao ser humano e de sua dignificação, buscada a partir do princípio emancipador e da análise de um sistema normativo jurídico mais amplo (ainda assim, destaque-se, normativo e jurídico). Também não se trata, como já deixou claro Waldron, ao refletir sobre as comunidades nômicas[766], de privilegiar convicções subjetivas ou idiossincrasias pessoais, pois normas jurídicas extraestatais têm realidade social e estão sob o controle reforçado de um grupo comunitário.

É a realização do direito justo que as pessoas (as sociedades) esperam do sistema jurídico e da ideia de Direito, não a aplicação neutra, formal, abstrata e sempre insuficiente do ordenamento jurídico estatal[767]. Acreditava-se que a racionalidade subsuntiva do direito e

---

[765] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo*... Op. cit., p. 407.
[766] WALDRON, Jeremy. *One Law…* Op. cit., *maxime* p. 24.
[767] NEVES, António Castanheira. Temas de metodologia jurídica. In. NEVES, António Castanheira. *Digesta:* escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 03. Reimp. Coimbra: Coimbra, 2010, pp. 381-495, *maxime* pp. 388 e ss.

a vinculação do juiz às leis poderia alcançar esses ideais, mas o fracasso diante da complexidade atual é evidente. Logo, deve-se buscar outros caminhos, como o aqui proposto.

O multiculturalismo afasta o pretendido consenso[768], tranquilo e harmônico, do Direito – com o qual se tentava manter a ilusão da coerência e completude do ordenamento jurídico estatal e sua aplicação direta/linear – mas não há que se pensar em um destempero do ativismo judicial, pois o julgador apenas reconhecerá um poder real de autorregulação e autolegislação da comunidade, não inovando com a criação de uma norma por ele pensada ou desenvolvida. A análise do julgador, nesses casos, consiste em verificar a insuficiência do modelo jurídico técnico-formal, com aspirações universalistas para satisfazer as necessidades humanas prementes, e buscar quais são as outras normas que permitem a solução emancipadora do problema. A decisão judicial ocorre dentro de "um ideal axiológico-normativo de uma determinada comunidade histórico cultural situada"[769] e a partir do reconhecimento de interesses e direitos de singularidades sociais (indivíduo e grupos culturais)[770], isto é, de uma normatividade material para o caso.

Também não há que se falar em desrespeito ao Poder Legislativo ou à tripartição dos poderes, pois uma decisão como essa não é fruto da vontade do juiz (do Poder Judiciário), mas antes de grupos comunitários[771] que também formam a sociedade e detêm o poder delegado aos legisladores, mas nunca abdicado em favor deles[772]. Evidentemente que esses interesses e a satisfação dessas necessidades precisam ser mediadas e acomodadas em um mundo múltiplo e heterogêneo como o atual, cabendo ao Poder Judiciário analisar os casos

---

[768] Definição de consenso em COSTA, José Francisco de Faria. *Linhas*...Op. cit., pp. 93-94.

[769] SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Castanheira Neves e Jürgen Habermas: os valores e o discurso como propostas para a recuperação do sentido do direito. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 03, n. 01, pp. 579-635, 2014, p. 627.

[770] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo*... Op. cit., p. 18.

[771] É importante destacar que esse argumento não me aproxima de um realismo positivista ou de um pensamento cognitivista do Direito, mantendo-me, como se confirmará com a leitura global do trabalho, coerente com a ideia de que a realização do Direito se faz através de uma intenção normativa reflexiva e crítica, a qual considera o sistema normativo jurídico (estatal e extraestatal) como ponto de partida para a reflexão exigida pelo problema, mas não se limita a apreendê-lo e aplicá-lo objetivamente como um direito aético, conforme clara diferenciação feita por COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; ARANTES, Bruno Camilloto. Direito como pensamento em A. Castanheira Neves: o jurisprudencialismo e o princípio da historicidade radical do direito. In. DIZ, Jamile Bergamaschine Mata et al (Orgs.). *Hermenêutica Jurídica:* uma análise contemporânea da interpretação e aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Clássica, 2008, pp. 16-38, *maxime* pp. 19 e ss.

[772] Ainda existe o problema do atual défice de legitimidade do legislativo, em razão da maior fragmentação da sociedade, a desconfiança geral da população em relação à classe política e o grande absentismo dos eleitores nos pleitos eleitorais, conforme questão tratada no mesmo sentido e no mesmo contexto por SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. *Castanheira*... Op. cit., pp. 613 e ss.

de antinomias existentes dentro do contexto localizado de pluralismo jurídico multicultural. Em sociedades com grande diversidade cultural/religiosa, quando a autorregulação comunitária não toca as liberdades de outras singularidades sociais e não é utilizada para alguns dominarem muitos, ou seja, quando os integrantes de um grupo minoritário satisfazem-se com o seu modo de organização e não há qualquer prejuízo direto ao modo de vida ou de satisfação das necessidades de outros grupos sociais, não há porque limitar liberdades de autorregulação ao permitir que representantes tomem para si com exclusividade, e como se originariamente possuíssem, os poderes dos mandatários.

Não tem sentido uma racionalidade técnico-formal prevalecer sobre a racionalidade material que justifica a própria existência de toda a construção teórica sobre a qual se pensa[773]. Às vezes, parece que as técnicas e formas criadas para explicar determinadas realidades e atingir determinadas finalidades, especificamente realizar certas necessidades humanas, ganham vida própria, afastando-se dos seus objetivos originários. A tripartição de poderes e o Poder Legislativo são criações humanas, pensadas para melhor regular a vida social democrática, não tendo existências perenes e obrigatórias. O Poder Legislativo – em que pese útil para regular alguns casos, principalmente casos fáceis, em que a espécie normativa "regra" consegue organizar a convivência social, e para limitar a atuação de outros poderes, como na definição de quais condutas poderão ser penalmente sancionadas – não tem a função exclusiva de regular todos os aspectos e modos de convivência social, não prevalecendo sobre as pessoas que o criaram e acima ou desvinculado das finalidades para as quais sua existência é necessária e justificada.

De qualquer sorte, cabe ressaltar que decidir casos difíceis com base em uma interpretação jurídica multicultural não significa abrir mão de uma cultura própria ou de um *ethos* existente na cultura jurídica ocidental e na sociedade de acolhimento. Ao contrário, significa reconhecer que uma maior vinculação à lei, o individualismo que impera nas relações sociais e a abertura ideológica que permite a discussão multicultural fazem parte da cultura ocidental e da constante modelação e construção social que está em curso ao longo da história.

[773] Também neste sentido, WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo*... Op. cit., pp. 354 e ss.

É por essa razão que a decisão do problema jurídico multicultural acontece a partir de uma relação dialógica, argumentativa e dialética entre ordenamento jurídico estatal e ordenamento jurídico extraestatal/comunitário. Utilizando-se de todo o sistema normativo jurídico existente em determinado momento histórico social, o julgador encontra e constrói uma decisão que realizará o Direito, uma solução de concordância prática que cumpre a função do Direito e realiza os valores buscados pelo sistema jurídico, pela sociedade e por um ideal de justiça compartilhado entre todos os seres humanos.

A interpretação jurídica multicultural é uma clara manifestação cultural e a realização do multiculturalismo como expressão do mundo ocidental em direção à sociedade que se imagina como ideal e que, portanto, é desejada. O individualismo, a sociedade de massa, comercial, de informação, a lógica de mercado, um ideal pluralista-liberal, a desigualdade e as diferentes concepções de mundo que convivem entre si são, com razões e consequências, boas e ruins, os referenciais socioculturais identificadores da maioria das sociedades ocidentais, não a ausência deles[774].

O reconhecimento dessas características culturais não significa a adesão a elas ou um compromisso com sua perpetuação. Ao contrário, as culturas são vivas e permitem uma constante mudança e melhoria. Não há tradição que precise sobreviver por ser tradição em uma cultura aberta como a referida, pois a mudança e a abertura são o que caracterizam este modo de ver o mundo.

Portanto, não há imprevisão total, ausência de critérios, inexistência de um fio condutor; ao contrário, há uma linha mestra de princípios que conduz o agir das pessoas, a vida em sociedade e as decisões em casos de conflitos normativos. Esta cultural jurídico-social busca constantemente adaptações para se aproximar da melhor maneira de viver, mantendo-se aberta e realizando sempre o teste de verificação de outras possibilidades. Da mesma forma, existe sempre o respeito pela liberdade de outras pessoas que não querem se integrar, enxergar da mesma maneira ou viver de acordo com os ideias imaginamos como melhores para a vida humana-social, desde que se permita a continuidade da dúvida permanente desta cultura. Assim, a existência de grupos comunitários-minoritários peculiares, que ofereçem alternativas e são fontes de verificação e de sugestões sobre o jeito

[774] Como acredita TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo*... Op. cit., p. 41.

de viver da maioria, é a própria reafirmação da cultura ocidental e de sua constante (ou ao menos desejada) evolução.

O trabalho do jurista penal multicultural, evidentemente, exigirá um esforço significativo de criatividade, cautela e autocrítica, pois as condições para a criação e aplicação de um modelo alternativo de direito penal não vem com a constatação crítica da insuficiência do modelo atual, mas com uma postura aberta, solidária, tolerante e emancipatória-libertária[775]. Nenhum juízo ético conseguirá a certeza e a exatidão de outros raciocínios, como os das ciências naturais, da lógica ou da matemática. Ao se pensar o direito penal, reflete-se sobre princípios éticos, que nada mais são do que normas axiológicas[776], o que impede uma certeza de decisão, mas faz com que qualquer julgamento tenha um contexto, um substrato e uma busca de coerência e fundamentação na decisão. Não se trata de um "decisionismo" sem critério, sem parâmetro ou fora do bom senso. A busca da justiça exige sempre a utilização da proporcionalidade, da razoabilidade, da proibição do excesso, da racionalidade de apresentar fundamentos e razões para decidir. Não há que prevalecer o medo do novo, da criatividade humana, do diferente e do justo que se busca. Ao ponderarem argumentos e visões de mundo, pessoas de bom senso (a maioria, acredita-se) podem chegar a entendimentos.

4.3. Limites à tolerância e ao diferente em uma sociedade multicultural

O primeiro limite do multiculturalismo é o próprio substrato que o sustenta, ou seja, uma organização social, política e jurídica de orientação/base liberal-plural, pois não existe sentido em discutir multiculturalismo ou aceitação do diferente em Estados totalitários e não acessíveis à diversidade cultural. Nesse contexto, não é possível uma reflexão aberta sobre o diferente, porque, simplesmente, proíbe-se qualquer diversidade e exige-se um comportamento de cidadão ideal/modelo. Logicamente, portanto, não há sentido em aceitar um tipo de grupo cultural minoritário que pregue ou busque a destruição do próprio substrato em razão do qual sobrevive. Aqueles que pregam um Estado total ou a destruição de uma

[775] WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução...* Op. cit., *maxime* pp. 88 e ss.
[776] COMPARATO, Fábio Konder. *Ética...* Op. cit. pp. 505 e ss.

cultura ocidental aberta e plural proclamam o fim da própria base que os faz existir, sendo um contrassenso o reconhecimento e a proteção multicultural.

Seria como examinar a teoria da tartaruga que "sustenta" o mundo explodindo a Terra ou matando todas as tartarugas que existem no universo[777]. Na primeira hipótese, não haveria mais tartarugas, mas também não existiriam pessoas a serem convencidas de que a teoria não tem sentido. Na segunda hipótese, caso a teoria estivesse certa, matar-se-ia em algum momento a tartaruga que sustenta a Terra e, nesse exato momento, não adiantaria mais ser constatado que a teoria estava correta. Destruir o povo, a cultura ou o país de acolhimento significa que não há mais um bom lugar onde ser acolhido, multiculturalismo a ser discutido e cultura diferente a ser respeitada.

Manter algumas pré-condições, portanto, parece essencial para a própria ideia de multiculturalismo, diversidade cultural e sobrevivência de grupos minoritários. Assim, mais do que ser intolerante com o intolerante, como trazido por Popper, ao delinear o paradoxo da tolerância[778], trata-se de assegurar que mesmo o intolerante viva em uma sociedade na qual ele consiga pensar à sua maneira, desde que sem afetar terceiros[779]. O limite consiste em as pessoas, antes de serem verdadeiramente tolerantes, comportarem-se como se possuíssem a virtude da tolerância em suas vidas públicas ou quando puderem com seus atos afetar diretamente outras pessoas[780]. De qualquer forma, não se deve abrir mão de um constante diálogo e da educação filosófica para que, racionalmente, o intolerante entenda o absurdo da

---

[777] Aqui faz-se referência ao caso citado por GEERTZ, Clifford. *A interpretação...* Op. cit. p. 20, "sobre um inglês a quem contaram que o mundo repousava sobre uma plataforma apoiada nas costas de um elefante, o qual, por sua vez, apoiava-se nas costas de uma tartaruga, e que indagou (talvez ele fosse um etnógrafo; é a forma como eles se comportam), e onde se apoia a tartaruga? Em outra tartaruga. E essa tartaruga? 'Ah, Sahib; depois dessa são só tartarugas até o fim'".

[778] POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos:* o fascínio de Platão. Vol. 01. Trad. Milton Amado. São Paulo: Editora da USP, 1974, pp. 289-290.

[779] Evidentemente que não se consegue estabelecer este limite em abstrato e há muita dificuldade de circunscrevê-lo em casos concretos, como, por exemplo, na discussão que ocorre no Brasil, desde o ano de 2016, sobre a criminalização (pelos crimes de apologia ao nazismo e racismo) da edição, publicação e comercialização do livro *Minha Luta* (*Mein Kampf*), de Adolf Hitler (1889-1945), conforme se pode verificar em MEIRELES, Maurício. Publicação de livro maldito de Adolf Hitler foi proibida por sete décadas. *Folha de São Paulo,* São Paulo, 06 fev. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/02/1737227-publicacao-de-livro-maldito-de-adolf-hitler-foi-proibida-por-sete-decadas.shtml>. Acesso em: 26 nov. 2016; e CAZES, Leonardo. Debate sobre a publicação de 'Minha Luta', de Adolf Hitler, chega ao Brasil. *O Globo*, Rio de Janeiro, 16 jan. 2016. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cultura/livros/debate-sobre-publicacao-de-minha-luta-de-adolf-hitler-chega-ao-brasil-18482674>. Acesso em: 26 nov. 2016.

[780] Como proposto por WALZER, Michael. *On Toleration.* New Haven: Yale University Press, 1997, pp. 80 e ss.

intolerância, a qual destrói o próprio alicerce que lhe permite existir como pessoa pensante diferente.

Observe-se que não se é tolerante com atos intolerantes, mas não se coloca certezas apriorísticas sobre como se deve evitar ou prevenir a intolerância[781]. Não se deve lançar mão do direito penal como primeiro instrumento de resolução de conflitos, sob o argumento de proteção da tolerância; ao contrário, deve-se buscar o diálogo, a oportunidade de fundamentação e a avaliação dos argumentos. Acredita-se que é a minoria das pessoas que não deseja defender um ponto de vista, que não busca uma interação comunicativa, que acredita na destruição pura e simples de um grupo, uma sociedade ou um modo de vida. Para essas, o limite do direito penal poderá ser utilizado como exceção, de forma a evitar o totalitarismo e proteger a liberdade de todos aqueles que vivem em (e para) uma sociedade aberta e humanitária[782], na qual se permite, inclusive, que alguns vivam em grupos minoritários fechados.

Assim, a partir dessa primeira e ampla fronteira, entende-se, como visto, que o sistema jurídico válido em determinada época e lugar deve ser compreendido como formado também por ordenamentos jurídicos extraestatais-comunitários, desde que esses não tenham objetivos expansionistas de impor-se, como verdade única e indiscutível, para a totalidade da sociedade e do mundo. O reconhecimento, portanto, não decorre de uma concepção da existência de valor intrínseco ou ontológico a qualquer cultura, bem como não assegura a aplicação de uma norma jurídica comunitária em um caso jurídico concreto. O que se assegura é que normas de conduta comunitárias serão consideradas, pensadas, ponderas e, se forem a melhor realização do Direito, priorizadas no caso concreto[783]. Com isso, assegura-se o respeito à diversidade cultural e à normatividade jurídica material, mas não se garante a perenidade de tradições e costumes de grupos específicos, assim como não se assegura a imutabilidade da cultural ocidental hoje dominante. O reconhecimento e a proteção de grupos culturais

---

[781] "A limitação da liberdade dos intolerantes deve ser justificada apenas quando os interesses dos tolerantes estiverem seriamente ameaçados. Aí será possível obrigar o intolerante a respeitar a liberdade dos outros, dado que se pode exigir a um sujeito determinado que respeite os direitos estabelecidos pelos princípios com que ele concordaria na posição original", SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Teoria da Justiça de John Rawls. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, pp. 193-212, abr./jun. 1998, p. 196.
[782] POPPER, Karl Raimund. *A sociedade*... Op. cit., pp. 184 e ss.
[783] No mesmo sentido, sobre a necessidade de adoção de uma hermenêutica dialógica inclusiva, DIAS, Augusto Silva. *Crimes*... Op. cit., p. 46.

minoritários são consequências da liberdade de vida, de associação e de escolha das pessoas[784], não o reconhecimento que um grupo encerra valor em si mesmo[785].

Assim, o principal limite a ser estabelecido para que o Direito seja um instrumento para a emancipação humana e não para seu controle[786], dentro deste amplo espaço que tem como fronteira a sociedade aberta, é a proteção do indivíduo contra a opressão e a subalternização que o grupo pode acarretar à pessoa. Com isso, não se pretende intervir diretamente ou direcionar as escolhas de cada um, mas assegurar um diálogo para a emancipação e a supervisão geral do Estado para que o direito individual de saída do grupo (*exit right*)[787] efetivamente exista, não se compactuando com a escravidão, injustiças e a ausência de alternativas.

Observe-se que o caso estudado não se enquadra nesta limitação, pois todos os envolvidos na prática religiosa da *ayahuasca* estão de acordo com seu consumo e são livres para não participarem do ritual. Neste caso, apenas uma vítima abstrata (saúde pública) é afetada pela prática cultural. Evidentemente que qualquer das religiões *ayahuasqueiras* também "ajusta as ações humanas a uma ordem cósmica imaginada e projeta imagens da ordem cósmica no plano da experiência humana"[788], sendo inevitável que a recusa a certas práticas ocasione o afastamento do indivíduo da segurança da vida comunitária e do próprio sentido que a cultura concede à sua vida. De qualquer forma, "escolher é ter coragem de perder"[789]; e quanto a isso, o Direito não pode fazer nada.

O limite que se impõe ao grupo é o mesmo do Estado, ou seja, a liberdade do indivíduo escolher seu próprio destino. Poderão surgir argumentos sobre a não existência de uma liberdade verdadeira, uma vez que o grupo é tão opressor que realizou uma "lavagem

---

[784] Para uma visão geral da perspectiva liberal do multiculturalismo, ver RAZ, Joseph. Multiculturalism: a liberal perspective. In. RAZ. Joseph. *Ethics in the public domain*: essays in the morality of law and politics. Rev. ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 170-192.

[785] No mesmo sentido, GUTMANN, Amy. Introdução. In. TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo:* examinando a política de reconhecimento. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, pp. 21-43.

[786] Entende-se, no mesmo sentido da historicidade radical do jurisprudencialismo (NEVES, António Castanheira. *Questão de fato - Questão de Direito ou o problema metodológico da juridicidade:* ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967, *maxime* p. 907), que o futuro está sob a responsabilidade constitutiva do homem e é sua tarefa, ao realizar o direito como projeto axiológico do indivíduo com os outros, realizar a dignidade humana e sua liberdade.

[787] Sobre o *exit right* ver RAZ, Joseph. *Multiculturalism: a liberal*... Op. cit., pp. 181 e ss.

[788] GEERTZ, Clifford. *A interpretação...* Op. cit. p. 67.

[789] VIANNA, Rafael Ferreira. O paradoxo da liberdade. In. VIANNA, Rafael Ferreira. *A Melhor Maneira de Viver:* inquietações da razão humana. Curitiba: Chain, 2012, pp. 39-41, p. 41.

cerebral" no indivíduo ou que os membros vulneráveis de certo grupo não conseguem imaginar sua vida descontextualizada da comunidade ou não enxergam outro destino possível[790]. Nesses casos, deve o Estado demonstrar que existem outras opções de vida e que há uma rede de apoio para aqueles que exercerem seu direito de retirada do grupo, mas todos vivem de alguma maneira limitados pelo mundo social que conhecem e por pensarem do jeito e com o cérebro que tem, mesmo não o tendo escolhido[791]. Não se pode imaginar alguém totalmente livre de determinações e pressões externas, mas a autonomia do sujeito ocorre em um ambiente de interação histórico-social[792] e consiste em representar-se como livre a partir da reconstrução mental das limitações externas, enxergando-se como senhor de suas condutas e de seu destino (responsável por seus atos e sua vida)[793]. A partir do momento em que o indivíduo adulto e capaz não se sentir (representar-se, enxergar-se) mais como aquele que escolhe pertencer a determinado grupo e modo de vida, ele deve conseguir sair e buscar outro caminho. Não pode qualquer grupo limitar essa escolha individual, pois as pessoas vivem para encontrar o lugar no mundo em que possam sentir que é lá que querem estar e, portanto, é lá que devem estar.

Seria completamente diferente, por exemplo, caso as religiões *ayahuasqueiras* obrigassem seus seguidores a ingerir a bebida tantas vezes por semana e que existisse uma coação para que ninguém desrespeitasse essa norma ou saísse do grupo, sob ameaças veladas ou coerção física direta. Nesse caso, se uma pessoa fosse punida pelo grupo sem possibilidade de saída ou estivesse em situação de vulnerabilidade, caberia ao Estado intervir e assegurar que aquelas normas não tivessem vigência diante de seu caráter desvinculado dos valores essenciais da dignidade humana ou de sua inconstitucionalidade material.

---

[790] Para uma visão crítica sobre o *exit right* e a relação autonomia individual e permanência no grupo, ver DIAS, Augusto Silva. *Crimes*... Op. cit., pp.256 e ss.

[791] No mesmo sentido, ao analisar como nossas representações do mundo e das condições de existência são sempre simbólicas e, assim, deformadas em alguma medida, RICOEUR, Paul. *A ideologia e a utopia.* Trad. Sílvio Rosa Filho e Thiago Martins. Belo Horizonte: Autêntica, 2015, *maxime* pp. 178 e ss. Em suas palavras: "...aquilo que nós seríamos, separados da ideologia, nos é totalmente desconhecido. Somos o que somos precisamente graças à ideologia. O fardo da ideologia é fazer de nós sujeitos. É uma situação filosófica estranha, pois toda a nossa existência concreta é posta do lado da ideologia" (p. 180).

[792] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo*... Op. cit., p. 141.

[793] "Quem não subscreve uma concepção radical do livre-arbítrio, quem aceita que a liberdade que o ser humano reclama e é capaz de exercer é sempre uma liberdade situada num dado contexto histórico e social e condicionada pela sua natureza finita, corpórea, vulnerável, tem de reconhecer que o espaço de decisão livre é um *elbow room* (DENNET) mais ou menos amplo, um espaço pressionado por condicionantes internas e externas, de índole pessoal, natural e social", DIAS, Augusto Silva. *Crimes*... Op. cit., p. 344.

Obviamente que aqui toma-se uma posição ético-política sobre o limite do aceitável, partindo-se do núcleo essencial da liberdade de cada um sobre a escolha de como desenvolver a sua própria personalidade e construir seu destino. Poderiam os líderes religiosos argumentar que a obrigação de ingerir a bebida tantas vezes por semana busca melhorar o indivíduo espiritualmente, sua relação com os deuses ou que é indicado para a própria saúde física do indivíduo; e na prática pode até servir para tudo isso. No entanto, abre-se mão da saúde, da evolução espiritual, do contato com os deuses ou qualquer benefício que se possa ter para o grupo ou para a sociedade, com o objetivo de assegurar o respeito à escolha livre do indivíduo.

A família, o grupo, a sociedade, o Estado, o mundo e Deus ou os deuses servem para o ser humano; não o contrário[794]. Toda união de pessoas e todas as criações humanas servem para o ser humano, para ele encontrar uma forma de satisfação, de sentido, de realização, sendo essa sensação individual, ainda que sempre compartilhada. Assim, quando se pensa o Estado ou mesmo o grupo minoritário, deve-se pensar na sua utilidade para a realização do indivíduo. A interação social e comunitária são importantes e criam a própria identidade e personalidade de uma pessoa, mas isso não faz com que a comunidade tenha valor em si mesmo ou mereça existir como ente abstrato. Ela não ganha autonomia de seus criadores, devendo ser pensada e limitada sempre pelo ser humano e suas diferentes formas de ver o mundo e viver.

Essa constatação pode parecer um pouco ingênua diante da força histórica de organizações sociais e da maldade humana, mas é o limite evidente que faz toda a diferença no mundo, nas ciências, na política, no Direito e nas sociedades[795], podendo uma concepção como a proposta guiar a interpretação jurídica e limitar a atuação dos grupos e do Estado. A partir dela, não faz tanto sentido uma diferenciação entre multiculturalismo forte e fraco, pois a liberdade dos grupos autorregularem-se e oferecerem visões de mundo diversas passa sempre pela existência de opções, pela não interferência e ofensa a terceiros e pela possibilidade individual de optar por sair do grupo, abandonar aquela cultura. Por óbvio, a

[794] Sobre o conceito de ideologia e seu aspecto positivo como sistema de motivação, ver RICOEUR, Paul. *A ideologia*... Op. cit., *maxime* pp. 166 e ss.
[795] Como quando se pensa, a partir da leitura de MUCZNIK, Esther. *Auschwitz:* um dia de cada vez. Lisboa: A esfera dos livros, 2015, por exemplo, na força que o grupo exerce sobre as pessoas e nas consequências que teorias despreocupadas com o ser humano como espécie única e centro do mundo podem ocasionar.

ausência de condições materiais de existência ou sobrevivência fora do grupo levam à impossibilidade de escolha real, isto é, falta de liberdade. Entretanto, parte-se do atual Estado social de bem-estar mínimo (ocidental, europeu, norte-americano), não se discorrendo a partir da exceção transitória existente devido ao subdesenvolvimento econômico extremo em algumas regiões ou de casos de países totalitários fundamentalistas.

Entende-se que a desigualdade econômica social que impede qualquer cogitação de saída de uma pessoa de um grupo é um estado de exceção tão grave que retira o substrato possível para uma reflexão como a presente, não existindo as condições prévias para se pensar em Direito multicultural. Da mesma forma, quando existe o uso da força e da intimidação, em situações nas quais o ser humano é escravizado de tal maneira que não há como sair de um grupo, não tem sentido discutir o multiculturalismo; com exceção, é claro, como posição alternativa à opressão.

É outra reflexão quando o ser humano encontra-se subjugado em seu espírito, não enxergando as condições de saída e vida fora daquele contexto[796]. Ainda que existam saídas reais, ou seja, possibilidade fática de deixar o grupo e sobreviver fora dele, a pessoa não consegue visualizar essas opções. Nesses casos, outros grupos, a sociedade e o Estado podem revelar os caminhos e as opções, cabendo à pessoa libertar-se ou à sociedade ocidental conformar-se que pessoas vivem com valores diferentes. O que não pode acontecer é o Estado decidir pelas pessoas, seus criadores, como se tivesse uma visão e uma força sobre-humana que saberia sempre os melhores caminhos. Reconstruir mentalmente as limitações externas que inundam a nossa vida faz parte da experiência de liberdade do ser humano, não podendo algumas pessoas alvoroçarem-se em decidir pelos outros qual é a melhor maneira de viver[797].

A abertura de espírito e a reflexão crítica, assim como a valorização intransigente do ser humano, devem guiar o mundo daqueles que precisam decidir juridicamente, pois, de outro modo, tudo pode-se justificar e impor aos outros. Veja o caso do direito oficial-estatal

---

[796] Como alguns moradores de Kulumani, no romance de COUTO, Mia. *A confissão*... Op. cit., que se acostumaram "a rir para dentro, a gritar sem voz, a sonhar sem sonho" (p. 131).

[797] No mesmo sentido, DIAS, Augusto Silva. *Crimes*... Op. cit., p. 348: "Não podemos deixar de concordar com ANNE PHILLIPS quando, perante a dificuldade em traçar a fronteira entre liberdade e coerção no contexto das escolhas culturais, sustenta que o critério primordial é ouvir e 'ir pelo que as pessoas dizem'. A nosso ver, só um tal método, inserido numa perspectiva intercultural dos problemas, poderá minimizar o risco de prevalência de estereótipos e consequentemente de injustiças nas decisões penais".

de diversos Estados islâmicos que punem com a pena de morte a apostasia[798] ou o caso dos *wahhabitas* que consideram ilícito ouvir música[799] ou, ainda, a proibição do jogo de xadrez, que se tentou implementar na Arábia Saudita, no início do ano de 2016, com o argumento de que é um jogo diabólico que perturba a mente de quem o pratica[800].

Infelizmente, o direito penal ocidental não tem figuras ontológicas e não existe qualquer garantia estabelecida de que a humanidade atingiu um patamar de civilidade e respeito à dignidade humana que impede abusos e arbitrariedades em nome do Estado. Do mesmo modo que o ocidente considera crime o uso de drogas e criminaliza religiões pacíficas que utilizam psicoativos sem interferir na vida daqueles que não querem envolver-se com tal prática, países muçulmanos criminalizam a conduta de conversar pela internet, como outro recente caso ocorrido na Arábia Saudita[801].

Não se trata, observe-se bem, de um país atrasado ou de um modo de vida incompatível com a vida europeia, norte-americana ou ocidental de uma forma geral. Qualquer pessoa que viajar para países árabes ricos e "moderados" poderá ver que a maneira como vivem, organizam-se e aplicam suas leis são tão normais e adaptáveis à vida ocidental que não há qualquer aparente incompatibilidade de viver em um desses países ou segundo suas normas. Liberdade e barbárie convivem juntas, adaptam-se. Violência e vida cotidiana, alegrias e injustiças, civilidade e opressões repartem o mesmo espaço-tempo, em qualquer época e em todos os lugares do mundo. Avanço científico e desenvolvimento cultural caminham juntos com a criminalização de condutas que dizem respeito à esfera privada das pessoas e a seus sentimentos, assim como convivem com ordenamentos jurídicos estatais que permitem penas de "lapidação"[802].

---

[798] SAEED, Abdullah. *Introdução...* Op. cit., p. 220.
[799] Ibid., p. 225.
[800] GARCÍA, Leontxo. Razões para proibir o xadrez. *El País Internacional*, Atualidade, Análise, sem local, 25 jan. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/01/25/actualidad/1453676766_883246.html?rel=mas>. Acesso em: 10 out. 2016.
[801] ESPINOSA, Ángeles. Preso jovem na Arábia Saudita que conversava por vídeo com uma garota da Califórnia. *El País Internacional*, Dubai, 29 set. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/09/29/internacional/1475162843_065431.html>. Acesso em: 01 out. 2016.
[802] Diversas reportagens e notícias sobre a manutenção da previsão legal, no código penal iraniano, da pena de morte por lapidação em casos de adultério foram divulgadas em 2013, quando da reforma penal naquele país, conforme, por exemplo, EBC. Irã mantém no código penal a pena de morte por apedrejamento. *Empresa Brasil de Comunicação*, Internacional, s.l., 30 maio 2013. Disponível em:

Trazendo a reflexão para o mundo capitalista ocidental conhecido, no qual existe uma margem mínima de escolha sobre esta ou aquela vida comunitária, e partindo dos limites evidentes da liberdade em um Estado democrático liberal, é inconteste que o uso religioso da *ayahuasca* deixa de ser legítimo quando não for expressão da livre vontade do indivíduo. Assim, qualquer obrigatoriedade, coação, indução ou forma de redução da autonomia da vontade individual retiram a legitimidade do uso, cabendo a tutela do Estado (talvez penal) para assegurar a liberdade individual.

De qualquer forma, em uma perspectiva mais próxima da dogmática-penal, não se trata de proibir uma personalidade, uma maneira de viver ou uma forma específica de pensar e enxergar o mundo, o que conduziria a um "direito penal de autor"[803], ainda que disfarçado sob tipos penais de ato, mas de atentamente proibir condutas intolerantes que lesionem um ser humano.

A luta pelas liberdades deve ser permanente e a realização do Direito e da sociedade desejada ocorrer em cada reflexão e decisão sobre um problema jurídico. Como alerta Thomas Mann (1875-1955), em *Mário e o Mágico*[804], é a credulidade acrítica, a apatia frente às pequenas injustiças (preconceitos e arbitrariedades) do dia a dia, a resignação pelo destino aparentemente distante e indefectível de entidades abstratas como a sociedade, o Estado e o Direito, bem como a busca pela explicação cômoda de dar sentido à vida pela obediência, que permitem que se tenha, um dia, o substrato ideal para florescerem regimes totalitários e fundamentalistas. Em suas palavras, "não se pode viver espiritualmente do não querer; não querer fazer uma coisa perde com o tempo o seu conteúdo vital; (...) fazer apesar de tudo o que é pedido talvez se situe demasiado próximo para que a ideia de liberdade não tenha que ficar asfixiada"[805].

Assim, não basta resistir ou ter como fronteira o respeito aos limites, não ultrapassá-los. O limite proposto e necessário em uma sociedade multicultural, plural e libertária é mais

---

<http://www.ebc.com.br/noticias/internacional/2013/05/irao-mantem-no-codigo-penal-pena-de-morte-por-apedrejamento>. Acesso em 11 out. 2016.

[803] "É de todo evidente que proibir uma personalidade implica a aberrante pretensão de um direito penal que ignora qualquer limite de privacidade e reserva", ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro:* Parte Geral. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 448.

[804] MANN, Thomas. *Mário e o Mágico.* Trad. Ana Maria Carvalho. Lisboa: Dom Quixote, 2014.

[805] Ibid., p. 89.

do que assegurar uma cultura cívica comum ou impedir que a mesma não seja ofendida. O que se precisa é da formação ativa do desejado e do que não se deve perpetuar na história humana, cevando esforços pela emancipação de todas as pessoas, seja na hora de limitar o poder estatal ou quando se analisa a aceitabilidade de uma prática cultural minoritária.

Assim como o alerta feito, diversas vezes, por Boaventura de Sousa Santos[806], quanto à hermenêutica diatópica e a interlegalidade, o caráter emancipatório do pluralismo normativo e da interpretação jurídica multicultural do direito penal não estão garantidos *a priori*, pois todas as ideias e conceitos são reformulados de uma ou outra maneira para adaptar-se a determinados interesses (legítimos ou não) quando na realidade do mundo.

Importam as decisões concretas, mas também os paradigmas que são seguidos, o ideal de sociedade e de Direito que se imagina, a utopia construída que será buscada ainda que nunca alcançada. Caminha-se de acordo com as leis que são criadas, com as críticas doutrinárias que são construídas, com os limites que são ultrapassados em nome de algo aparentemente mais importante. Muitas construções doutrinárias e teorias variadas servem para encobrir o essencial: criações humanas devem servir à busca (ou construção) de sentido do ser humano, não impor limitações que não digam respeito à tentativa de universalização da liberdade. Os limites propostos e buscados são complexos, construídos caso a caso, mas sempre em um sentido libertador, razoável, proporcional e, acima de tudo, respeitador das escolhas individuais.

O consequencialismo pragmatista é útil para a ponderação e a análise das restrições e limitações que serão impostas dentro das fronteiras de uma sociedade aberta, não sendo um consequencialismo amoral/indiferente, em que se ponderam os ganhos e as perdas sem algo realmente essencial ou categórico. A análise das consequências de uma decisão serve de aviso e alerta para indicar que alguns limites serão ultrapassados e que, portanto, o núcleo essencial de uma escolha será violado.

Os limites evidentes, portanto, não são questionados em casos fáceis, nem nos casos claramente fora da comunidade de princípios de um Estado democrático liberal, mas nos casos limítrofes. Não há necessidade de discutir de que maneira uma comunidade

[806] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma concepção*... Op. cit., p. 27; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward*... Op. cit., *maxime* pp. 89 e ss.

ayahuasqueira realiza suas trocas comerciais cotidianas, pois se trata de um caso fácil, pouco importando se eles farão com o dinheiro local, por permuta, com conchas ou pedras. Do lado oposto, também não se discute a possibilidade da volta da escravidão dos negros ou do sacrifício de judeus devido a uma concepção ideológica ou cultural. Esses pontos de vista estão totalmente fora da comunidade de princípios hoje aceita, das conquistas históricas da humanidade e do razoável, devendo ser banidos sem qualquer ponderação comedida.

Nos casos problemáticos extremos, em que o bom senso e a proporcionalidade são nebulosos, isto é, a compatibilidade com outros modos de ver o mundo não é clara e imediatamente evidenciada, deve-se utilizar como método uma interpretação jurídica multicultural para se chegar ao melhor denominador para a resolução da questão e a uma decisão de concordância prática.

É com a aplicação desse método interpretativo que serão analisados, na próxima seção, os casos limites de consumo religioso da *ayahuasca*, isto é, quando ela é consumida por crianças e adolescentes, possível ponto de inflexão no tratamento da questão.

O respeito à diferença e à interculturalidade, o alinhamento metodológico à corrente filosófica particularista e o pensamento complexo crítico não transformam o Direito em casuística caótica. Ao contrário, a fragmentariedade do Direito serve para a sua interpretação e aplicação voltadas à emancipação do ser humano, buscando auxiliá-lo em sua busca por realização plena e felicidade. Em linguagem jurídica, pode-se traduzir esses limites à diversidade cultural como "cultural cívica comum"[807] ou "cultura dos direitos fundamentais"[808], mas esses limites não bastam como resistência, como mencionado. É a atitude de permanente abertura dialógica e de crítica ao próprio pensamento que afastam qualquer aceitação de fundamentalismos ou da sujeição do outro; ao mesmo tempo que permitem a ponderação de razões e argumentos que não são evidentes na cultura ocidental tradicional.

Conforme palavras de Faria Costa, o Direito é um "*multiversum* aberto, inconcluso e, todavia, finito"[809], em que há necessidade constante de uma intencionalidade dialógica com

[807] DIAS, Augusto Silva. *O multiculturalismo…* Op. cit., *maxime* p. 21.
[808] COSTA, José Francisco de Faria. *Linhas...* Op. cit., p. 20.
[809] Ibid., p. 24.

o outro para se construir e reconhecer. O intolerável, mesmo em um direito penal aberto e multicultural, coincide com as visões de mundo e condutas que podem violar a pessoa em sua autodeterminação e em sua identidade[810], existindo a necessidade de enxergar o crime a partir de uma perspectiva de violação da pessoa, de sua dignidade e das relações intersubjetivas[811].

Em resumo, entende-se que uma visão liberal, plural e multicultural não opõe autonomia e tolerância[812], aceitando-se práticas que perante a cultural dominante podem ser consideradas repugnantes por, justamente, respeitar-se a autonomia do ser humano em escolher como viver e formar sua personalidade[813]. Esses limites de aceitação encontram suas fronteiras, como visto, quando o grupo minoritário tem pretensões totalitárias e expansionistas, ameaçando a diversidade e a própria sociedade que o tolera.

Da mesma forma, quando há antinomias entre normas jurídicas culturais e normas jurídicas estatais, deve-se ponderar ambas em um mesmo patamar, buscando a que melhor soluciona o problema jurídico no caso concreto, sempre em uma perspectiva emancipadora e de acordo com o que se deseja para o futuro. Afinal, "o direito é uma possibilidade axiológica, e não uma necessidade antropológica, (...) uma plataforma civilizacional, que pode não ser"[814].

Observe-se, neste ponto, que uma escolha pode ser emancipadora mesmo em uma perspectiva contrária ao que o liberalismo ocidental considera aceitável, pois o respeito à diversidade cultural-religiosa considera que há a possibilidade de culturas diferentes enxergarem alternativas de vida ainda incompreensíveis para o mundo ocidental. Dispensável demonstrar que esses limites, em que pese liberais quanto à criminalização de condutas sem vítimas ou a crimes artificiais[815], são mais rígidos, ainda que não pré-estabelecidos, em relação à proteção de direitos fundamentais da pessoa.

---

[810] FERRAJOLI, Luigi. *Direito...* Op. cit., p. 834.
[811] ZEHR, Howard. *Trocando...* Op. cit., *maxime* pp. 61 e ss.
[812] KYMLICKA, Will. *Ciudadanía...* Op. cit., pp. 214 e ss.
[813] Como, por exemplo, na prática da escarificação corporal, tratada, a partir de um caso concreto ocorrido na Itália, por MAGLIE, Cristina de. *Los delitos...* Op. cit., pp. 211 e ss.
[814] COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; ARANTES, Bruno Camilloto. *Direito...* pp. 28 e ss.
[815] Exemplo marcante da injustiça que crimes dessa natureza podem gerar na realidade é o do miserável imigrante senegalês que foi preso por realizar o comércio ambulante de isqueiros sem selo e de artigos de vestuário e de couro com o símbolo contrafeito de marcas de moda conhecidas, conforme BASILE, Fabio.

É difícil tratar teoricamente de conflitos e limites de direitos fundamentais, pois apenas no caso concreto pode-se analisar as razões, motivações e consequências do exercício de um direito e a limitação de outro. Um exemplo significativo sobre a dificuldade de se estabelecer limites apriorísticos a manifestações culturais, especialmente religiosas, e determinar o quanto de tolerância é aceitável em um Estado liberal e plural, consiste nos discursos de ódio[816] contra determinadas condutas, manifestações pessoais ou grupos de pessoas. No Brasil, diversos pastores de igrejas evangélicas, alguns dos quais ocupantes de cargos políticos no Congresso brasileiro[817], proclamam que o homossexualismo é uma doença inaceitável e que deve ser combatido[818]. Alegando que apenas exercem a plena liberdade de expressão e de religião, muitos religiosos minimizam as consequências de suas manifestações, alegando que é apenas uma forma de orientar os fiéis quanto aos preceitos religiosos. Em que pese uma postura liberal e aberta não aceitar qualquer tipo de manifestação racista ou de ódio, é difícil estabelecer, para casos como esses, limites rígidos e bem definidos em abstrato, pois qualquer limitação geral e antecipada da liberdade de expressão guarda sempre grandes riscos[819].

Cada caso concreto merece ser analisado dentro de uma interpretação jurídica multicultural e os sentidos, razões e consequências ponderadas de maneira que as limitações necessárias à boa convivência social sejam estabelecidas e os interesses e direitos em conflito harmonizados, ainda que as pessoas envolvidas no caso não sejam efetivamente tolerantes[820].

Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali europee. Milano: CUEM, 2008, pp. 240 e ss.

[816] "Manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias", MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

[817] DINIZ, Fernando. Deputado da "cura gay" volta a liderar bancada evangélica. *Notícias Terra,* Política, Brasília, 24 fev. 2015. Disponível em: <https://noticias.terra.com.br/brasil/politica/deputado-da-cura-gay-volta-a-liderar-bancada-evangelica,221305228bdbb410VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>. Acesso em: 11 out. 2016.

[818] SOARES, Luís. Deputado-Pastor que odeia negros e gays no comando dos Direitos Humanos? *Pragmatismo Político,* Coluna Contra o Preconceito, s.l., 01 mar. 2013. Disponível em <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/03/deputado-pastor-que-odeia-negros-e-gays-no-comando-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 11 out. 2016.

[819] DWORKIN, Ronald. *Uma questão...* Op. cit. pp. 523 e ss.

[820] Como no descabido, mas infelizmente real, caso em que uma igreja evangélica pregava que gays deveriam ser mortos, conforme GLOBO.COM. Ministério Público investiga igreja por mensagem que sugere morte de gays. *Site Oficial G1-Globo.com,* Rede Bahia, Salvador, 22 jul. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2016/07/mensagem-em-igreja-que-sugere-morte-de-gays-e-investigada-pelo-mp.html>. Acesso em 11 out. 2016.

Os limites trazidos pela ideia de Ronald Dworkin (1931-2013) sobre integridade do sistema e visão de conjunto[821] podem servir para que se pense qual história deseja-se continuar contando e onde teremos vergonha de pertencer à espécie humana[822]. De qualquer forma, os argumentos principais serão oriundos sempre da visão do grupo hegemônico e, caso seus representantes acreditem no seu papel civilizador sobre "povos subdesenvolvidos", não exercitando a autocrítica e a dúvida metódica em questões morais-axiológicas, não haverá um espectro muito alargado de práticas culturais diversas ou limítrofes. É pensando nesse limite humano cultural do tolerável que se considera indispensável, ao decidir casos concretos, que se fundamente o intolerável de uma prática cultural e a sua não aceitação como razão para agir juridicamente válida, nos mesmos moldes da ideia de fundamentação do indesculpável[823].

Para que escolhas culturais sejam consideradas verdadeiramente como possíveis, ainda que não desejadas, é necessário um primeiro passo de não criminalização de condutas culturais quando não existe uma pessoa-vítima claramente identificada. Proteger valores e concepções de mundo por meio do direito penal é um fechamento para o diálogo e para a consideração de outras visões de mundo. Neste ponto, a conceituação material de crime que foi colocada em dúvida nos capítulos antecedentes torna-se mais límpida, afirmando-se, em uma aproximação à ideia desenvolvida por Howard Zehr[824], que é fundamental compreender o conceito material de crime apenas como aquelas condutas que ofendem gravemente uma pessoa específica e quando esta sente-se vítima e clama por justiça e por proteção do Estado. Parece ser incompatível com o multiculturalismo e com o entendimento entre culturas diversas intervir penalmente em situações sem vítima, quando o crime é apenas de perigo ou quando a intervenção penal é somente para reafirmar a vigência de uma norma jurídica estatal.

---

[821] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* 2ª ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 271 e ss.
[822] Como quando lemos os relatos de LEVI, Primo. *É isto um homem?* Trad. Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.
[823] Ideia desenvolvida como "princípio da desculpa" por PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 165: "É essa a obrigação de o Estado de justiça equacionar a desculpa em certos casos, abordar a questão das motivações do agente e fundamentar o indesculpável que exprime, afinal, o princípio da desculpa a que o percurso pelo pensamento filosófico me conduziu".
[824] ZEHR, Howard. *Trocando...* Op. cit.

Importa, no entanto, para resolver o caso da *ayahuasca* dentro dessa comunidade de princípios e sem negar ou descontruir, de forma geral, a norma penal que criminaliza o tráfico de drogas, uma vez que não é este o objetivo central do trabalho, pressupor, para coerência lógica específica de discutir as condutas relacionadas à *ayahuasca*, que as normas que envolvem produção, distribuição e consumo de drogas são legítimas em abstrato, já que válidas e vigentes na maioria dos Estados nacionais.

Observe-se que o conjunto deste trabalho desmente a legitimidade absoluta e geral construída em torno da política penal e da criminalização das drogas, pois seus pressupostos estão equivocados. De qualquer forma, parte-se de uma postura mais modesta e contida para iniciar a desconstrução de todo o modelo. Em outras palavras, não teria sentido discutir a ilegitimidade da criminalização do uso religioso de um psicoativo quando já se constatou que a criminalização de qualquer conduta relacionada com drogas é ilegítima. Ocorre que não é este o cenário que se apresenta, prevalecendo, ainda, na quase totalidade dos países, um discurso e um consenso social de que a política criminal proibicionista em relação às drogas é válida, aceitável e útil.

Portanto, ainda que se considere, hipoteticamente, que alguma política criminalizadora de drogas seja justificável ética, política e juridicamente, a partir do que se deseja como sociedade e função do direito penal, é preciso verificar se ela é legítima em todos os casos e analisar criteriosamente os interesses jurídicos que com ela colidem em situações concretas/reais.

4.4. Conflito de interesses transconstitucionais: liberdade religiosa *versus* proteção à saúde e à ordem pública no campo da *ayahuasca*

A análise jurídico-penal que necessita ser adotada em cenários de interculturalidade não é a mesma de um caso tradicional de aplicação do direito penal, pois o juízo moral do autor do delito, em sua concepção jurídico-cultural, é correto. Além disso, as consequências de seus atos tendem a ser limitadas ao grupo cultural a que pertence, não trazendo reflexos diretos, via de regra, para a sociedade como um todo. Penalistas, legisladores e juristas, de

uma forma geral, que fecham os olhos a essa realidade estimulam a geração de conflitos e não a pacificação social[825].

No uso religioso de psicoativos, o contexto ou *setting* (hipótese do cenário)[826] é o mais importante controle e limite de tal experiência, pois esse consumo ocorre sempre em um ambiente controlado, de forma ritualizada, com propósitos elevados (espirituais e de contato com o divino) e, geralmente, na presença de pessoas já experientes no uso da substância[827]. O uso da *ayahuasca* não parece ser banalizado mesmo quando utilizado fora do contexto das religiões *ayahuasqueiras* tradicionais, existindo sempre algo de sagrado ou de uma busca por autoconhecimento ou "iluminação". Os próprios efeitos provocados pela bebida auxiliam esse controle do uso e do ambiente em que ocorre, pois, conforme se verifica em diversos relatos[828], a *ayahuasca* sempre conduz a um efeito introspectivo, reflexivo e de orientação baseada em preceitos éticos e morais universais de dignidade e busca de aprimoramento do ser humano[829]. Ademais, a pessoa nunca é submetida totalmente aos efeitos do psicoativo, mantendo sempre um relativo controle da situação, do seu corpo e de sua mente, ainda que em estado alterado. O potencial de abuso também é mínimo[830], pois a intensidade da experiência faz com que os ensinamento recebidos ou descobertos levem à autocrítica moral e à reavaliação de experiências vividas, desestimulando as pessoas a beberem a *ayahuasca* para mero deleite ou recreação.

Deve-se ponderar, ainda, que o uso da *ayahuasca* num contexto religioso não interessa somente a uma pessoa isoladamente, mas sim a um conjunto de pessoas que compartilham visões de mundo, práticas e costumes, formando um grupo cultural-religioso com anseios e reivindicações comuns[831]. Proibir essas pessoas de usarem a *ayahuasca* não seria privar apenas um aspecto da vida cultural e religiosa, mas sim a própria religião e

---

[825] FORTE, Francisco Alexandre de Paiva. *Racionalidade...* Op. cit., p. 197.
[826] ALBUQUERQUE, Maria Betânia Barbosa. *Psicoativos...* Op. cit. p. 82.
[827] O tipo de substância (e seus efeitos bio-psico-fisiológicos), o contexto e o sentido do uso são critérios que precisam ser analisados para qualquer tipo de psicoativo/droga, conforme MACRAE, Edward; SIMÕES, Júlio Assis. *Rodas de Fumo:* o uso da maconha entre camadas médias urbanas. Salvador: Edufba, 2000, p. 29.
[828] Vários relatos podem ser lidos em METZNER, Ralph (Org.). *ayahuasca*: alucinógenos, consciência e o espírito da natureza. Trad. Márcia Frazão. Rio de Janeiro: Gryphus, 2002, *maxime* pp. 43 e ss.
[829] GROISMAN, Alberto. *Trajetos…* Op. cit., p. 21.
[830] MACRAE, Edward. *Guiado...* Op. cit., pp. 116 e ss.
[831] Sobre direitos diferenciados em função do grupo e a não contradição do reconhecimento e valorização desses direitos com os princípios liberais de igualdade e liberdade, ver KYMLICKA, Will. *Ciudadanía…* Op. cit., pp. 57-76.

cultura[832]. Todas as suas práticas, costumes e concepções de mundo são em torno do consumo da bebida, principal sacramento dos grupos *ayahuasqueiros*. A própria identidade do indivíduo e a forma como se vê no mundo relacionam-se com a prática religiosa; em que pese esses valores não impedirem o diálogo intercultural, não se afastarem da concepção de uma cultura cívica comum e dos valores culturalmente universalizantes do pluralismo ideológico e do respeito à dignidade da pessoa humana[833].

Aparentemente, e pelo que se pode concluir das pesquisas existentes neste campo, as pessoas que consomem *ayahuasca* e as religiões *ayahuasqueiras* são pacíficas e buscam a compreensão humana e seu aprimoramento, estando plenamente adaptadas a uma vida social saudável, boa e plural. As finalidades e os objetivos da aquisição e uso da *ayahuasca* e de outras drogas ilegais são muito diversos[834], o que impede uma analogia pura e simples apenas em razão de um dos seus compostos químicos. A produção dos componentes da bebida ocorre em condições muito específicas e possui um caráter sagrado, não recreativo, o que faz com que sua distribuição e utilização sejam controladas e fiscalizadas pelos próprios indivíduos que a produzem e distribuem.

O multiculturalismo e o uso religioso de substâncias psicoativas trazem novos critérios para a aplicação justa do direito penal, pois, diferentemente dos juízos apriorísticos e das concepções etnocêntricas trazidas por diversos julgados já analisados, não parece que o uso religioso da *ayahuasca* possa produzir a desintegração familiar ou ocasionar um mal direto à sociedade ou a qualquer indivíduo.

O problema estudado envolve múltiplos aspectos e interesses, sendo possível diversas soluções jurídicas aceitáveis, de acordo com os valores que prevaleçam na ponderação dos interesses e princípios constitucionais conflitantes. Mesmo considerando que o uso da

---

[832] No mesmo sentido, ainda que fosse melhor a utilização do termo "aspecto essencial", pois de fato é, e não apenas "aspecto importante", DIAS, Augusto Silva. *Crimes*... Op. cit., p. 330: "O problema não é essencialmente distinto daquele que vimos colocar-se a propósito da proibição do uso do *kirpan* pelo *Sikh* ou da utilização do chá de *ayahuasca* nos cerimoniais das religiões *ayahuasqueiras*. Nestes, como no caso da proibição da circuncisão, a pessoa vê-se privada de um aspecto importante da sua liberdade religiosa e consequentemente numa posição desfavorável em relação aos membros de outros grupos religiosos que não enfrentam semelhante interdição. A alternativa sombria com que deparam é infringir a proibição jurídica e sujeitar-se às consequências ou mudar a religião ou de religião".

[833] Requisitos essenciais para a efetiva realização do multiculturalismo e para solução dos problemas decorrentes da diversidade cultural, conforme DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido*... Op. cit., pp. 231 e ss.

[834] ALMEIDA, Mauro. A *ayahuasca* e seus usos. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca*. 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2003, pp. 15-20.

ayahuasca é uma manifestação cultural-religiosa legítima e de boa-fé, persiste a questão sobre se é um interesse que tem primazia sobre outros existentes nas sociedades atuais, ocorrendo, como já visto, diversos casos concretos que precisam ser decididos pelos tribunais de diferentes países.

O problema constitui uma situação exemplar em que é viável a aplicação do transconstitucionalismo[835], pois o conflito de direitos fundamentais e interesses constitucionais afeta diferentes ordens jurídicas nacionais/estatais, sendo inevitável um diálogo ou uma "conversação transcontitucional"[836] para se pensar como as religiões *ayahuasqueiras* brasileiras são tratadas em distintas partes do mundo e como as questões judiciais vêm sendo decididas.

Além de ser um problema espalhado pelo mundo, isto é, transnacional e comum a diversos países, o consumo religioso da *ayahuasca* constitui uma manifestação cultural de um grupo específico, sendo essencial que se leve em conta, para uma plena realização do multiculturalismo, os fatores que condicionam o consumo da *ayahuasca* e o *ethos* que se forma a partir dessa prática, influenciando a identidade das pessoas que cometem a conduta classificada, *prima facie*, como criminosa. Seria impensável uma decisão judicial, de qualquer país, não considerar como casos jurídicos que envolvem a *ayahuasca* são decididos no Brasil, país de origem da prática cultural, como é sua regulação legal e como os grupos religiosos autorregulam-se para evitar o consumo problemático. Tal aprendizado recíproco de juristas de diferentes nacionalidades não coloca em dúvida a soberania de um país, como já tratado, mas permite que se alcance a melhor decisão para o problema jurídico enfrentado, permitindo maior legitimação do Direito e do próprio sistema jurídico de determinado espaço-tempo.

Os interesses jurídicos que entram em conflito no caso da *ayahuasca* podem ser vistos como critérios para a ponderação da questão, contrapondo de um lado: i) proteção à saúde individual dos usuários; ii) proteção à saúde pública; iii) aplicação uniforme da lei e das convenções antidrogas; iv) garantia da ordem e da segurança pública; e de outro lado: i) proteção à liberdade religiosa e suas manifestações; ii) liberdade individual, autonomia privada e livre formação da própria personalidade; iii) respeito à diversidade cultural e busca

[835] "O fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas", NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...* Op. cit., p. 121.
[836] NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...* Op. cit., p. 122.

de um Direito multicultural, que considera interesses de grupos minoritários; iv) reconhecimento e respeito ao pluralismo jurídico.

A complexidade do problema estudado é incrementada pela análise e ponderação dos interesses constitucionais em conflito envolverem diversas esferas de controle social, como as polícias, as agências de saúde e vigilância sanitária, órgãos alfandegários, comissões de liberdade religiosa, os poderes legislativos e as diversas instâncias do Poder Judiciário.

Os agentes desses diferentes órgãos estabelecem medidas concretas de restrição à importação, transporte, distribuição e uso da *ayahuasca*, realizando cada qual um juízo de ponderação em relação aos valores, normas jurídicas, princípios constitucionais e direitos que pode ser aplicáveis à questão e que orientam as ações das pessoas envolvidas[837]. Assim, limitam um ou outro direito para acomodar a proteção mais adequada ao interesse que avaliam como preponderante e para dar eficácia às normas que consideram mais adequadas ao caso e de acordo com o Direito.

Não existindo direitos ilimitados em uma sociedade complexa como a atual[838], não sendo possível determinar em abstrato qual interesse tem maior importância e não existindo uma restrição evidentemente arbitrária, já que os interesses protegidos são, a princípio, tão legítimos quanto os restringidos, cabe sempre a última análise, quanto à correta ponderação e constitucionalidade das decisões tomadas pelos outros poderes ou agentes públicos que limitaram direitos fundamentais e liberdades[839], ao Poder Judiciário. Com isso, nas questões que envolvem a *ayahuasca* e o respeito à diversidade cultural-religiosa, acabam os tribunais por estabelecer os caminhos a serem seguidos, os limites e os interesses que devem prevalecer[840], sendo essencial, para um diálogo reflexivo e a construção de decisões justas, uma crítica doutrinária sobre o problema jurídico específico. Portanto, um juízo de ponderação e um controle pormenorizado da observância dos princípios constitucionais da proibição do excesso e da proibição da proteção insuficiente[841] precisam ser realizados,

---

[837] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático.* Coimbra: Coimbra, 2012, pp. 126-128.
[838] ALEXY, Robert. *Teoria*... Op. cit., pp. 267 e ss; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos*... Op. cit., pp. 283 e ss; e MIRANDA, Jorge. *Manual*... Op. cit., pp. 341 e ss.
[839] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça* ... Op. cit., p. 126.
[840] Constatado também por LABATE, Beatriz Caiuby; FEENEY, Kevin. *O processo*… Op. cit., pp. 13-14.
[841] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça*... Op. cit., pp. 67.

avaliando-se as consequências de uma ou outra decisão em toda a ordem normativa e na sociedade.

A questão principal, como se pode constatar ao longo do trabalho, consiste em definir se deve prevalecer o direito à liberdade religiosa, especificamente a liberdade de culto, práticas e celebração de ritos; ou se tal liberdade deve ser limitada, não se permitindo o uso da *ayahuasca*, para proteger o interesse geral de preservação da saúde pública, uma limitação teoricamente aceitável[842] e prevista na própria *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, concretizada na criminalização de condutas relacionadas com a produção, distribuição e consumo de substâncias classificadas como drogas.

Contudo, existem outros interesses e valores juridicamente relevantes que são afetados por este problema jurídico, especificamente os discriminados acima, os quais não são ponderados com o devido cuidado quando se discute o uso religioso da *ayahuasca* nos tribunais[843]. Assim, utilizando-se dos caminhos propostos pela doutrina constitucional para solucionar casos de colisão/conflito de direitos fundamentais[844], buscar-se-á refletir sobre as consequências de diferentes decisões para o caso e a melhor decisão dentro da comunidade de princípios em que se vive e para se chegar à sociedade que se deseja.

Na ponderação ora realizada entre o direito à liberdade cultural-religiosa e o interesse público de proteger a saúde humana (individual e pública), parte-se da presunção de que a *ayahuasca* é, em alguma medida, danosa ou um risco à saúde, já que contém como princípio ativo DMT, que é prevista nas listas de substâncias psicotrópicas da *Convenção de Viena de 1971* e nas legislações antidrogas dos países, as quais, a princípio, são organizadas e aprovadas por especialistas na área da toxicologia.

Contudo, o próprio conceito de droga e a legitimidade de sua proibição por meio da criminalização já foram colocados em dúvida, demonstrando-se que conceder grande relevância a questões farmacológicas e toxicológicas de uma substância faz com que se

---

[842] A medida não é objetivamente excessiva ou desproporcionada – já que efetivamente a *ayahuasca* tem como princípio ativo a DMT, que é considerada uma droga ilícita (apesar das críticas) – o que por si só a tornaria uma medida restritiva inconstitucional, nos termos de NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça…* Op. cit., p. 130.

[843] No mesmo sentido, LABATE, Beatriz Caiuby. *Dimensões...* Op. cit., pp. 443 e ss.

[844] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça…* Op. cit., pp. 114 e ss; ALEXY, Robert. *Teoria...* Op. cit., pp. 267 e ss; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos…* Op. cit., pp. 283 e ss; MIRANDA, Jorge. *Manual…* Op. cit., pp. 408 e ss; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.* 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010, pp. 289 e ss.

olvide de outros interesses e do princípio fundamental do próprio Direito, isto é, assegurar a liberdade e a autonomia das pessoas em suas escolhas que não afetam terceiros. Garantir que cada um possa conformar a sua personalidade como bem entender, sem a interferência do Estado, é a própria realização da dignidade humana, pois se reconhece que adultos têm condições de refletir e deliberar sobre como viver e desenvolver sua personalidade[845], escolhendo se irão consumir determinada substância ou não, com a finalidade que quiserem lhe dar, mesmo que recreativa[846].

A questão sobre se o indivíduo tem direito ao êxtase em sua esfera privada já foi discutida em meados da década de 1990, na Alemanha[847], ocorrendo a mesma discussão hodiernamente no Brasil[848]. Porém, quando se discute a criminalização de condutas relacionadas às drogas, não se discute um direito ao êxtase isoladamente, mas a legitimidade do Estado intervir na intimidade e nas escolhas morais do indivíduo com seu instrumento mais gravoso, que é o direito penal. Como visto, não fica claro quais interesses e valores a política criminal de combate às drogas tenta proteger, não sendo eficiente nos seus objetivos declarados e não considerando os outros interesses que são concorrentes no problema. Não há razoabilidade em se lançar mão de um instrumento severo e grave como o direito penal, que restringe a própria liberdade de ir e vir do indivíduo, quando sequer uma vítima pode ser identificada na situação, se é que ela existe, como visto anteriormente, e não é uma medida eficiente para atingir os fins (declaradamente) almejados. Assim, não sendo a utilização do direito penal, ao limitar o direito ao êxtase, uma medida adequada e necessária para proteger a saúde humana, há que se ter a restrição como desproporcional em sentido estrito (um excesso) e, portanto, inconstitucional.

---

[845] A liberdade geral de agir, inerente ao livre desenvolvimento da personalidade, é um direito geral subsidiário para quando não existe uma liberdade especial expressamente consagrada no texto constitucional, conforme MIRANDA, Felipe Arady. *O direito*... Op. cit., pp. 11184-11185.

[846] A discussão pública sobre a liberação do uso recreativo de drogas, em respeito à liberdade de escolha e, com isso, da própria dignidade humana, vem ganhando algum destaque no Brasil, conforme ZILIO, Jacson. O uso de drogas como direito recreativo. *Gazeta do Povo*, Opinião, Curitiba, 25 ago. 2015. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/o-uso-de-drogas-como-direito-recreativo-1gwt7gbiracx1o81fme1pg94r>. Acesso em: 19 out. 2016.

[847] SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Trad. Beatriz Hennig et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, pp. 248 e ss.

[848] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto apresentado em plenário (sem julgamento definitivo) em Recurso Extraordinário nº 635.659. *Site do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 56 pp., data da leitura do voto: 20 ago. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

Ocorre que o consumo da *ayahuasca* não é somente o uso recreativo e íntimo de uma substância psicoativa, mas é um uso qualificado pelo sentido religioso que lhe é imanente e pelo contexto cultural no qual ocorre. Assim, também devem ser ponderados os interesses coletivos de um grupo minoritário localizado em uma sociedade multicultural (uma vez que a decisão relativa a um direito individual, em um caso concreto, suscitará reflexos diretos para outras pessoas e para uma coletividade específica), as normas jurídicas extraestatais que permitem o consumo não problemático e regular da substância psicoativa e o grau de restrição à liberdade religiosa e a seus corolários que será aceito para se edificar a sociedade imaginada e desejada.

Uma vez que o êxtase atingido com a *ayahuasca* é religioso, em um ambiente controlado, onde os efeitos para a saúde e a ordem pública são diminutos, ou até inexistentes, não havendo um comércio disseminado de *ayahuasca*, uma vez que sua utilização ocorre em uma perspectiva religiosa, sendo que os efeitos gerados com a ingestão provocam uma introspecção reflexiva, não uma exaltação de ânimos que pode trazer preocupação social, a proibição criminal em concreto mostra-se ainda mais desproporcional e excessiva.

Para avaliar os impactos que a DMT presente no chá pode trazer à saúde dos seus usuários e à saúde pública em geral pode-se recorrer a estudos, pareceres e laudos toxicológicos, médicos e farmacológicos, mas isso não pode ser considerado primordial na análise da questão. Mesmo que venham a existir laudos e análises fármaco-toxicológicas que demonstrem algum mal advindo do consumo da *ayahuasca*, isso não acarretará automaticamente uma prevalência sobre outros argumentos concorrentes/conflitantes. Em outras palavras, o critério médico-farmacológico não é o critério fundamental a ser ponderado na questão e não permite a rejeição do consumo religioso-cultural da *ayahuasca* porque ele não recomenda seu uso para a saúde das pessoas[849]. O próprio consumo tradicional ancestral já revela que qualquer mal que a *ayahuasca* possa causar à saúde não é extremo e incompatível com uma vida normal. Some-se a isso o grande valor que deve ser dado à

[849] A posição anti proibicionista ou anti anti-drogas que adoto deve ser entendida nos termos trazidos por GEERTZ, Clifford. Anti anti-relativismo. In. GEERTZ, Clifford. *Nova luz sobre a antropologia.* Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, pp. 47-67, isto é: "aqueles de nós que nos opomos ao aumento das restrições legais ao aborto não somos, pelo que eu entendo, pró-aborto, no sentido de o considerar uma coisa maravilhosa e achar que, quanto maior o índice de abortos, maior será o bem-estar social... Nesse contexto, a dupla negativa simplesmente funciona da maneira usual – e nisso residem seus atrativos retóricos. Ela permite rejeitar algo sem que nos comprometamos com aquilo que este algo rejeita" (p. 48).

escolha de pessoas adultas e capazes em situações que só podem causar lesões a si mesmas (autolesões)[850] e que, além disso, relacionam-se com a esfera religiosa de cada um.

Análises laboratoriais nunca serão suficientes no caso da *ayahuasca*, pois seus efeitos são condicionados pelo ambiente em que ocorre o consumo da bebida e pelo sentido religioso e sacramental que encerra para cada indivíduo que a ingere. De qualquer maneira, os eventuais efeitos indesejados são leves, previamente informados ao usuário e a ingestão é sempre acompanhada e gerida por pessoas que estão familiarizadas com o consumo ritual, existindo normas jurídicas comunitárias relativas a todas as etapas do processo. Em relação à saúde pública, a experiência cultural originária, a tradição religiosa e os estudos científicos existentes até o momento revelam uma probabilidade baixíssima de intoxicação, de overdose e de danos, imediatos/agudos ou com a utilização a longo prazo, que exijam tratamento médico ou o emprego de recursos destinados à saúde pública em geral. Perícias interdisciplinares que avaliem o contexto cultural do uso juntamente com os efeitos toxicológicos na saúde individual podem ser úteis à questão, como feito no caso holandês citado anteriormente[851], mas nunca serão suficientes para abarcar toda a complexidade de significados (religiosos e culturais) que o consumo da *ayahuasca* representa para seus seguidores.

Parece mais importante, nestes casos, valorizar as liberdades que um Estado de Direito, democrático, liberal e plural proporciona às pessoas em seus modos de vida quando não causam danos diretos a outras pessoas, respeitando-se a autonomia individual, o chamado *direito à independência moral*[852], a liberdade religiosa e o reconhecimento intercultural recíproco. Nesse sentido, considera-se que eventuais efeitos negativos causados à saúde individual e pública são insuficientes para autorizarem uma limitação à autonomia privada e à liberdade religiosa dos seguidores *ayahuasqueiros*.

Ademais, o discurso da liberação ou proibição do uso religioso da *ayahuasca* que se apoia primordialmente em evidências médico-toxicológicas desconsidera, além de outros interesses e perspectivas, que algum inconveniente à saúde pode ser superado pelo bem causado ao espírito humano por se viver de acordo com suas crenças e em paz dentro de um

---

[850] MARONNA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 20, edição especial, pp. 04-06, out. 2012.
[851] HOLANDA. Tribunal de Haarlem. *Decisão*... Op. cit.
[852] DWORKIN, Ronald. *Uma questão*... Op. cit. pp. 526 e ss

grupo que congrega aqueles que dividem as mesmas concepções religiosas e visões de mundo[853].

De toda sorte, como trazido por Dworkin (*rights/principles* x *policies*)[854], a decisão em casos de conflito de direitos constitucionais como o que ora se discute precisa optar por aqueles argumentos e interesses mais valiosos sob uma perspectiva ética e principiológica[855], já que isso protegerá os valores mais importantes e essenciais da sociedade, dentre eles o direito à independência moral e o da liberdade de religião. Assim, ainda que a saúde humana possa ser um interesse geral a ser preservado para o bem-estar das pessoas que compõem a sociedade político-jurídica, a questão resolve-se à margem de uma lógica política e utilitarista, baseada em objetivos e metas, assegurando-se liberdades que constituem a razão primeira para o ser humano organizar-se em sociedade.

Observe-se que não há como determinar cabalmente se o consumo da *ayahuasca* é um ato inerente à personalidade do indivíduo ou constitui o núcleo essencial de sua personalidade[856], devendo existir proteção a tal prática por ser parte do conteúdo essencial da liberdade religiosa que conforma a personalidade e o modo dos seguidores das religiões *ayahuasqueiras* reconhecerem-se no mundo. Assegurar em textos legais a liberdade religiosa, mas impor limites à sua prática no cotidiano jurídico-social, mesmo quando não ofende diretamente terceiros e nem causa problemas à organização social-pública, consiste, em última análise, em não permitir a liberdade religiosa, de crença, a livre convicção e a liberdade de consciência individual.

Mesmo bispos católicos, ao se manifestarem no caso julgado pela Suprema Corte estadunidense[857], expressaram-se a favor do uso religioso da *ayahuasca*, ponderando que se tratava de um verdadeiro direito coletivo de uma comunidade exercer a sua fé e sua liberdade

---

[853] Em sentido semelhante, esclarecendo que não deve ser reconhecido a primazia do discurso médico-farmacológico, embora lhe deva ser reconhecida importância relativa, FACUNDES, Jair Araújo. Constituição e pluralismo: a proteção do uso ritual da *ayahuasca* (Daime) pela liberdade religiosa. In. PARDO, David Wilson de Abreu (Coord.). *Casos constitucionais em destaque*: princípios fundamentais. Série Monografias do CEJ. Vol. 16. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013, pp. 179-278, *maxime* pp. 272-273.

[854] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, *maxime* pp. 283 e ss.

[855] Sobre os argumentos e justificações de política ou baseados em objetivos *versus* questões de princípios, ver DWORKIN, Ronald. *Uma questão...* Op. cit., *maxime* pp. 559 e ss.

[856] MIRANDA, Felipe Arady. *O direito...* Op. cit., p. 11190.

[857] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court…* Op. cit.

religiosa, não uma mera concessão a uma pessoa individual[858]. É indispensável, portanto, para analisar a restrição do direito à liberdade religiosa, que se reflita sobre o âmbito de proteção das normas constitucionais relacionadas a esse direito[859] e as consequências práticas das possíveis decisões.

Deste modo, na ponderação entre os interesses e direitos em conflito, deve-se, com proeminência, levar em conta que o uso da *ayahuasca* num contexto religioso não interessa somente ao indivíduo que está sendo julgado[860], mas sim a uma coletividade que tem um *ethos* próprio, como já apresentado, e que desenvolveu práticas comunitárias para assegurar a sua existência digna e satisfazer suas necessidades essenciais. Decidir pela proibição do uso religioso da *ayahuasca*, ainda que apenas condenando criminalmente um indivíduo, não é apenas privar um aspecto da vida cultural e religiosa daquela pessoa específica, mas impedir o exercício de uma religião e da cultura de um grupo minoritário, uma vez que os reflexos da condenação na coletividade serão inevitáveis, fazendo com que o sentido da vida das pessoas que a compõem seja diminuído. Todas as práticas, costumes e visões de mundo orbitam a bebida considerada sagrada, não podendo existir um substitutivo simbólico alternativo para tal sacramento e ritual[861]. Desta forma, repise-se, a decisão de criminalizar as condutas de produzir, fornecer e consumir religiosamente *ayahuasca* não afeta isoladamente um indivíduo, mas os interesses culturais ancestrais de um grupo, o modo de ser de uma minoria, a liberdade e autonomia individuais (valores básicos e fundamentais da sociedade plural e liberal que se deseja) de várias pessoas e a própria ideia de multiculturalismo, pensado como acomodação ética-justa entre culturas diferentes em um mesmo espaço territorial.

A *ayahuasca* efetivamente constitui uma hierofania, existindo um sentido sagrado e transcendente na ingestão da bebida, que ocorre seguindo uma organização litúrgica e ritual com regras de conduta bem definidas, gerais e que são entendidas e sentidas como obrigatórias pelos membros da comunidade. Assim, para pensar o respeito à liberdade religiosa[862] nesses casos, deve-se aquilatar o sistema cultural em que a prática da *ayahuasca*

---

[858] MOURA, Cristina Patriota de. *Multiculturalismo*... Op. cit., 49.
[859] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito*... Op. cit., p. 1275.
[860] O que, por si só, já traz consigo uma apertada possibilidade de restrição, uma vez que: "pela sua íntima relação com a proteção da dignidade da pessoa humana, enquanto valor supremo da ordem valorativa dos direitos fundamentais, o direito à liberdade religiosa é construído com um perímetro especialmente alargado", conforme MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade*... Op. cit., p. 280.
[861] Como proposta feita para o caso do fanado por DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido*… Op. cit., p. 233.
[862] Nos termos já citados de ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade*... Op. cit., *maxime* p. 15.

está inserida ou que constitui, sopesando-se o valor intrínseco da própria cultura e a necessidade do ritual de consumo da bebida para manter a integridade cultural do grupo. Com isso, não se diminui em nada a importância dos interesses da sociedade de acolhimento em preservar a saúde pública, em garantir a coesão social, organizar a constituição do espaço público e, ao mesmo, tempo assegurar um pluralismo cultural e ideológico.

É importante destacar que as normas jurídicas existentes nos grupos *ayahuasqueiros* dizem respeito, primordialmente, aos processos de plantio, produção, distribuição e consumo da *ayahuasca*; e a questões de condutas e relacionamentos interpessoais que podem ser complementares ao ordenamento jurídico estatal. Assim, é possível uma convivência harmônica e coerente com a comunidade político-jurídica ocidental atual e com qualquer cultura aberta e liberal, uma vez que os grupos *ayahuasqueiros* almejam somente ter suas crenças e costumes religiosos respeitados, não possuindo a ideia de um autogoverno que organize alternativamente a totalidade dos aspectos da vida social[863].

O subsistema normativo jurídico desses grupos comunitários, portanto, integra-se coerente e facilmente com um sistema normativo constitucional ocidental, assegurando que não ocorram condutas que possam trazer preocupações em relação à ordem pública. O argumento de que a aplicação rígida e uniforme das leis antidrogas é essencial para assegurar a ordem e a segurança pública perde força nesse contexto, pois as normas jurídicas extraestatais vigentes entre os grupos minoritários são suficientes para evitar a formação de um mercado ilícito de importação e distribuição da *ayahuasca*, bem como usos não religiosos da bebida ou excessos problemáticos. Além disso, a produção em condições específicas, seu caráter sagrado e os próprios efeitos gerados pela bebida (não prazerosos-recreativos) impedem que se assemelhe a *ayahuasca* ao que tradicionalmente argumenta-se contra as drogas em geral, sendo o contexto cultural-religioso suficiente para controlar eventuais desvios ou excessos.

É essencial, evidentemente, diante de casos concretos específicos, que se verifique a real motivação cultural-religiosa do agente e da forma como se dá a produção, distribuição e

[863] O objetivo desses grupos étnicos não é criar uma nação independente ou ter autogoverno, mas sim ter seus interesses comuns, que os unem como grupo, identidade coletiva, atendidos dentro da sociedade de acolhimento, para que exista maior permeabilidade com as diferenças culturais. Sobre a compreensão de grupos étnicos como "comunidades de interesse" e a importância de se assegurar em alguma medida os direitos de representação desses grupos, ver KYMLICKA, Will. *Ciudadanía*… Op. cit., pp. 183 e ss.

consumo da *ayahuasca*, parecendo, contudo, como destacado, que a regulamentação e os controles comunitários de tais práticas já são suficientes para não ocorrer quaisquer consequências gravosas ou danosas para terceiros ou para a sociedade em geral.

Assim, ponderados os valores e interesses que se contrapõem, para se chegar a uma correta solução de concordância prática, como as questões multiculturais exigem, parece que um juízo de proporcionalidade ou de controle da observância do princípio da proibição do excesso, nos termos propostos por Jorge Reis Novais[864], ainda é essencial.

Em um juízo de controle de proporcionalidade aplicado aos casos que envolvem a *ayahuasca*, o que se compara e se avalia são os sacrifícios ou custos impostos aos direitos fundamentais da independência moral, da livre conformação da própria personalidade e da liberdade religiosa frente às vantagens ou benefícios que se obtêm para a saúde pública e para a sociedade ao caracterizar a produção, posse e importação da *ayahuasca* como penalmente relevantes, de maneira que se possa justificar a criminalização dessas condutas.

Sem considerar a saúde individual e o direito subjetivo individual da independência moral, os quais poderiam, nesta fase de reflexão comparativa, ser facilmente superados, servindo para um ou outro lado, sem uma real utilidade distintiva, como ocorreu no momento da ponderação, uma das possibilidades é que prevaleça a proteção à saúde pública, o que implicaria um sacrifício total do direito à própria cultura e à liberdade de culto e religião, uma vez que as práticas rituais/de culto das religiões *ayahuasqueiras* ficariam completamente inviabilizadas sem a bebida; enquanto o benefício marginal para a saúde pública, atingido com a criminalização da conduta de importar e usar a *ayahuasca*, seria mínimo ou de duvidoso alcance, uma vez que o próprio dano causado ao pretenso "bem jurídico" tutelado é questionável. Como visto, não haveria uma maneira de conseguir um substitutivo simbólico para a prática, uma vez que o efeito provocado pelo psicoativo existente na bebida é que permite o contato direto e íntimo com a divindade ou com outro plano, fazendo com que o grupo compartilhe essa experiência como seu principal referencial identificador sociocultural.

---

[864] "Dado o subjectivismo da ponderação e a facilidade com que um ou outro resultado pode ser fundamentado, pouco ou nada se avança em termos de racionalização e objectivação do procedimento do controlo. (…) Outra coisa, diferente, e potencialmente bem mais produtiva é a proporcionalidade… neste controlo de proporcionalidade aquilo que se avalia, que se compara ou põe em relação, são os sacrifícios (custos) impostos ao direito fundamental contrapostos ao benefícios (vantagens) produzidos na obtenção do fim visado com a restrição", NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça…* Op. cit., pp. 127-128.

Tal discrepância na aptidão da medida de prevalência do interesse público quando comparada com o sacrifício exigido ao direito fundamental da liberdade religiosa, não apenas individual, mas também coletivo, não se justifica em uma sociedade democrática liberal, onde há grande peso para tal liberdade, uma vez que ela representa a origem da própria ideia de direitos fundamentais como trunfos diante de decisões políticas ou do arbítrio estatal. Tal medida revela-se ainda mais excessivamente desproporcional e, portanto, inconstitucional, quando se utiliza a lei penal ao caso, não existindo uma mera proibição de importação regular da bebida ou o não reconhecimento oficial do grupo como religioso (o que poderia proporcionar vantagens tributárias) ou outros tipos de restrições de ordem sanitária e administrativa. A criminalização das condutas relacionadas com a prática religiosa consiste em efetiva tipificação coletiva de um grupo minoritário, não permitindo qualquer margem de adaptação, diálogo, harmonização ou reconhecimento.

Invertendo as medidas para realizar a análise do custo-benefício ou utilizando-se da lógica tradicional de verificação sucessiva de aptidão-necessidade-proporcionalidade[865], as conclusões não se modificam. Especificamente na análise da necessidade da incidência do direito penal ao campo da *ayahuasca* para se atingir o fim buscado de proteção à saúde pública, somando-se com os princípios que norteiam este ramo do Direito, como será estudado detalhadamente adiante, evidencia-se que o poder público manteria maior coerência com o Direito e protegeria melhor a saúde pública com outras medidas, como de controle e acompanhamento administrativo/sanitário da importação e uso da *ayahuasca*, o que não deixaria a prática completamente na clandestinidade e nem implicaria o sacrifício completo e imediato de interesses e direitos fundamentais.

É desnecessária uma política criminal voltada aos seguidores das religiões *ayahuasqueiras*, pois essas pessoas não se afastam dos valores culturalmente universalizantes do pluralismo ideológico e do respeito à dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, o sentimento de pertença (dos membros das religiões *ayahuasqueiras*) à comunidade de princípios e ao sistema jurídico-normativo ocidental não é influenciado pelo uso ritual da bebida, pois referidas religiões não impõem comportamentos de vida incompatíveis com a cultura cívica comum da humanidade. Ao contrário, acredita-se que a

[865] Método criticado por Novais devido ao seu subjetivismo, falta de parâmetros objetivos e facilidade de se justificar argumentativamente para qualquer um dos lados da balança, conforme NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça*…Op. cit., pp. 129 e ss.

bebida auxilia na emancipação do ser humano, possibilitando que cada um, independente de gênero, raça, origem ou classe social, atinja a sua verdade e amplie a sua consciência quando em contato direto com sua mente superior ou com entes ou planos superiores. Assim, não há argumentos suficientes para justificar a intervenção penal no uso religioso da *ayahuasca*, mormente porque a prática é restrita, controlada e privada, não ofendendo terceiros e não afetando, de qualquer forma, a saúde ou a ordem pública[866].

Reconhecendo o multiculturalismo e, com isso, a necessidade de se respeitar a diversidade cultural-religiosa aceitável (que reverencia a dignidade da pessoa humana, não oprime ninguém e se integra em uma cultura cívica comum), os tribunais de diversos países vêm assegurando maior peso à liberdade religiosa e de culto quando ponderado esse direito fundamental com o interesse de proteger a saúde pública e aplicar as leis antidrogas; não considerando crime a importação, o transporte e o consumo da *ayahuasca* em contexto ritual das religiões *ayahuasqueiras* brasileiras, mesmo ela contendo o princípio ativo DMT, considerado um psicotrópico pela *Convenção da ONU de 1971*. A decisão de concordância prática mais comum tem sido, portanto, aceitar como lícito exclusivamente o uso religioso-ritual da *ayahuasca* dentro das comunidades religiosas estabelecidas, considerando-se que os controles comunitários garantem suficientemente a proteção da saúde pública, da ordem pública e da saúde individual dos envolvidos. Assegura-se, dessa maneira, a plena fruição das liberdades religiosas, mas sem se descuidar da proteção buscada pela tutela penal, uma vez que não se passa a considerar lícito um uso geral da bebida. De toda forma, não é pacífico tal entendimento, como na França, por exemplo, e não se chegou a fazer, ainda, um enquadramento jurídico-sistêmico de tal problema dentro da dogmática penal, o que se tentará realizar no próximo capítulo.

4.4.1. O consumo religioso da *ayahuasca* por gestantes, crianças e adolescentes

Antes disso, porém, ainda cabe analisar se o resultado da ponderação entre os interesses em conflito deve mudar quando são crianças, adolescentes ou mulheres grávidas que consomem religiosamente a *ayahuasca*, tema de muito debate durante a década de 1.990 no

[866] Conclusão corroborada pelos diversos estudos apresentados em LABATE, Beatriz Caiuby; MACRAE, Edward (Eds.). *Ayahuasca, Ritual and Religion in Brazil.* London: Equinox, 2010.

Brasil e, ainda hoje, ponto fulcral da discussão jurídica, médica, política, social e midiática sobre o tema[867].

O argumento fundamental daqueles que defendem que a *ayahuasca* não pode ser ministrada para crianças, adolescentes e mulheres grávidas (feto) é de que uma substância psicoativa tem efeitos diferentes (mais potentes)[868] e mais perigosos em um organismo (especialmente no cérebro) em formação[869], podendo causar danos à saúde física, mental e à formação da personalidade que não são verificados quando o uso é feito por adultos[870]. Ademais, o Estado mantém um poder de supervisão geral em relação a essas pessoas, sua educação e modo de vida, pois se entende que elas ainda não têm as condições materiais/biológicas ou a formação completa da personalidade para ter autonomia plena para escolher.

O Projeto de Decreto-Legislativo nº 2491/2010, proposto pelo Deputado Federal brasileiro Paes de Lira[871], arquivado em razão de grande articulação de movimentos *ayahuasqueiros* brasileiros e de intensa discussão sobre o tema[872], buscava sustar a Resolução nº 01, de 25 de janeiro de 2010, do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD),

---

[867] LABATE, Beatriz Caiuby. Dimensões legais, éticas e políticas da expansão do consumo da *ayahuasca*. In. LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder.* Campinas: Mercado de Letras, 2005, pp. 397-457, *maxime* pp. 413 e ss.

[868] COSTA, Maria Carolina Meres et al. *Ayahuasca*: uma abordagem toxicológica do uso ritualístico. *Revista de Psiquiatria Clínica*, São Paulo, vol. 32, nº 06, pp. 310-318, 2005, pp.316-317.

[869] PIRES, A.P.S; OLIVEIRA, C.D.R; YONAMINE, M. *Ayahuasca*: uma revisão dos aspectos farmacológicos e toxicológicos. *Revista de Ciências Farmacêuticas Básica e Aplicada*, Araraquara, vol. 31, nº 01, pp. 15-23, 2010, p. 21.

[870] Alerta feito através de diferentes fontes de informação, conforme ARANHA, Ana. O daime pode ser ingerido por crianças e mulheres grávidas? *Revista Época*, Sociedade, Rio de Janeiro, 19 mar. 2010. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI128023-15228,00-O+DAIME+PODE+SER+INGERIDO+POR+CRIANCAS+E+MULHERES+GRAVIDAS.html>. Acesso em: 26 abr. 2017; NATGEO BRASIL. *Documentário Tabu Brasil – Segredos da ayahuasca*, National Geographic Channel, 44', mar. 2012, *maxime* minuto 40'50". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZPKFASyjpOU>. Acesso em: 26 abr. 2017; MEIONORTE.COM. Santo Daime: crianças estariam usando bebida alucinógena durante reuniões de seita religiosa. *Site e Blog Oficial do Jornal Bom dia Meio Norte*, Teresina, 01 out. 2015. Disponível em: <http://www.meionorte.com/blogs/bomdiameionorte/santo-daime-criancas-estariam-usando-bebida-alucinogena-durante-reunioes-de-seita-religiosa-317873>. Acesso em: 26 abr. 2017.

[871] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo nº 2491/2010. *Site da Câmara dos Deputados*, Projetos de Lei e outras proposições, apresentado em: 15 abr. 2010, arquivado em: 31 jan. 2011, Brasília, 16 pp. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=473887>. Acesso em: 26 abr. 2017.

[872] REGINATO, Andréa Depieri de Albuquerque. *Regulamentação*... Op. cit., *maxime* pp. 64 e ss.

argumentando, com destaque, que era inadmissível que o Estado não protegesse fetos, crianças e adolescentes dos males que podem advir do consumo de um psicotrópico.

Por outro lado, as comunidades religiosas argumentam que o uso é feito de forma diferenciada para mulheres grávidas, crianças e adolescentes, não existindo qualquer prejuízo advindo do consumo da *ayahuasca* nessas fases da vida. A periodicidade e as quantidades ingeridas são diferentes de o uso normal por um adulto, o que mantém uma grande margem de segurança no consumo também por pessoas enquadradas nesses grupos. Ademais, o consumo religioso da *ayahuasca* não é um fenômeno recente, sendo consumido há várias gerações por pessoas de todas as faixas etárias. Tal situação fática, por si só, entendem os integrantes das comunidades religiosas, já comprovaria que o consumo da bebida em contexto ritual e orientado pelas normas de conduta comunitárias não gera um perigo real de má formação do feto, intoxicação ou qualquer distúrbio em crianças e adolescentes.

O Santo Daime, além de permitir o consumo da bebida durante a gravidez, com alguma diminuição de quantidade, possibilita o "parto com daime", fazendo com que a mãe vivencie o parto e tenha a criança sob os efeitos da bebida[873]. No batismo do recém-nascido também lhe é oferecida, ainda que, em razão da ínfima quantidade (apenas se passa um algodão embebido em *ayahuasca* em seus lábios), de forma meramente simbólica, a bebida considerada sagrada[874].

Da mesma forma, a UDV permite que mulheres grávidas, crianças e adolescentes consumam a *ayahuasca* em seus rituais, existindo uma diferenciação de quantidade e periodicidade do consumo de acordo com a idade da pessoa. No final do ano de 2016, a UDV contava com aproximadamente 7 mil membros menores de 18 anos, segundo dados divulgados em seu site oficial[875], e possuía em seus quadros até 03 gerações de consumidores de *ayahuasca*, alguns com mais de 80 anos e que consumiam o chá desde muito novos, o que

---

[873] LABATE, Beatriz Caiuby. *Consumo da ayahuasca por grávidas.* Site Oficial de Beatriz Labate, News, 26 abr. 2007. Disponível em: <http://www.bialabate.net/news/consumo-da-*ayahuasca*-por-gravidas>. Acesso em: 26 abr. 2017.

[874] SANTO DAIME. O Batismo. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/ritual/2014-01-29-20-09-14/batismo>. Acesso em: 26 abr. 2017.

[875] UNIÃO DO VEGETAL – UDV. Conferência: UDV apresenta trabalho com crianças e jovens. *Site oficial da UDV*. Disponível em: <http://udv.org.br/blog/conferencia-udv-apresenta-orientacao-com-criancas-e-jovens/>. Acesso em: 26 abr. 2017.

corrobora que a bebida é inofensiva, quando consumida nesse contexto específico, em qualquer fase da vida[876].

Desde o início de sua institucionalização, a UDV demonstra preocupação em realizar pesquisas científicas para comprovar a inocuidade (e benefícios) da *ayahuasca* à saúde humana, desenvolvendo o *Projeto Hoasca*[877][878], na primeira metade da década de 1990, e, mais recentemente, o *Projeto Hoasca na Adolescência*[879], com resultados divulgados, em 2005, por meio de diversos artigos publicados no *Journal of Psychoactive Drugs*[880].

> "O desdobramento do *Projeto Hoasca*, a pesquisa com adolescentes (*Hoasca na Adolescência*), conforme seu coordenador logístico de campo, Otávio Castelo de Campos Pereira, médico pela USP e membro do DEMEC, desenvolveu estudo comparativo, quali-quantitativo sobre a saúde física e mental dos adolescentes que frequentavam regularmente os rituais da UDV, avaliando os efeitos do uso prolongado da *ayahuasca* no funcionamento cognitivo dos adolescentes. A amostra do estudo foi formada por adolescentes das cidades de Brasília, Campinas e São Paulo, entre os frequentadores da UDV e o grupo controle entre estudantes dos Colégios Marista de Brasília e Arquidiocesano de São Paulo. Considerando a avaliação neuropsicológica, perfil psicopatológico, avaliação clínica e qualitativa, os pesquisadores concluíram que não há diferenças entre os dois grupos"[881].

Outras pesquisas científicas também indicam que o consumo da *ayahuasca* não traz qualquer prejuízo à saúde, mesmo quando se protrai no tempo desde a infância, como se pode

---

[876] MOURA, Ivanilde G. de. Resenha do livro "*Hoasca*: ciência, sociedade e meio ambiente", de Joaze Bernardino-Costa, 2011. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, vol. 27, nº 01, pp. 199-205, jan./abr. 2012, p. 200.

[877] "O *Projeto Hoasca* foi a primeira pesquisa realizada para comprovar os efeitos de uso em longo prazo do Chá *Hoasca* em seres humanos. De 1991 a 1996, foi feito um trabalho de cooperação multinacional envolvendo pesquisadores de nove centros universitários e instituições de pesquisa do Brasil, Estados Unidos e Finlândia. A pesquisa contou com financiamentos da Botanical Dimensions, instituição norte-americana sem fins lucrativos. Foram realizados dez projetos de pesquisa sob o título *Farmacologia Humana da Hoasca: chá preparado de plantas alucinógenas usado em contexto ritual no Brasil"*, conforme UNIÃO DO VEGETAL – UDV. Projeto Hoasca. *Site oficial da UDV*. Disponível em: <http://udv.org.br/pesquisas-cientificas/projeto-*hoasca*/>. Acesso em: 26 abr. 2017.

[878] O *Projeto Hoasca* relatou a ausência de qualquer dano orgânico (hepático, renal, etc), ao sistema nervoso central ou psiquiátrico entre udevistas, conforme LABATE, Beatriz Caiuby et al. *Religiões*... Op. cit., pp. 64 e ss.

[879] UNIÃO DO VEGETAL – UDV. Hoasca na Adolescência. *Site oficial da UDV*. Disponível em: <http://udv.org.br/pesquisas-cientificas/*hoasca*-na-adolescencia/>. Acesso em: 26 abr. 2017.

[880] JOURNAL OF PYSCHOACTIVE DRUGS, Taylor and Francis Online, Vol. 37, issue 02, pp. 119-239, 2005. Disponível em: <http://tandfonline.com/toc/ujpd20/37/2?nav=tocList>. Acesso em: 27 abr. 2017.

[881] MOURA, Ivanilde G. de. *Resenha*..., Op. cit., p. 202.

concluir da investigação que analisou adultos consumidores da bebida, em contexto religioso da UDV, desde as décadas de 1980 e 1990[882]. Com a descrição de suas memórias da infância e adolescência naquela comunidade religiosa, percebe-se que a experiência formativa não se restringe ao consumo da *ayahuasca*, mas existe uma plêiade de atividades que contribuem para a formação saudável do indivíduo.

Uma pesquisa de mestrado realizada na Universidade Federal de São Paulo[883], a qual comparou especificamente as condições neuropsicológicas de adolescentes que consomem *ayahuasca* em contexto ritualizado com uma amostra de adolescentes não consumidores, pareados por sexo, idade, escolaridade e condição sociocultural, concluiu que os adolescentes *ayahuasqueiros* apresentam bom desempenho cognitivo nos testes neuropsicológicos, não existindo diferenças significativas entre os grupos.

Indo além das conclusões de inocuidade à saúde, estudos recentes, principalmente no campo da psicologia e neuropsiquiatria cultural, indicam diversos benefícios advindos do uso da *ayahuasca*[884], tendo em vista que ela estimula a neurogênese[885], pode ser um eficiente remédio antidepressivo[886] e tem bons efeitos terapêuticos para o tratamento da síndrome do pânico[887] e do alcoolismo[888].

As conclusões preliminares das pesquisas precisam ser testadas clinicamente em larga escala para uma plena comprovação e aceitação científicas, mas todas as pesquisas

---

[882] MOTTA, Júlia Maria Casulari et al. Narrativa, na vida adulta, da vivência de orientação religiosa na infância e na adolescência. *Revista Brasília Médica*, Brasília, vol. 48, nº 04, 07 pp., 2012.
[883] SILVEIRA, Evelyn Doering Xavier da. *Avaliação neuropsicológica de adolescentes que consomem chá de ayahuasca em contexto ritual religioso.* 115 pp. Dissertação (Mestrado em Neuropsicologia) – Departamento de Psiquiatria, Universidade Federal de São Paulo, 2003.
[884] Para uma visão geral dos diversos estudos existentes neste sentido, ver MENEGUETTI, Dionatas Ulises de Oliveira; MENEGUETTI, Naila Fernanda S. P. Benefícios à saúde ocasionados pela ingestão da *ayahuasca*: contexto social e ação neuropsicológica, fisioimunológica, microbiológica e parasitária. *Cadernos Brasileiros de Saúde Mental*, Florianópolis, vol. 06, nº 13, pp. 104-121, 2014.
[885] Conforme reportagem de LOPES, Reinando José. *Ayahuasca* estimula proliferação de neurônios, afirma estudo. *Folha de São Paulo,* Ciência, São Paulo, 28 dez. 2016. Disponível em: <http://m.folha.uol.com.br/ciencia/2016/12/1845060-*ayahuasca*-estimula-proliferacao-de-neuronios-afirma-estudo.shtml?cmpid=newsfolha>. Acesso em: 28 dez. 2016.
[886] Ibid., idem.
[887] Conforme LABATE, Beatriz Caiuby et al. *Religiões…* Op. cit., pp. 64 e ss.
[888] GIANFRATTI, Bruno. *Avaliação farmacológica do possível efeito anti-álcool da ayahuasca em camundongos.* 78 pp. Dissertação (Mestrado em Psicobiologia) – Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2009, *maxime* pp. 47 e ss (discussões/conclusão).

apresentam, longe de qualquer evidencia de risco à saúde ou de imediato descarte da hipótese, boas perspectivas para o uso terapêutico da *ayahuasca*.

Especificamente em relação a gestantes e lactantes, pesquisas indicam que existe, com o uso da bebida em contexto religioso, uma redução da ansiedade e benefícios gerais de motivação para os filhos[889]. Para crianças e adolescentes, as pesquisas indicam que o uso regular da *ayahuasca*, além de manter o desenvolvimento cognitivo normal, ajuda a superar medos e a timidez e aumenta a criatividade[890].

Uma recente e interessante pesquisa de doutoramento avaliou o desenvolvimento psicológico, cognitivo e emocional de crianças (de 06 a 09 anos) que moram dentro da comunidade daimista da Vila Céu do Mapiá, concluindo, em síntese, que elas "apresentam capacidade de adequação às convenções da realidade; boa capacidade de abstração, simbolização e reflexão. As relações sociais são marcadas por comportamentos cooperativos e apropriados"[891].

Soma-se ao fato das pesquisas demonstrarem que o consumo em contexto religioso da *ayahuasca* não provoca qualquer mal à saúde física, mental ou ao desenvolvimento normal de fetos humanos, crianças e adolescentes, assim como acontece com adultos – existindo, ao contrário, indícios de que o consumo traz benefícios de diversas ordens ao ser humano – que o consumo nesses casos localiza-se dentro de um campo educativo religioso que fica a cargo dos pais. O consumo é acompanhado pela família, por um grupo social organizado, por líderes religiosos mais experientes e cumpre um papel educativo geral, de formação da identidade religiosa do indivíduo e de desenvolvimento geral da personalidade.

Crianças e adolescentes não são privados do direito fundamental da liberdade religiosa e de culto, ainda que o exercício de tais liberdades conjuguem-se com o acompanhamento e a supervisão dos pais. Não é legítimo, porém, uma interferência direta do Estado ou de terceiros contra a vontade dos pais e das crianças ou adolescentes quando não existe um

---

[889] Ver MENEGUETTI, Dionatas Ulises de Oliveira; MENEGUETTI, Naila Fernanda S. P. *Benefícios*... Op. cit., *maxime* pp. 110-111.
[890] MENEGUETTI, Dionatas Ulises de Oliveira; MENEGUETTI, Naila Fernanda S. P. *Benefícios*... Op. cit., *maxime* pp. 110-111.
[891] OLIVEIRA, Lívea Pires Martins de. *Crianças que bailam na floresta:* avaliação psicológica das crianças participantes da doutrina do Santo Daime residentes na Vila Céu do Mapiá, Amazonas. 168 pp. Tese (Doutoramento em Psicologia Social) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 146.

prejuízo patente e permanente/irreversível[892]. Essa esfera da vida privada não pode sofrer interferência estatal quando a prática não é incapacitante, não é degradante da dignidade humana, não tem excessos e guarda um sentido educativo e amoroso. Esses limites são demarcações das próprias práticas educativas[893], independente de se tratar do consumo de um psicoativo ou não.

De qualquer forma, ainda que o sentido seja de educação, que não haja excessos e que os pais busquem o melhor para seus filhos, parece que no caso de crianças e adolescentes os estudos médicos e fármaco-toxicológicos em relação à *ayahuasca* têm maior impacto no julgamento da licitude ou ilicitude do uso, pois se estudos científicos revelarem eventuais danos à saúde advindos do consumo da bebida, diferente do que acontece para adultos, como já mencionado, seu uso, a princípio, tende a ser proibido. Acredita-se, porém, que pais responsáveis considerariam tais estudos e ponderariam quanto à dosagem, à periodicidade ou à cessação do consumo da *ayahuasca*, como já ocorre atualmente[894].

Contudo, ainda que no futuro algum estudo revele um perigo de dano permanente para pessoas em formação que consomem *ayahuasca* no contexto das religiões *ayahuasqueiras*, o que seria contrário à própria realidade histórica da vida, não estaria prontamente evidenciado a necessidade e legitimidade de utilização do direito penal para evitar tais condutas. Ainda que essa hipótese, eventualmente, verifique-se algum dia, não se acredita que a criminalização de condutas relacionadas ao consumo religioso da *ayahuasca* seja a melhor medida ou o melhor instrumento para proteger a saúde daqueles que estão sob o cuidado e a educação dos pais.

No caso de discordância entre os pais sobre a participação da criança ou adolescente nos rituais religiosos, como acontece em diversas situações de pais divorciados, como visto, caberá uma interpretação jurídica multicultural específica das circunstâncias concretas, não estando, contudo, tal análise no campo do direito penal. Para as considerações penais, cabe

---

[892] Para uma abordagem exaustiva sobre os fundamentos, argumentos e a melhor ponderação entre interesses de crianças envolvidas em práticas culturais que podem ofender seus direitos, ver, por todos, DIAS, Augusto Silva. *Crimes*... Op. cit., pp. 305 e ss.
[893] OLIVEIRA, Thaís Tomé Seni; CALDANA, Regina Helena Lima. Educar é punir? Concepções e práticas educativas de pais agressores. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, Rio de Janeiro, ano 09, n. 03, pp. 679-694, 2º sem. 2009.
[894] LABATE, Beatriz Caiuby. *Dimensões*... Op. cit., p. 413.

uma interpretação e uma ponderação quanto ao consumo religioso de *ayahuasca* para mulheres grávidas, crianças e adolescentes nos mesmos moldes que os apresentados para o uso por adultos. Como regulação e posicionamento geral, parece que o CONAD, ao adotar as proposições do *Relatório Final do Grupo Multidisciplinar de Trabalho sobre Ayahuasca*, posiciona-se corretamente quanto ao problema:

> "IV.VIII - USO DA *AYAHUASCA* POR MENORES E GRÁVIDAS
> 46. Tendo em vista a inexistência de suficientes evidências cientificas e levando em conta a utilização secular da *ayahuasca*, que não demonstrou efeitos danosos à saúde, e os termos da Resolução nº 05/04, do CONAD, o uso da *ayahuasca* por menores de 18 (dezoito) anos deve permanecer como objeto de deliberação dos pais ou responsáveis, no adequado exercício do poder familiar (art. 1634 do CC); e quanto às grávidas, cabe a elas a responsabilidade pela medida de tal participação, atendendo, permanentemente, a preservação do desenvolvimento e da estruturação da personalidade do menor e do nascituro"[895].

Na falta de evidências de um prejuízo grave e irreparável, assegura-se a liberdade religiosa, de educação dos pais e a não interferência do Estado. Adotar uma postura paternalista nessa situação, partindo de pressuposições que não se comprovam na realidade, sejam pelas pesquisas científicas ou pela própria vivência histórica do consumo, desconstruiria qualquer possibilidade de uma sociedade multirreligiosa, plural e democrática.

O principal erro de perspectivas etnocêntricas que desconsideram outras visões de mundo e a diversidade cultural é presumir, arbitrariamente, de forma unilateral e contra todas as evidências, que os interesses das crianças de uma comunidade minoritária opõem-se em relação aos interesses dos pais, das práticas culturais e da própria comunidade[896]. Muitas vezes, os interesses de todos convergem para um mesmo objetivo, existindo sentido, paz

---

[895] BRASIL. Relatório Final do Grupo Multidisciplinar de Trabalho sobre Ayahuasca, Brasília, *Diário Oficial da União* (Brasil), de 26/01/2010, pp. 58 e ss. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/1574500/pg-58-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-26-01-2010/pdfView>. Acesso em: 27 abr. 2017.
[896] Como pressupõe NEVES, António Luís Barata de Brito Carvalho. *A circuncisão*... Op. cit., pp. 207 e ss..

comunitária e felicidade interpessoal quando não há interferência estatal ou de outro grupo que quer impor seus valores[897].

5. PERSPECTIVAS PARA A SOLUÇÃO DE PROBLEMAS CRIMINAIS MULTICULTURAIS

5.1. Por um direito penal anti-hegemônico: liberdade, autonomia e diferenciação multicultural como valores fundamentais

Quando se busca refletir sobre o melhor modelo de direito penal e as adaptações necessárias para o estágio atual de desenvolvimento da humanidade, alguns caminhos são possíveis, como, por exemplo: a) desenvolver uma reflexão lógico-sistêmica sobre os princípios e direitos constitucionais que devem ser realizados neste ramo do Direito; b) buscar adaptar e compatibilizar as diferentes possibilidades de interpretação do direito penal com as finalidades da política criminal; c) questionar e criticar as razões e fundamentos que originam e justificam as normas penais e sua aplicação, seja buscando argumentos constitucionais (que podem variar para realizar um direito penal garantista, funcionalista ou do inimigo) ou sociais e de política criminal (os quais também podem variar com grande amplitude).

Uma perspectiva pragmatista, para fugir da simples discussão de argumentos que tentam encontrar verdade e validade dentro de um sistema lógico-teórico que se pressupõe legítimo e completo, busca, a partir de uma reflexão crítica, visualizar diferentes posicionamentos como caminhos possíveis (alternativas humanas viáveis), os quais precisam ser pensados em seus valores históricos, pressupostos e em suas consequências. É nesse sentido, de não se adotar uma visão ou uma teoria presunçosamente fechada e acabada, que

[897] No mesmo sentido é a conclusão de DIAS, Augusto Silva. *Crimes...* Op. cit., p. 317, depois de profunda análise da questão da circuncisão: "As considerações tecidas, que apontam no sentido de uma valoração global da conduta como não hostil e não lesiva da integridade física e da autonomia da criança e como socialmente adequada, são reforçadas pela demonstração de que a circuncisão realizada nos termos descritos, corresponde ao normal exercício do direito de educação dos pais".

se propõe a metáfora[898] de um direito penal anti-hegemônico, o qual se mantém aberto e em constante construção.

Mais do que procurar estabelecer um consenso estabilizador[899] quanto à correta aplicação geral e uniforme do direito penal à luz dos princípios constitucionais[900] ou das diferentes Constituições de Estados democráticos[901] – o que poderia ser feito, destacadamente, através da apresentação e da reflexão sobre: a) as normas constitucionais que traduzem direitos humanos fundamentais; b) teorias que tratam da imediata eficácia jurídica das normas constitucionais[902], especialmente, para o caso em estudo, da liberdade religiosa; c) a tutela e efetividade dos direitos de liberdade; d) as garantias constitucionais dos direitos subjetivos no âmbito penal[903]; entre outras – buscar-se-á refletir sobre o porquê compreende-se a ideia de anti-hegemonia[904] como coerente com os alicerces de qualquer sistema jurídico constitucional, plural e democrático e como o melhor caminho possível para a emancipação humana e a realização de um direito penal justo. Observe-se que não se despreza ou diminui a importância da avaliação, argumentação e fundamentação constitucional dentro do direito penal, ponderando-se, contudo, que tais considerações já

---

[898] Termo utilizado no sentido desenvolvido por Richard Rorty (1931-2007), ou seja, enunciado que representa uma ideia nova que busca encontrar local semântico dentro de um jogo de linguagem, passando a (re)significá-lo quando aceita, conforme RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade*: escritos filosóficos 1. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relumé Dumará, 1997, *maxime* p. 170.

[899] Para uma visão crítica sobre o papel do jurista e do Direito, ver BUCKEL, Sonja; FISCHER-LESCANO, Andreas. Reconsiderando Gramsci: hegemonia no direito global. Trad. Tatiane Honório Lima. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 10, pp. 471-490, jul./dez. 2009.

[900] Os quais "são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo", conforme perspectiva apresentada por BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 288.

[901] Pode-se verificar que tanto a Constituição brasileira (artigo 5º, dentro do Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais) quanto a portuguesa (artigos 24º e seguintes, dentro do Título Direitos, Liberdades e Garantias) trazem as bases, as diretrizes e os limites do direito penal vigente.

[902] Conforme entendimento sedimentado na doutrina constitucional, conforme BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, *maxime* pp. 103 e ss; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

[903] SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12. nº 47, pp. 60-122, mar./abr. 2004.

[904] O conceito de hegemonia foi utilizado por Antonio Gramsci (1891-1937) para designar a visão ou concepção de mundo que prevalece de forma homogênea e difundida em determinada sociedade, assegurando um consenso ideológico que permite percepção de totalidade, soluções pré-concebidas e conformação social. No seu entender, a hegemonia é construída por intelectuais orgânicos que tentam justificar e naturalizar o mundo e as organizações sociais-institucionais tais como são (para manter o *status quo*) ou como pretendem estabelecê-las (para justificar e estabilizar o "novo organismo histórico - tipo de sociedade"), conforme GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere:* introdução ao estudo da filosofia e a filosofia de Benedetto Groce. Vol. 01. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, *maxime* pp. 103 e ss.

estão suficientemente sedimentadas[905], o que permite a busca por uma perspectiva complementar.

Partindo da constatação de que o atual Direito ocidental encontra-se em uma transição paradigmática – a qual se caracteriza pela inexistência de baluartes impenetráveis no pensamento jurídico (hegemonia) e por um disseminado descontentamento com o Direito[906], uma vez que a globalização/transnacionalização dos conflitos originados da diversidade cultural traz uma instabilidade permanente ao mundo social e jurídico (em quase todos os países), derivada da destruição da ideia de homogeneidade dos Estados nacionais[907] e das diversas incoerências que ocorrem no sistema criminal e de aplicação da lei penal –, tem-se a necessidade, como já dito, de uma transformação na compreensão e na racionalidade jurídica, especificamente, para os termos da tese defendida, das fontes do Direito e da racionalidade jurídico-penal.

É premente a construção de uma alternativa paradigmática (ao atual modelo jurídico-penal ocidental) que não importe em uma ruptura revolucionária que coloque em risco as conquistas histórico-humanitárias alcançadas pelo modelo ocidental de Direito e de justiça, mas que, da mesma forma, não sirva como instrumento para reproduzir injustiças e dominação.

Assim, longe de ser uma tentativa de legitimação, sob outra roupagem ou acrítica, do Estado e do modelo tradicional da ciência jurídica, a proposta defendida constitui-se em sincera busca pela transformação na maneira como os problemas jurídico-criminais são interpretados e como (e para qual finalidade) o direito penal é realizado. Em que pese o paradoxo que representa uma mudança paradigmática em um sistema jurídico, uma vez que seu objetivo é justamente assegurar certa estabilidade e continuidade na vida social[908], entende-se que a mudança relativa a como se vê e se analisa o crime e a pena, bem como a definição clara das funções e finalidades do direito penal, pode significar verdadeira

---

[905] Seja no campo constitucional, como visto, ou no penal, conforme se pode concluir da proposta de curso/disciplina apresentada por PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal.* Coimbra: Almedina, 2006.
[906] SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente:* contra o desperdício da experiência. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002, *maxime*, para uma síntese, pp. 185 e ss.
[907] Neste sentido, DIAS, Augusto Silva. *Crimes...* Op. cit., pp. 13 e ss.
[908] BERMAN, Harold. *Law and Revolution:* the formation of Western legal tradition. Cambridge: Harvard University Press, 1983, pp. 15 e ss.

transformação reformadora da ciência jurídico criminal e, a longo prazo, da sociedade em geral.

É imprescindível, para tal desiderato, "trocar as lentes"[909] com as quais se veem os conflitos sociais e o direito penal como instrumento para solucioná-los ou minimizá-los. Olha-se a grande maioria dos problemas a partir do que é a exceção, o grave, o que ofende pessoas e valores insubstituíveis. Nas palavras de Zehr, "a lente atual se fundamenta naquilo que é pouco usual e bizarro. As regras criadas para essas exceções são a norma, valem para as ofensas 'ordinárias'"[910]. Não é mais possível, no atual mundo complexo, analisar as coisas de forma simplificadora e linear, com regras universais e acabadas. Não é suficiente, para alguma legitimidade e contentamento com o Direito, o que garante vigência e adesão voluntária às normas jurídicas, tratar a todos em razão da exceção e apenas buscar o mínimo necessário para a existência humana. Atualmente, qualquer proposição deve almejar que as pessoas tenham o máximo possível, a melhor decisão, as melhores condições de vida, a maior liberdade possível[911]. O foco de um Direito emancipador consiste em, ao invés de assegurar o mínimo necessário de dignidade e apenas resistir às injustiças, buscar o máximo de liberdade, de direitos fundamentais assegurados e de respeito ao ser humano[912].

Apenas em um mundo multicultural é viável compreender quem se é de fato, entender a cultura que conduz, de alguma maneira, argumentos e raciocínios (nossos e dos outros). É através da alteridade, da diferença com um outro completamente distinto, que se pode ser sujeito humano[913]. É no reconhecimento do diferente que se percebe que algo de si mesmo sempre existe no outro e que se entende que a humanidade é uma espécie única, apesar de tanta diversidade e antagonismo.

---

[909] ZEHR, Howard. *Trocando*... Op. cit., p. 176.
[910] ZEHR, Howard. *Trocando*... Op. cit., p. 176.
[911] Ibid., p. 183.
[912] Superando aqui a suposta "fragilidade e sentimentalismo" da fundamentação conceitual dos direitos humanos por uma argumentação racional pública (nos termos de SEN, Amartya. *A ideia*... Op. cit., pp. 390 e ss) em defesa desta concepção de Direito como uma alternativa humana melhor dentre outras possíveis (pluralidade de razões).
[913] "A comunicação encetada por ambos não é isenta de distorções, patologias, ou estratégias de dominação, que impelem amiúde ao conflito, à indignação e à luta, mas ela possibilita também um entendimento fundado no reconhecimento recíproco como sujeitos autónomos simultaneamente iguais e diferentes", DIAS, Augusto Silva. *O multiculturalismo*... Op. cit., p. 17.

Assim, quando se fala em um *direito penal multicultural emancipador*, não se trata, definitivamente, de uma nova teoria ou ideologia que busca hegemonia, no conceito usual de contra-hegemonia[914], mas sim de uma concepção de direito penal anti-hegemônico. Até seria possível chamar a proposta paradigmática trazida de contra-hegemônica no sentido de não se filiar às concepções dominantes do direito penal atual[915], isto é, dogmática-formal e vinculada à lei estatal, seja em uma perspectiva mais garantista (mas ainda assim exclusivamente dogmática-normativista estatal) ou mais funcionalista-utilitarista[916]; mas não no sentido de apresentar um novo projeto de hegemonia preenchido com conteúdo consolidado e fechado à permanente dialética da práxis/concreta.

A anti-hegemonia buscada pelo direito penal multicultural é coerente com a ideia de pensamento complexo, não apresentando uma visão pronta, acabada/completa e sistematicamente fechada para substituir a dogmática jurídico-penal existente. Tal concepção propõe-se, tão somente, a fixar os valores fundamentais da justiça penal (que se entende como não essencial em toda sua amplitude) e buscar a construção, caso a caso, da legitimidade da realização do direito penal, já que ainda não é possível (por falta de criatividade ou resignação com o consenso hegemônico existente[917]) implementar alternativas suficientes. Em uma perspectiva de legitimação metodológica-processual do direito penal, em que a abertura ideológica-cultural-axiológica ocorre pela discussão pública/dialética de argumentos e pontos de vistas, entende-se que o direito penal multicultural emancipador, nesta concepção anti-hegemônica, consiste em um modelo metodológico (um método) complexo para realizar o Direito. Tal modelo não surge do nada ou de um ideia isolada, mas parte das qualidades do constitucionalismo ocidental sedimentado e da dogmática penal existente. Com isso, não há revolução nem estagnação, mas transformação saudável da realidade, sempre a partir de perspectivas que se constroem pela práxis autocrítica de uma busca incessante, e sempre incompleta, de justiça e de não violência.

---

[914] Isto é, de um novo projeto de hegemonia das classes subalternas, conforme DURIGUETTO, Maria Lúcia. A questão dos intelectuais em Gramsci. *Revista Serviço Social e Sociedade,* São Paulo, n. 118, pp. 265-293, abr./jun. 2014, pp. 291-292.

[915] WILLIAMS, Raymond. *Marxism and Literature.* Oxford: Oxford University Press, 1977, pp. 115 e ss.

[916] Sobre as ideologias e os modelos penais decorrentes, ver FERRAJOLI, Luigi. *Direito...* Op. cit., pp. 235 e ss.

[917] A principal força do aparelho jurídico consiste na sua atuação hegemônica autorreferencial entre os intelectuais da área, não tanto na sua força repressiva, conforme BUCKEL, Sonja; FISCHER-LESCANO, Andreas. *Reconsiderando...* Op. cit., *maxime* pp. 477 e ss.

Com essa abertura, entende-se que a primeira mudança que ocorre no direito penal atual é a aceitação e ponderação de normas jurídicas não estatais como soluções normativas possíveis e que podem levar a não criminalização de condutas em casos jurídicos problemáticos. Em sua ampla interpretação jurídica multicultural, deve o juiz considerar, analisar e aplicar, se for o caso, normas jurídicas comunitárias para afastar a lei penal incriminadora. Evidencia-se que não se trata de uma revogação da norma penal que conduz a um estado de anomia social, em que prevaleceria o direito do mais forte, nem que constituiria um espaço livre de direito, em que caberia a cada um o julgamento moral individual do que fazer[918]; mas, ao contrário, trata-se do reconhecimento de que as pessoas vivendo em comunidade estabelecem normas jurídicas ("leis não estatais") que têm tanta juridicidade, validade, vigência e eficácia quanto as leis estatais[919].

Assim, o direito penal deixa definitivamente de ser utilizado orgulhosamente como um instrumento de regulação social para ser utilizado em caráter último – com uma intrínseca lamentação por ser preciso criminalizar condutas e aplicar penas privativas de liberdade a seres humanos racionais e com dignidade em si mesmo[920] –, em sociedades conflitivas, plurais, diversas e problemáticas por natureza. Não se considera, sob essa perspectiva, que o modelo de direito penal esteja pronto e acabado, constituindo-se em um bom subsistema jurídico para resolver os conflitos sociais, mas o aceita por não existir (infelizmente), até o momento, plena compreensão da violência humana e alternativas bem construídas para resolver conflitos graves e promover maior estabilização/pacificação social[921].

---

[918] "Práticas como o *oyako-shinju* estão longe de constituir uma idiossincracia ou um desvario pessoal. São fenômenos colectivos ancestrais, dotados de um sentido próprio e que influenciam o modo de pensar, sentir e agir das pessoas", DIAS, Augusto Silva. *Acidentalmente*... Op. cit., p. 70.

[919] Neste sentido também é a conclusão de WALDRON, Jeremy. *One Law…* Op. cit., pp. 27-28.

[920] Não é possível desenvolver neste trabalho uma reflexão aprofundada sobre a teoria da pena, a qual constitui uma das questões ainda em aberto na proposta de um direito penal multicultural, entendendo-se, sumariamente, que a pena cumpre um papel pacificador da sociedade após o cometimento de um ato que fere pessoas e, com isso, a confiança nas relações interpressoais e coletivas, no seu aspecto mais importante, fazendo surgir um sentimento de injustiça que continuará o ciclo de violência iniciado pelo crime se não existir uma medida que faça cessar a sensação de injustiça e o desejo de vingança gerado. De qualquer sorte, tal concepção é incipiente e carente de leitura e maior aprofundamento teórico, o que se pretender fazer no futuro.

[921] No mesmo sentido, sobre estar em aberto a questão de se o objetivo legítimo do direito penal de proteger a liberdade não pode ser alcançado por outro meio que não a pena, GÜNTHER, Klaus. Da liberdade à segurança: os fundamentos normativos do Direito Penal em mudança. Trad. Wagner Marteleto. *Revista Anatomia do Crime*, Lisboa, n. 04, pp. 09-21, jul./dez. 2016, *maxime* p. 12.

De qualquer sorte, antes de pensar em por que punir, deve-se ter a certeza de quando não punir, de forma a assegurar que o direito penal não sirva aos poderosos e aos interesses de grupos dominantes ou hegemônicos; ao contrário, que seja um instrumento garantidor (ainda que temporário e imperfeito) da justiça que tateia os albores de "uma nova sociabilidade pós-moderna"[922] e que contribua para a emancipação do ser humano.

Observe-se, contudo, que o reconhecimento do pluralismo jurídico-normativo não traz certezas de qual é a norma que melhor realiza o Direito e a justiça em um caso concreto, pois ao se aceitar o pluralismo jurídico não se defende a aplicação automática das normas comunitárias construídas no cotidiano da vida social, nem se acredita que elas correspondam inexoravelmente à justiça que se busca. A crítica doutrinária e judicial permanecem essenciais e indispensáveis para a construção prática-pragmatista do Direito, pois, como visto, as diferentes culturas não guardam um valor positivo e desejado em si mesmas, apenas por serem culturas, ainda que o respeito ao diferente seja um dos valores essenciais a ser ponderado.

Para que não se mantenha uma visão etnocêntrica moralista, apenas com argumentos diferentes, no caso, realização do Direito e da justiça, nem se confunda tais concepções com proposições fundacionais metafísicas, afastadas de uma ação concreta de melhoria da vida cotidiana das pessoas[923], é necessário que seja delimitado o que se considera justiça e, ao mesmo tempo, os valores indispensáveis para que exista uma proteção contra o arbítrio que, eventualmente, pode-se aproveitar, para oprimir e contrariar a proposta ora desenvolvida, de um sistema aberto e não dogmático-formal.

Partindo da teoria da justiça desenvolvida por John Rawls (1921-2002)[924], em que se imagina uma posição original e um véu de ignorância, sem relação com a posição que cada pessoa ocupa na sociedade[925], tem-se que o primeiro princípio da justiça consiste em uma margem de liberdade para todos os indivíduos, na qual nem o Estado e nem outras pessoas

---

[922] SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica...* Op. cit., p. 186.
[923] "O objetivo geral deve ser converter os princípios decorativos em direitos obrigatórios e tornar as cortes espalhadas pelo mundo locais de protesto contra-hegemônico", BUCKEL, Sonja; FISCHER-LESCANO, Andreas. *Reconsiderando...* Op. cit. p. 486.
[924] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça.* Trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
[925] Ibid., pp. 127 e ss.

podem intervir. Com isso, entende-se que o valor fundamental de uma sociedade justa, a qual é desejada como projeto humano, constitui-se no respeito à independência moral de cada pessoa e na não interferência do Estado nas escolhas privadas que não afetam terceiros. Limitar o direito penal, não aceitando como válidas normas penais incriminadoras que desrespeitem o primeiro princípio de justiça, especificamente ao assumir um papel paternalista ou moralizante, constitui, portanto, a principal função da doutrina penal e de qualquer jurista preocupado em realizar um direito penal justo[926].

A referida liberdade é entendida, tradicionalmente, no sentido político negativo de não interferência, isto é, conforme definido por Isaiah Berlin (1909-1997), como "a área em que um homem pode agir sem sofrer a obstrução de outros"[927], seja do Estado ou de grupos que vão contra a sua vontade de agir de uma ou outra maneira. Evidentemente que não é possível, na vida em sociedade e na busca pela universalização do máximo de liberdade, que exista uma ideia de liberdade natural ou ilimitada, mas, como alerta Berlin, "cada coisa é o que é: liberdade é liberdade, e não igualdade, imparcialidade, justiça, cultura, felicidade humana ou uma consciência tranquila"[928].

Desta forma, qualquer utilidade social que possa resultar de uma limitação da liberdade constitui um problema para a ideia de justiça que deve ser criteriosamente analisado e criticado, jamais naturalizado e universalizado. Certo é – nesta ampla discussão em abstrato sobre os limites do aceitável, razoável e desejável, o que só pode ser determinado adequadamente na reflexão do problema jurídico específico (em uma visão pragmatista do contexto e das consequências da limitação), e independente de uma visão mais liberal ou mais comunitarista que se adote – que todos "estão de acordo quanto ao fato de que uma parcela da existência humana precisa continuar sendo independente da esfera do controle social"[929]. É esse o paradigma, portanto, que precisa conduzir a reflexão do jurista penal justo durante a interpretação de um problema multicultural, principalmente no caso da *ayahuasca*, em que a privacidade e intimidade da prática são mais evidentes.

---

[926] Neste sentido, NINO, Carlos Santiago. *Los limites...* Op. cit., pp. pp. 269 e ss.
[927] BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. In. BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade.* Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 133-175, pp. 136 e ss.
[928] Ibid., p. 138.
[929] Ibid. p. 139.

Outras ideias correlatas à ideia de liberdade como não interferência foram desenvolvidas, como as ideias de liberdade como antipoder ou não dominação, liberdade como não opressão e liberdade construtivista[930]. A ideia de antipoder, desenvolvida por Phillip Pettit e pelo chamado neoreplubicanismo[931], destaca que a liberdade não vem de uma ideia liberal ou libertária particular de não interferência, mas de uma noção republicana de liberdade, na qual a "subjugação, a suscetibilidade indefesa à interferência, invés da interferência real"[932], é o antônimo da liberdade. A diferença entre as duas concepções é sutil e a preocupação central a mesma, pois "segundo a concepção como antipoder, sou livre na medida em que nenhum ser humano tenha poder para interferir em mim: na medida em que nenhuma outra pessoa seja o meu senhor, mesmo se me faltar a vontade e a sabedoria necessárias para alcançar o autogoverno"[933].

A ideia de liberdade como antipoder julga que relações de dominação e de subjugação retiram a liberdade do indivíduo, sendo necessários mecanismos de proteção que assegurem o não exercício do poder arbitrário. Entendem os defensores dessa corrente que haveria uma ampliação das liberdades dessa maneira, pois em uma ideia liberal poderia haver relações de dominação-poder, desde que não existisse uma interferência de fato. Um "ditador benigno" seria tolerável para um ideal de liberdade como não intervenção; enquanto na concepção republicana ou como antipoder, a liberdade só existe se ela puder ser exigida dos outros a partir de uma organização social-política que nega àqueles que detêm o poder a possibilidade de interferência arbitrária[934].

A diferença dos dois conceitos de liberdade fica evidente a partir da postura de alguns membros dos grupos *ayahuasqueiros* em Portugal, pois, para esses, o que importa é que estão conseguindo utilizar a *ayahuasca* em seus rituais, independentemente de qualquer reconhecimento formal (liberdade como não-intervenção). Preocupa-os, inclusive, como visto, que uma tese sobre o assunto esteja sendo elaborada, pois tal discussão pública poderia

---

[930] Sobre os diferentes conceitos e suas relações, ver ELIAS, Maria Ligia Ganacim Granado Rodrigues. *Liberdade como não interferência, liberdade como não dominação, liberdade construtivista:* uma leitura do debate contemporâneo sobre a liberdade. 149 pp. Tese (Doutoramento em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
[931] PETTIT, Philip. Liberdade como antipoder. Trad. Gustavo Althoff e Luiz Henrique Queriquelli. *Política e Sociedade,* Florianópolis, vol. 09, n. 16, pp. 11-50, abr. 2010.
[932] Ibid., p. 13.
[933] Ibid., idem.
[934] Ibid., pp. 44 e ss.

trazer restrições e uma diminuição da "liberdade" que hoje encontram para realizar seus rituais (sem serem importunados). Esta concepção de liberdade, por certo, como visto, não os retira da clandestinidade e da possibilidade real de uma atuação policial-criminal para reprimir a importação e utilização da *ayahuasca* em território português.

Uma liberdade real, verdadeira, só existirá quando os integrantes das religiões *ayahuasqueiras* puderem exercer sua prática sem a possibilidade de sofrerem repressão estatal-policial, quando o direito ao exercício da liberdade religiosa e à própria cultura for protegido de fato, quando ações de repressão criminal contra essas religiões e seus integrantes forem consideradas contrárias ao Direito, ilícitas. Não basta que tais práticas sejam realizáveis, faticamente, por mera concessão descuidada ou precária; seja em razão de boa sorte, da sua insignificância social[935] ou pelo desinteresse momentâneo dos órgãos de controle social em intervir[936].

De toda forma, existe algo de primordial e comum em qualquer concepção de justiça que considere a liberdade da pessoa como seu valor fundamental: nenhuma sociedade, grupo ou organização pode sobrepor-se à pessoa em seu valor essencial. Em última análise, o ponto comum e fundamental é que todas as teorias e ideias de justiça buscam que não haja uma interferência exagerada, arbitrária e sem possibilidade de proteção daqueles que detêm o poder de fato ou de direito na vida íntima e privada das pessoas. Nas palavras de Pettit:

> "Não há razão alguma por que os liberais não deveriam abraçar o ideal mais antigo ao invés do mais novo. O traço mais característico da doutrina liberal é a busca por uma diretriz neutralista e universalista para o estado, uma diretriz que implique numa igual preocupação com todos, e uma diretriz que possa ser recomendada para a ampla gama de posições morais e religiosas que florescem no interior das sociedade pluralistas contemporâneas (...) Não importa o que você busque, ao menos numa sociedade pluralista, o gozo da liberdade como antipoder quase que certamente facilitará sua busca"[937].

---

[935] Como a proposta, feita sem maiores reflexões, de se colocar crimes culturalmente motivados de menor gravidade "no fundo da lista das prioridades de investigação", FARIA, Maria Paula Ribeiro de. O costume e o direito penal no século XXI. In. BELEZA, Teresa Pizarro et al (Orgs.). *Multiculturalismo e Direito Penal.* Coimbra: Almedina, 2014, pp. 115-141, pp. 140-141.

[936] Reflexão interessante e importante sobre a capacidade para a liberdade e as diferentes dimensões complementares da concepção de liberdade é encontrada em SEN, Amartya. *A ideia...* Op. cit., *maxime* pp. 333 e ss.

[937] PETTIT, Philip. *Liberdade...* Op. cit., p. 48.

Em relação ao que pode ser considerado dominação e sujeição de uma pessoa à outra ou mesmo a uma comunidade, grupo ou religião, compreende-se que, antes do antagonismo existente entre as mais extremas concepções liberais-universalistas[938] ou comunitaristas-culturais de justiça[939], existe em ambas uma real preocupação com a pessoa, seja ao lhe assegurar valor primordial-universal ou ao buscar garantir sua plena realização dentro de um grupo. Não há que se pensar, portanto, na comunidade ou no grupo como um ente com valor em si mesmo. Com essa constatação, os antagonismos entre as posições e a utilidade de uma discussão abstrata/teorética sobre a questão diminuem.

O fundamental é verificar em cada conflito multicultural concreto, em uma construção dialética-crítica dos limites e do núcleo da liberdade, de acordo com os sujeitos históricos reais (indivíduos e coletividades) envolvidos no problema, qual o instrumento ou o meio mais eficiente para concretizar os anseios em relação à ideia de uma vida boa e de justiça, construindo-se a melhor decisão para o caso. É imprescindível, portanto, ouvir as pessoas envolvidas no problema, escutar suas opiniões, ponderar a forma como enxergam as coisas[940]. A realização da justiça e das liberdades complexas que se apresentam em cada caso específico constitui a melhor forma de assegurar o desenvolvimento da humanidade na busca por alternativas e sentidos éticos de como viver bem.

A autonomia do ser humano e sua dignificação são diretamente relacionadas com essa avaliação, mas não é possível que alguém, de boa-fé, após uma detida reflexão, acredite seriamente que o direito penal é a melhor resposta para emancipar aqueles que creem, por falta de discernimento cultural em relação aos valores humanitários cívicos igualitários de uma sociedade aberta[941], não estar em uma relação de opressão ou submissão, seja dominando ou sendo oprimido. Volta-se à ideia fracassada e perigosa do mal último necessário para vencer todo o mal ou de que é preciso submeter alguém para libertá-lo. É essencial a adoção de uma intenção axiológica emancipadora na interpretação jurídico-penal

---

[938] NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia.* Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.
[939] WALZER, Michael. *Esferas da Justiça:* uma defesa do pluralismo e da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
[940] No mesmo sentido, DIAS, Augusto Silva. *Crimes...* Op. cit., p. 348.
[941] POPPER, Karl Raimund. *A sociedade...* Op. cit., pp. 200 e ss.

multicultural que serve de paradigma para o modelo proposto, mas não uma atuação ativa/expansionista de utilização do direito penal para tal fim. O princípio emancipador deve integrar todo o percurso da reflexão de um jurista multicultural contemporâneo, o qual busca a justiça das decisões e a realização do Direito, mas sempre com uma postura autocrítica sobre o que considera a melhor maneira de viver e os limites da liberdade e da dominação, principalmente quando há alternativas e condições materiais/físicas de saída do grupo ou de mudança de cultura. Utilizando-se dos termos cunhados por Boaventura de Sousa Santos, o conhecimento-emancipação é na verdade conhecimento-reconhecimento, o qual gera solidariedade, isto é, elevação do outro à condição de sujeito[942].

Uma gestão pacífica e tolerante das diferenças é o que busca o multiculturalismo[943], devendo-se acrescentar, como seus objetivos, a ampliação dos direitos humanos e do respeito à liberdade de cada um escolher como viver, a qual grupo ou comunidade associar-se ou permanecer e quais práticas culturais seguir ou manter, consistindo o respeito ao livre e autônomo desenvolvimento da personalidade um importante parâmetro para o direito penal multicultural.

Por essas razões, entende-se que o principal preceito de um direito penal justo é o valor fundamental da liberdade[944], sendo indispensável uma interpretação libertária e que assegure a livre escolha individual sobre como viver e qual cultura seguir, não se aceitando normas penais que criminalizam modos de vida e práticas culturais em que não existe uma vítima e um conflito social grave que exija normatividade estatal.

Dentro da dogmática penal, ao analisar profundamente a teoria da culpabilidade, Juarez Cirino dos Santos chega à mesma conclusão em relação à função primordial da ciência penal:

> "Hoje, a tese da culpabilidade como fundamento da pena foi substituído pela tese da culpabilidade como limitação do poder de punir, com a troca de uma função metafísica de legitimação da punição por uma função política de garantia da liberdade individual. (...) Enfim, a noção de culpabilidade como limitação da pena parece justificar a redefinição da dogmática penal como sistema de garantias do indivíduo em

[942] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por que*... Op. cit. p. 205.
[943] MOURA, Cristina Patriota de. *Multiculturalismo*...Op. cit., p. 50.
[944] Uma retrospectiva sobre a função primordial, mas hoje em risco, do direito penal na proteção de uma liberdade geral e igual foi realizada por GÜNTHER, Klaus. *Da liberdade*... Op. cit., *maxime* pp. 09 e ss.

face do poder repressivo do Estado, capaz de excluir ou de reduzir a intervenção estatal na esfera de liberdade do cidadão"[945].

Com tal fundamento bem definido, a legitimidade da criminalização do uso religioso comunitário de drogas (caso-problema estudado), quando o consumo é qualificado pelo sentido religioso e no qual existe uma regulação social por meio de normas jurídicas comunitárias bem delineadas, não se sustenta, sendo incontestável a violação do primeiro critério de justiça.

O segundo princípio da justiça de Rawls[946], ou a questão da diferenciação que é necessária para se atingir uma igualdade material e de oportunidades, o qual complementariam uma verdadeira liberdade, uma vez que todos poderiam efetivamente viver da forma que desejam, não é propriamente um problema de direito criminal, mas a aceitação do pluralismo jurídico permeia essa questão, uma vez que "novos direitos" são criados na convivência comunitária como uma forma de alcançar a satisfação concreta de necessidades existências não satisfeitas. Com a abertura do sistema jurídico a normas comunitárias, como as que possibilitam a plena realização da religiosidade de um grupo, efetiva-se interesses desassistidos pelo ordenamento jurídico estatal, implementando-se uma distinção que assegura equidade.

A diferenciação multicultural é essencial no direito penal para a concretização de uma igualdade material entre todas as pessoas, garantindo que qualquer um tenha seu direito à independência moral ou à liberdade negativa respeitada. Com esse intuito, o julgador penal deve estar aberto para distintas interpretações do problema jurídico e para certa variação de eficácia da norma penal; não em uma ampliação da criminalização, mas no reconhecimento da não eficácia de leis penais incriminadoras quando em confronto com outras normas vigentes que orientam a conduta na situação real.

No mesmo sentido, Höffe defende uma estratégia de universalização moderada dos direitos humanos ou uma universalidade aberta ao particular, argumentando que "os direitos humanos genuínos deixam translucidar peculiaridades da época e da cultura e, sobretudo,

---

[945] SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Revan, 2002, pp. 178-179.
[946] RAWLS, John. *Uma teoria*... Op. cit., *maxime* pp. 69 e ss.

também da situação respectiva"[947]. Desta forma, a tolerância entendida como respeito a todas as possíveis identidades pessoais (primado da pessoa) e a todos os relativos pontos de vista, conforme explicitado por Ferrajoli[948], implica necessariamente na adoção de um direito penal multicultural emancipador como o apresentado.

Obviamente que o reconhecimento jurídico exige ao mesmo tempo a consciência e a aceitação das obrigações normativas em relação aos outros[949], uma vez que a convivência social seria impossível em outro contexto, como já discutido. A diferenciação cultural não existe para permitir desrespeito e violência contra quem quer que seja, mas, ao contrário, para respeitar a oportunidade emancipadora igual para todas as pessoas. Em outras palavras, qualquer um deve ter a possibilidade real de associar-se, isolar-se, desassociar-se e viver (talvez com alternativas que ainda não conhecemos e que a criatividade humana infindável nos brindará)[950] como entender melhor.

Evidentemente que tais posturas não encerram a discussão multicultural em todos os aspectos da vida social, principalmente questões sobre políticas econômicas e de assistência social ou de bem-estar. De qualquer forma, é essencial que se adote uma postura libertária no direito penal, com valorização da liberdade, da autonomia e da diversidade cultural, para que ocorram discussões abertas, com divergência e multiplicidade de ideias nos outros campos da vida. Para que seja tangível a construção de outras realidades ou futuros melhores, é essencial que o direito penal não seja utilizado para regular a vida moral das pessoas, para cercear ideias, diminuir experiências e corrigir tudo que existe de errado no mundo. Um pensamento jurídico-criminal libertário é o substrato necessário para que as liberdades sejam asseguradas, com o que existirá condições para que melhores modelos econômicos, sociais e políticos sejam construídos.

---

[947] HÖFFE, Otfried. *Derecho...* Op. cit., p. 143.
[948] "Valor primário da pessoa e conexo princípio de tolerância formam, a meu ver, os elementos constitutivos do moderno princípio da igualdade jurídica: que é um princípio complexo, o qual inclui as diferenças pessoais e exclui as diferenças sociais", FERRAJOLI, Luigi. *Direito...* Op. cit., p. 834.
[949] RICOEUR, Paul. *Percurso do Reconhecimento.* Trad. Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2006, pp. 211-212.
[950] Sobre as possibilidade enriquecedoras da convivência intercultural e da relevância de minorias ativas e não meramente em um papel social de autodefesa, ver RAGUSO, Fabrizia. *O desafio do multiculturalismo:* entre a identidade e o reconhecimento – uma leitura a partir de Charles Taylor. 333 pp. Tese (Doutoramento em Ética) – Universidade do Minho, Braga, 2005, pp. 241 e ss.

Por fim, não sendo legítima e justa a limitação de uma práxis cultural com argumentos meramente retóricos ou de prevalência apriorística do direito penal, uma das exigências de realização do Direito e da justiça, que engloba todos os valores fundamentais acima apresentados, consiste na exposição clara e pública do raciocínio que conduziu o julgamento ou, mais precisamente, que analisou a pluralidade de razões possíveis[951] para a solução do problema criminal-multicultural. É indispensável, destarte, em uma aproximação de correção procedimental trazida pela teoria do discurso ideal[952], que toda decisão criminal: i) contextualize o problema jurídico, ponderando as realidades e as mundividências envolvidas no caso; ii) considere as razões para agir e a pluralidade normativa que pode orientar, direcionar e motivar a ação dos indivíduos, não se aceitando dogmas ou pressuposições metafísicas que levem a abstrações não referenciais às especificidades concretas da situação; iii) avalie de forma dialética-argumentativa as circunstâncias do caso e as possíveis consequências de diferentes soluções/decisões; iv) apresente e fundamente, na hipótese de criminalização e condenação, as razões que tornam intolerável (antinormativa e sem justificação, ou seja, contrária ao Direito, antijurídica) aquela prática cultural e inviabilizam qualquer equacionamento das divergências em uma decisão de concordância prática, mesmo em uma sociedade multicultural, plural e aberta.

5.2. Tipo de injusto, exercício regular de direito e atipicidade conglobante

5.2.1. Adequação social, elementos negativos do tipo e o problema da tipicidade no caso da *ayahuasca*

Como visto, a questão ora estudada pode ser resolvida em uma análise pré-típica, com a declaração de inconstitucionalidade de aplicação da norma incriminadora de tráfico e uso

[951] Sobre a importância da aceitação da "pluralidade de razões que podem caber sensatamente num exercício de avaliação" e do raciocínio da argumentação racional pública na realização da ideia de justiça, ver SEN, Amartya. *A ideia*... Op. cit., *maxime* pp. 228 e ss e 429 e ss.

[952] "Ainda que a referência se faça inicialmente a pessoas reais, o consenso é aqui tomado conceitualmente, sob a premissa empírica de que o preenchimento de todas as condições do discurso ideal conduziria a descartar qualquer diferença de opinião no caso concreto. Esta premissa parte da ideia de que inexiste nos participantes uma heterogeneidade antropológica de resistência ao discurso, que possa excluir o consenso quanto a decisões práticas ou a questões valorativas, tomadas no sentido de um discurso temporalmente ilimitado e dentro de regras de validade, ou seja, de clareza linguística, uniformidade empírica, disposição e capacidade para troca de papeis e liberdade de prejulgamento", TAVARES, Juarez. *Teoria*... Op. cit., p. 84.

de drogas, em razão da prevalência do direito à liberdade religiosa e de culto, para situações de produção, armazenamento, distribuição e consumo da *ayahuasca* para fins religiosos.

Contudo, quando um caso que envolve a *ayahuasca* precisa de manifestação judicial, é porque já ocorreu a limitação, por parte de um órgão estatal de controle, do uso religioso da bebida em razão do entendimento de que a *ayahuasca* contém uma substância classificada como droga proscrita. Desta forma, é essencial, para um melhor enquadramento da questão e com a finalidade de uma consolidação adequada do entendimento jurídico dominante (em relação à *ayahuasca*), que o jurista julgador não se limite a uma análise da constitucionalidade do alcance da norma incriminadora, mas que reflita sobre a questão dentro das categorias jurídicas da dogmática penal contemporânea[953].

Partindo da compreensão de que o direito penal cumpre uma função preponderante de garantia da liberdade individual, por meio da limitação do poder de punir estatal[954], e que a ciência jurídico-penal não tem como tarefa precípua fundamentar ou justificar quando um fato é punível, ainda que isso ocorra, *a contrariu sensu*, busca-se delimitar, dentro das categorias da dogmática penal, o fundamento da não punição de fatos relacionados ao uso religioso da *ayahuasca*.

Neste sentido, nas palavras de Juarez Tavares:

> "É possível desde logo declarar a invalidade da norma incriminadora, bem como lhe restringir o alcance antes, durante ou depois de sua aplicação. Num segundo plano, trata-se de decidir concretamente se a conduta que tenha preenchido os elementos do tipo e seus pressupostos no tocante à imputação está, de qualquer modo, autorizada por uma norma expressa ou pelo sistema jurídico"[955].

---

[953] Como realizado por MONTE, Mário Ferreira. *Multiculturalismo e tutela penal:* uma proposta de justiça restaurativa. In. BELEZA, Teresa Pizarro et al (Orgs.). *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 97-113, *maxime* pp. 97-103.

[954] Juarez Tavares chega a mesma conclusão, mas a partir de outra perspectiva – ainda que semelhante e historicista em relação a enxergar o Direito como instrumento humano para gerir liberdades e diferenças – nomeadamente a partir do estudo da teoria do discurso ideal e da filosofia moral de John Leslie Mackie (1917-1981): "Tanto a regra moral quanto a conduta que a ela se ajusta são, pois, construções humanas. Orientando seu sistema moral segundo este modelo, MACKIE sustenta, porém, a tese de sua reconstrução sob a relevância dos valores individuais da pessoa humana, como forma ou condição antropológica de uma vida virtuosa. Com isso acentua que o conceito de direito representa uma conjunção entre direitos da pessoa e suas pretensões. Desse modo, se se reconhece que X tem o direito moral de realizar Y, isto significa que X tem primeiramente o direito de liberdade de realizar Y e, ademais, uma pretensão de obrigar as outras pessoas a não impedi-lo de realizar Y. Para evitar equívocos, projeta sua estrutura jurídica em duas teses negativas: a) o direito não resulta *a priori* de princípios gerais e b) não há direitos absolutos. Nesta estrutura, o direito assume a função de fixar com segurança os espaços de liberdade individual", TAVARES, Juarez. *Teoria...* Op. cit., p. 110.

[955] Ibid., p. 158.

Dentro de uma perspectiva jurídico-penal, entende-se que as ponderações feitas sobre os conflitos de interesses constitucionalmente tutelados[956] podem ser traduzidas em uma avaliação global da conduta e sua contrariedade com o Direito, já que seria necessária uma correção típica para as condutas que, em abstrato, podem ser enquadradas no tipo legal previsto pelo legislador como crime, mas que, na verdade, possuem adequação social e, portanto, estão afastadas do campo de proibição da norma penal e da ideia de ilicitude e crime[957].

Mesmo em sociedades mais homogêneas, existem alguns costumes ou usos sociais, ainda que apenas em determinadas épocas do ano, geralmente em datas festivas ou folclóricas[958], que podem ser enquadrados em algum tipo legal, como é o caso de algumas práticas carnavalescas, olhadas com mais benevolência, o caso das corridas de touros e a prática do "furto da árvore de Maio"[959]. Busca-se, tradicionalmente, para solucionar essas questões de aparente tipicidade penal, uma valoração global da prática, a qual revela que há adequação social das condutas naquele contexto e a não existência de ofensividade quando realizadas naquele âmbito.

O afastamento de uma neutralidade da análise da tipicidade em relação à antijuridicidade[960] deu-se a partir da teoria finalista de Welzel (1904-1977) e a subjetivação do conceito de tipicidade penal[961], o que gerou a necessidade, já na primeira etapa de análise do crime, de verificação da vontade consciente de realização dos elementos do tipo legal. Desta forma, consolidou-se na moderna ciência do direito penal que a tipicidade traz consigo

---

[956] Ver Seção 4.4.

[957] Sobre a ação socialmente adequada no âmbito da interculturalidade e a necessidade de inadequação social das lesões para a tipificação penal, ver DIAS, Augusto Silva. *Crimes...* Op. cit., pp. 264 e ss.

[958] Geralmente, essas tradições tem formação espontânea ou são resquícios de práticas religiosas desaparecidas, conforme tratado, já em 1912, por DURKHEIM, Émile. *As formas...* Op. cit., p. 40: "São, em geral, fragmentos de religiões desaparecidas, sobrevivências desorganizadas, mas há também os que se formaram espontaneamente sob a influência de causas locais. Nos nossos países europeus, o cristianismo esforçou-se por absorvê-los e por assimilá-los, imprimindo-lhes cores cristãs. Apesar disso, muitos persistiram até uma data recente ou persistem ainda hoje com uma relativa autonomia: festas da Árvore de Maio, do solstício de Verão, do Carnaval, crenças diversas relativas a génios, a demónios locais, etc".

[959] Como tratado exaustivamente por FARIA, Maria Paula Ribeiro de. *A adequação...* Op. cit., pp. 808 e ss.

[960] Como era a proposta da Escola Clássica da teoria do delito, a qual teve como maiores expoentes Franz Von Liszt (1851-1919) e Ernst von Beling (1866-1932), conforme PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral:* a teoria geral da infracção como teoria da decisão penal. Lisboa: AAFDL, 2013, pp. 13 e ss; e SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna...* Op. cit., pp. 05 e ss.

[961] WELZEL, Hans. *Derecho Penal:* parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, *maxime* pp. 39 e ss.

a ideia de contrariedade ao Direito, antijuridicidade ou ilicitude, não podendo ser analisado se uma conduta é típica sem considerar o desvalor jurídico do fato concreto (desvalor da ação e do resultado).

É este o entendimento de quem segue a teoria bipartida do conceito dogmático de crime, pois a aceitação de que o tipo legal não é mera *ratio cognoscendi*, mas verdadeira *ratio essendi* (razão de ser) da antijuridicidade, conduz, inevitavelmente, para uma melhor arrumação dogmática, segundo seus defensores[962], para a integração/unificação entre tipicidade e antijuridicidade, no que é designado por tipo de injusto[963].

A descrição fática e a valoração jurídica da conduta humana não podem, neste entendimento, ser analisadas isoladamente, autonomamente, em um caso concreto, pois a separação técnica da descrição do tipo legal não afasta sua leitura integrada quando da análise da realidade. Assim, o tipo de injusto é constituído por elementos positivos (descritos pelo tipo legal) e por elementos negativos (causas de justificação), sendo que o direito penal e as esferas de realização da justiça criminal só devem ocupar-se de casos em que a conduta é contrária ao Direito (tipos de injusto, ou seja, condutas que se enquadram perfeitamente na descrição legal e não são cometidos conforme o Direito, seja por ser fomentada, permitida ou não proibida).

Por outro lado, os que entendem que o conceito analítico de crime é melhor abrangido em uma perspectiva tripartida defendem que deve ocorrer uma primeira etapa de valoração geral da conduta dentro da análise típica, uma vez que tipicidade e ilicitude não convivem em compartimentos autônomos e estanques[964], mas não em uma perspectiva alargada das

---

[962] SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna*... Op. cit., pp. 30 e ss; Adolf Joseph Matthäus Merkel (1836-1896), conforme TAVARES, Juarez. *Teoria*... Op. cit., pp. 165 e ss; e Hellmuth von Weber (1893-1970), segundo ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito*... Op. cit., p. 454.

[963] "A dogmática penal contemporânea coincide na admissão de duas categorias elementares do fato punível: o tipo de injusto e a culpabilidade. Essas categorias elementares concentram todos os elementos da definição analítica de fato punível, mas a operacionalização da definição analítica de fato punível requer o desdobramento daquelas categorias gerais nas categorias mais simples que as constituem: a) o conceito de tipo de injusto é constituído pelos conceitos de ação, de tipicidade e de antijuridicidade; b) o conceito de culpabilidade é constituído pelos conceitos de capacidade penal, de conhecimento da antijuridicidade (real ou potencial) e de exigibilidade de comportamento diverso (ou normalidade das circunstâncias da ação). Existe evidente consenso sobre a natureza das categorias gerais do fato punível, bem como sobre as categorias mais simples resultantes de sua decomposição analítica, mas existe um ponto de discordância radical situado na área do tipo de injusto, responsável pela existência diferenciada dos sistemas bipartido e tripartido de fato punível: a relação entre os conceitos de tipo legal e de antijuridicidade". SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna*... Op. cit., pp. 02.

[964] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 221 e ss.

normas de permissão ou causas de justificação[965]. Mantém-se, na primeira etapa de análise do crime, uma perspectiva de encaixe (subsunção) do que aconteceu no mundo dos fatos com o que é previsto em abstrato no tipo legal, o que permite a formação cognitiva de um indício de antijuridicidade da conduta (tipo indiciador ou indiciário)[966]. Apenas na segunda etapa categorial do crime é que seria possível afirmar a existência definitiva da ilicitude, pois toda conduta típica é, a princípio, antijurídica, a não ser que ocorra uma das causas de justificação no caso concreto.

Em que pese sistematicamente, e logicamente, a estrutura bipartida de crime ficar melhor arrumada quando comparada com uma concepção tripartida não neutral de avaliação da tipicidade, a qual exige uma etapa prévia de valoração global do fato e verificação da adequação social da conduta que se encaixa no tipo legal[967], entende-se que uma conduta atípica não tem para o Direito o mesmo valor que uma conduta justificada por legítima defesa ou estado de necessidade. A teoria dos elementos negativos do tipo não subsiste perante a simples e clássica afirmação[968] de que matar um animal, uma mosca, por exemplo, não é a mesma coisa, de qualquer ponto de vista, mas principalmente diante de critérios axiológicos-jurídicos, que matar alguém (uma pessoa), ainda que em legítima defesa[969].

Conforme crítica de Roxin, a ideia de tipo de injusto, como unidade superior compreensiva do tipo penal e da antijuridicidade, iguala comportamentos justificados, que devem ser suportados, e comportamentos atípicos, que podem variar desde ações insignificantes até ações antijurídicas, não sendo isso adequado diante das claras diferenças de conteúdo, de estrutura e de consequências jurídicas[970].

---

[965] TAVARES, Juarez. *Teoria*... Op. cit., pp. 129 e ss.
[966] PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral*... Op. cit., p. 27; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito*... Op. cit., p. 454.
[967] "A opinião dominante compreende a adequação social como hipótese de exclusão de tipicidade, mas existem setores que a consideram como justificante, como exculpante, ou como princípio geral de interpretação da lei penal", SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna*... Op. cit., p. 33.
[968] WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal:* una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. 2ª reimp. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 2004, p. 92.
[969] "Há quem afirme que uma conduta atípica é o mesmo que uma conduta justificada. Além de existirem condutas atípicas que são antijurídicas (o não cumprimento de um contrato, por exemplo), a menor abertura da estrutura teórica do delito ao realismo jurídico não resiste à afirmação de que para o direito penal dá no mesmo a morte de uma mosca e a de um homem (Welzel), ainda que em legítima defesa", ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito*... Op. cit., pp. 460-461.
[970] ROXIN, Claus. *Derecho*... Op. cit., pp. 284-288.

O sentido de ilicitude do tipo penal e a proibição que emana da norma penal, contudo, não são afetados da mesma maneira por todas as tradicionais causas de justificação[971], existindo uma diferença essencial entre exercício regular de direito e cumprimento de dever legal quando em comparação com as outras causas de exclusão da ilicitude. Imprescindível, portanto, buscar uma teoria que resolva melhor a relação entre tipicidade e antijuridicidade.

Os tribunais, no caso multicultural ora estudado, como visto ao longo do trabalho, inclinam-se para uma valoração global da conduta, considerando que há prevalência do direito fundamental da liberdade religiosa e de culto, o qual assegura o direito das pessoas consumirem, em um contexto religioso, a *ayahuasca*. Pode-se interpretar, portanto, que o sentido de ilicitude do tipo penal de tráfico de drogas não é realizado quando há a produção e distribuição de uma substância psicoativa em um contexto cultural controlado e com um sentido religioso.

Neste sentido, mas utilizando o exemplo de um padre que oferece a uma criança ou adolescente vinho durante o ritual da eucaristia/comunhão na missa católica, Waldron esclarece que não basta analisar apenas as circunstâncias físicas do ato, mas é necessário entender o contexto e o significado do comportamento[972].

5.2.2. Entre atipicidade e justificação do uso religioso da *ayahuasca*: aplicação da teoria da tipicidade conglobante

Ao se adotar a concepção tripartida de conceituação analítica de crime (conduta típica, antijurídica/ilícita e culpável), contudo, não se considera satisfatória a sistemática de agrupar em uma mesma categoria (causas de justificação) condutas que são valorizadas e estimuladas/fomentadas pelo ordenamento jurídico e condutas meramente toleradas, como não proibidas ou permitidas em sentido fraco, pelo Direito[973]. Da mesma forma que não é possível identificar permissões concretas de realizar condutas proibidas em abstrato pelo tipo penal (homicídio justificado pela legítima defesa, por exemplo) com meras ações atípicas,

---

[971] Legítima defesa, estado de necessidade justificante, consentimento do ofendido, atuar no exercício de um cargo público, de um dever ou de um direito, conforme JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado*... Op. cit., pp. 439 e ss.

[972] WALDRON, Jeremy. *One Law…* Op. cit., p. 04.

[973] Sobre a possibilidade de graduação das causas de justificação (sentido forte e fraco, permitido ou não proibido), ver PALMA, Maria Fernanda. *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos* – Vol. II. Lisboa: AAFDL, 1990, *maxime* pp. 797 e ss.

não se pode tratar ações estimuladas pelo Direito como meras permissões em concreto de ações teoricamente proibidas[974].

Há um desvalor em qualquer conduta concretamente típica em razão de ela gerar um resultado não desejado pela sociedade e pelo Direito, ainda que possa ser tolerada em determinadas situações justificantes, as quais afastam a sua contrariedade ao ordenamento jurídico[975]. Nesses casos, permanece o desvalor do resultado da conduta, mas ela em si não é desvalorada, ainda que não passe a ser estimada, valorada positivamente[976]. Diferente é a situação em que não há um desvalor da conduta e nem do resultado causado, quando, por exemplo, uma pessoa age exercendo um direito ou um dever jurídico e atinge o resultado buscado, protegido ou estimulado pelo Direito. Nesses casos, não se pode falar sequer em conduta típica, pois a conduta não tem contradição com a norma penal e, portanto, não é abrangida pela proibição criminal estabelecida pelo legislador.

Exercer o direito de liberdade religiosa e de culto, regulamentado concretamente por normas jurídicas comunitárias, não é contrário ao Direito, ao estabelecido pelo sistema normativo jurídico e à proibição estabelecida pelo legislador estatal. A ideia de contrariedade ao Direito, ilicitude ou antijuridicidade, ainda que questionável em todos os âmbitos na questão das drogas, como visto acima, é completamente diferente no caso de um líder religioso que fornece *ayahuasca* em um ritual religioso-cultural e no caso de um traficante que comercializa qualquer tipo de droga, com qualquer pessoa disposta a pagar o preço pelo produto que oferece.

Mesmo o *International Narcotics Control Board* (INCB), como visto, já se manifestou quanto à não incidência das normas de controle e fiscalização internacionais de drogas em relação às espécies vegetais e preparações de plantas utilizadas em contexto religioso-cultural, mesmo quando elas contêm substâncias psicoativas, como é o caso da *ayahuasca*[977].

---

[974] "É precisamente esta a mais importante diferença entre tipicidade conglobante e justificação: a atipicidade conglobante não surge em função de *permissões* que a ordem jurídica resignadamente concede, e sim em razão de *mandatos ou fomentos* normativos ou de *indiferença* (por insignificância) da lei penal", ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito*... Op. cit., p. 461.

[975] Sobre desvalor da ação e desvalor do resultado, ver PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral*... Op. cit., *maxime* pp. 196 e ss.

[976] "Mas esta 'permissão' para repelir a agressão, ilegítima e não provocada, não implica que o direito *fomente* e muito menos que nos ordene semelhante conduta. Simplesmente, nestas hipóteses conflitivas, a ordem jurídica limita-se a *permitir a conduta*, porque não se pode afirmar que *incentive* que um homem que pode fugir prefira matar", Ibid. idem.

[977] INTERNACIONAL NARCOTICS CONTROL BOARD (INCB). *Annual Report 2010…* Op. cit., pp. 46-47.

Não tem qualquer lógica ou sentido um ordenamento jurídico assegurar/garantir a liberdade religiosa e, ao mesmo tempo, considerar que o exercício concreto desse direito fundamental é proibido, ilícito e, ainda, passível de punição com uma sanção especialmente grave, uma pena, quando ele não coloca em risco direto outros interesses jurídicos e outras pessoas que não as envolvidas livremente na prática.

Observe-se, portanto, que a argumentação ora desenvolvida, em que pese as considerações feitas sobre o contrassenso que é a política antidrogas proibicionista, apenas pode ser validamente considerada para a produção, distribuição e consumo da *ayahuasca* em contexto religioso-cultural comunitário. A demonstração da validade jurídica, dentro de uma perspectiva pluralista, das normas comunitárias que regem as práticas que utilizam a *ayahuasca* só se mantém quando existe um grupo cultural estabelecido, vida comunitária que detecta necessidades existenciais (que culminam com criação de "novos direitos"), difusão da sua obrigatoriedade entre os membros da comunidade, cumprimento espontâneo e coercibilidade externa/comunitária para que as orientações de conduta sejam seguidas daquela determinada maneira.

É difícil imaginar que um vendedor de *ayahuasca* pela internet ou um consumidor solitário da bebida sigam normas de comportamento, de conduta, em relação aos procedimentos desenvolvidos pelas religiões *ayahuasqueiras* brasileiras, com o mesmo vigor e obrigatoriedade, institucionalização e juridicidade, que os membros religiosos das comunidades. Em que pese o direito penal não ser um instrumento válido para lidar com essas questões, como já criticado, as próprias religiões *ayahuasqueiras* desejam uma proteção rígida, inclusive (talvez) com punição penal, contra o comércio da *ayahuasca* e a utilização fora do contexto comunitário e institucionalizado dos grupos religiosos.

Partindo de uma ideia jurídico-sistêmica, que entende ser essencial a não contradição entre o sistema penal e o ordenamento jurídico como um todo, Zaffaroni[978] defende que no juízo de tipicidade, além do preenchimento do tipo objetivo e do subjetivo, também é necessário o preenchimento da tipicidade conglobante, a qual tem como elementos a antinormatividade e a efetiva afetação de um "bem jurídico". Apenas com o preenchimento desse terceiro elemento é possível a adequação do juízo de tipicidade penal com a lógica

[978] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito*... Op. cit., *maxime* pp. 549 e ss.

sistêmica do ordenamento jurídico, o que ocasiona o deslocamento da análise das causas de justificação do exercício regular de direito e do cumprimento de dever jurídico (seja em estrito cumprimento ou em conflito de deveres) para a análise da tipicidade[979].

Nas precisas palavras de Zaffaroni:

> "A antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior ao juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a tipicidade legal, obriga a indagar sobre a antinormatividade, e apenas quando esta se comprova é que se pode concluir pela *tipicidade penal* da conduta"[980].

Não pode uma conduta ser considerada penalmente típica se ela não é contrária à norma penal, isto é, se ela não se encaixa na proibição normativa advinda do tipo legal incriminador. Ao se analisar, já na tipicidade, a antinormatividade e a lesão efetiva causada pela conduta, impede-se uma contradição lógico-sistêmica insuperável de uma conduta ser aceita e fomentada por um ramo do Direito e severamente proibida pelo mais gravoso dos subsistemas jurídicos[981]. No caso em apreço, o exercício regular de um direito não se restringe à realização de um princípio constitucional de liberdade religiosa, mas abarca a efetiva contradição de normas jurídicas comunitárias permissivas e reguladoras de uma prática com um suposto enquadramento típico penal dessas condutas. Apesar da subsunção do princípio ativo da *ayahuasca* ao rol de substâncias proibidas, não há desvalor jurídico na conduta normatizada comunitariamente de distribuir a *ayahuasca* em contexto religioso, assim como não há ofensa material ao bem jurídico supostamente protegido pela norma penal, não estando preenchidos, portanto, os dois requisitos da tipicidade conglobante e, assim, a própria tipicidade penal.

Referida situação não condiz com o espaço vazio de direito ou ajurídico e nem com um espaço livre de direito[982], pois as normas jurídicas do grupo comunitário minoritário fazem

---

[979] Ibid., idem.
[980] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito*... Op. cit., p. 456.
[981] "Uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma 'desordem' arbitrária. As normas jurídicas não 'vivem' isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente", Ibid., p. 458.
[982] Sobre a diferença entre situações ajurídicas e de situações livres de valoração jurídica, ver KAUFMANN, Arthur. *Filosofia*... Op. cit., pp. 337 e ss.

parte do sistema normativo coerente com o princípio-garantia da liberdade religiosa, gerando consequências jurídicas importantes, nomeadamente a vigência de normas permissivas de utilização religiosa-cultural da *ayahuasca*. Da mesma forma, não se trata de um espaço não valorado pelo Direito, uma vez que a conduta é valorada positivamente neste contexto, tratando-se da realização concreta da liberdade individual, religiosa e da diferenciação multicultural buscada em um Estado de Direito liberal e plural.

A diferenciação multicultural, a liberdade religiosa e o livre desenvolvimento da própria personalidade são valores estimulados e desejados pelo Direito e pela sociedade que se imagina, não podendo condutas jurídicas condicentes com esses valores ser proibidas pelo direito penal. Com a tipicidade conglobante e a nova configuração que dá à tipicidade penal, as atuais causas de justificação do exercício regular de direito e do cumprimento de dever legal, uma vez localizadas na seara normativa e não fático-jurídica, como a legítima defesa e o estado de necessidade, devem ser analisadas já no primeiro estágio categorial do crime.

Ainda que se considere que o tipo penal de tráfico de drogas é constitucional e protege um interesse social relevante, "não há no caso concreto qualquer semelhança entre o sentido atribuído ao facto [pelos] agentes e o significado do dolo"[983] no tipo de tráfico de drogas. No caso-problema, os agentes não atribuem qualquer sentido negativo próximo ao de produzir, oferecer ou comercializar uma droga; ao contrário, acreditam, de boa-fé, que estão a proporcionar às pessoas que ingerem a *ayahuasca* uma nova forma de compreensão da vida, uma aproximação do divino em uma perspectiva emancipadora e que suas condutas estão de acordo com o Direito e a liberdade religiosa protegida como direito humano fundamental na maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais ocidentais contemporâneos.

5.2.3. Resultado lesivo desvalorado e princípios da intervenção mínima e da ofensividade

A aplicação concreta e efetiva, com verdadeira eficácia no mundo jurídico da vida social, de alguns dos mais tradicionais e estudados princípios penais de limitação para a criminalização, nomeadamente o da subsidiariedade ou da intervenção mínima e da lesividade ou ofensividade, é viabilizada por meio da adoção da teoria da tipicidade

[983] DIAS, Augusto Silva. *Problemas...* Op. cit., p. 227.

conglobante, uma vez que é analisada a efetiva "afetação de um bem jurídico", para utilizar os termos adotados e defendidos por Zaffaroni[984].

A partir da generalização da aplicação dessa nova categoria dogmática que compõe a tipicidade penal, juntamente com uma abertura procedimental possibilitada pela interpretação jurídico-penal multicultural, como anteriormente proposta, talvez seja possível uma superação, sem rupturas revolucionárias imprevisíveis para as conquistas civilizatórias-humanitárias alcançadas pela cultura jurídica ocidental, da crise social e jurídica que se vê no mundo atual.

O caráter subsidiário do direito penal[985] ou o princípio da intervenção mínima[986] decorre da ideia e do desejo de que é fundamental para a justiça um princípio de liberdade geral do ser humano e de que a pena é a intervenção mais grave e radical permitida ao Estado perante o indivíduo[987]. Assim, para se atingir o patamar mínimo de contrariedade ao Direito exigido para uma conduta ser considerada típica, gerando o indício de que é antijurídica e, se cometida por um agente culpável, um crime, isto é, um fato punível, deve existir um resultado desvalorado gerado pela conduta, seja ele a lesão efetiva a uma pessoa ou a colocação em risco de um interesse juridicamente tutelado, não bastando um mero desvalor da conduta[988]. Neste sentido, a ideia de lesão a um bem jurídico é útil e serve para limitar o poder estatal de criminalização e o juízo de adequação típica em um caso concreto, especificamente quando a ação não ocasiona qualquer alteração negativa do mundo real, quando a eventual lesão é insignificante ou nos casos em que o resultado provocado pela conduta não é valorado negativamente.

Para se evitar a utilização do direito penal como mera ferramenta de educação moral das pessoas ou mero instrumento de regulação social[989], entende-se que um desdobramento da intervenção mínima é o princípio da alteridade ou transcendentalidade/exterioridade, o qual designa a proibição a que está submetido o Estado de criminalizar atitudes meramente

---

[984] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito...* Op. cit., pp. 560 e ss.
[985] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...* Op. cit., pp. 127 e ss.
[986] BATISTA, Nilo. *Introdução...* Op, cit., pp. 82 e ss.
[987] ROXIN, Claus. *Iniciación al derecho penal de hoy.* Trad. Francisco Muñoz Conde e Diego-Manuel Luzón Peña. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla, 1981, p. 23.
[988] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito...* Op. cit., p. 561.
[989] Para uma visão introdutória e crítica ao direito penal secundário e de mera ordenação social, ver PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal: conceito...* Op. cit., pp. 114 e ss.

internas do indivíduo, estados ou condições existenciais e atos dos quais as consequências não saem da esfera individual do autor, uma vez que tais condutas (interiores, do modo de ser do indivíduo ou incapazes de interferir na esfera de outras pessoas) não podem lesionar qualquer "bem jurídico", interesse social que supere a liberdade individual ou valor jurídico que legitime a intervenção penal[990].

É a partir da ideia de que a alteridade e a lesividade são os marcos mínimos para se pensar em uma proibição legítima de uma conduta pela via criminal[991] (além de ser a alteridade o fundamento material da responsabilidade social[992]) que se analisa já na tipicidade se efetivamente ocorreu alguma lesão ou ofensa relevante decorrente da conduta do agente, não podendo ser considerada típica uma conduta que não lesionou qualquer pessoa ou, de acordo com o posicionamento majoritário, algum "bem jurídico"[993].

Entretanto, não é suficiente identificar uma suposta vítima de uma prática cultural, como no caso dos meninos afegãos recém-nascidos, que têm seus órgãos genitais beijados pelos pais em sinal de júbilo, amor e orgulho[994], para se afirmar que existe efetiva lesão passível de punição[995]. O ato cultural assexual realizado pelos pais afegãos tem conotação e sentido completamente diferente de um abuso sexual, não podendo os padrões de uma cultura ser transferidos para analisar tal prática e, assim, presumir uma ofensividade em concreto do comportamento[996].

---

[990] BATISTA, Nilo. *Introdução...* Op, cit., pp. 89 e ss.

[991] Sobre a concepção realista de ilícito e a necessidade da ocorrência de um prejuízo na situação objeto de tutela, ver MAGLIE, Cristina de. *Los delitos...* Op. cit., pp. 193 e ss; TAVARES, Juarez. *Teoria...* Op. cit., *maxime* pp. 112 e ss, e 124.

[992] "Na verdade, o homem é responsável por suas ações porque vive em sociedade, um lugar marcado pela existência do *outro*, em que o sujeito é, ao mesmo tempo, *ego* e *alter*, e não por causa do atributo da liberdade de vontade: o *princípio da alteridade*, - e não a presunção de liberdade – deve ser o fundamento material da responsabilidade social", SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna...* Op. cit., pp. 182-183.

[993] Coloca-se em dúvida, como já mencionado, se pode o direito penal tutelar interesses sociais que não digam respeito diretamente a lesões cometidas contra à pessoa humana e a real utilidade da ideia de bem jurídico. Nas palavras de TAVARES, Juarez. *Teoria...* Op. cit., p. 176: "Em primeiro lugar, não há demonstração de que, efetivamente, a formulação típica de uma conduta proibida proteja o bem jurídico. Em segundo lugar, essa proteção do bem jurídico funciona apenas como mera referência formal, sem qualquer fundamento material. Finalmente, inserir-se a proteção de bem jurídico como pressuposto do tipo, significa uma opção por uma política criminal puramente sistêmica, de tomar o tipo não como instrumento de garantia, mas sim, como instrumento de manutenção e reprodução da ordem. Este último aspecto é ignorado pela dogmática que, simplesmente, aceita a finalidade protetiva atribuída ao tipo como um dado absolutamente irrefutável".

[994] Sobre o caso *Kargar*, ver MAGLIE, Cristina de. *Los delitos...* Op. cit., pp. 198 e ss.

[995] Como no exemplo do imigrante vietnamita que utiliza técnicas rudimentares de medicina para tratar e curar seus filhos, ocasionando-lhe pequenas lesões, conforme Ibid., p.241.

[996] No mesmo sentido, WALDRON, Jeremy. *One Law...* Op. cit., p. 07.

Da mesma forma, pode-se questionar a legitimidade da tipificação penal e adequação ao princípio da lesividade e da ofensividade de condutas que apenas colocam em perigo "bens jurídicos", principalmente coletivos, não ocasionando qualquer lesão efetiva no mundo real. Em estudo aprofundado sobre o tema, Luís Greco opta por uma concepção dualista de "bem jurídico", isto é, que o direito penal pode tutelar tanto "bens jurídicos" individuais quanto coletivos[997], mas faz ressalvas importantes quanto aos crimes de perigo abstrato contra "bens jurídicos" coletivos, nos quais a antecipação da proibição e da própria lesão dá a entender que o problema da lesividade e da ofensividade estariam resolvidos.

Contudo, o artifício para legitimar a proibição (especificamente no caso estudado, através da compreensão de que a simples posse de drogas já causaria uma lesão à saúde pública) passa, segundo Greco, pela desconstrução de "bens jurídicos" só aparentemente coletivos, como a saúde pública, que "nada mais é do que a soma de várias integridades físicas individuais, de maneira que não passa de um pseudo-bem coletivo" [998]. Com esse entendimento, o crime de tráfico de drogas só pode ser legítimo para proteger de perigo a integridade física individual, o que resultaria, para alguma coerência lógico-sistêmica, na impossibilidade da pena para o crime de tráfico de drogas ser maior do que a prevista para a lesão corporal.

Mesmo Faria Costa – ao fazer uma análise aprofundada da ofensividade e propor que ela pode legitimamente ocorrer em três níveis de violação do 'bem jurídico", nomeadamente: o dano ou violação propriamente dito, o concreto pôr em perigo um "bem jurídico" (crimes de perigo concreto) e o desvalor existente na relação do cuidado do "eu" para com o "outro", o qual chama de "cuidado-de-perigo" (fundamento de legitimidade, segundo sua visão, dos crimes de perigo abstrato)[999] – que entende que há um suporte material suficiente que legitima a previsão legal de tipos penais de perigo abstrato, o que parece uma busca excessiva por legitimação do trabalho legiferante e não uma postura crítica exigida do jurista penal atual, faz ressalvas quanto aos crimes de perigo abstrato constituírem "legítimas

[997] GRECO, Luís. "Princípio da Ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do debate. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 12, n. 49, pp. 89-147, jul./ago. 2004, *maxime* pp. 111 e ss.
[998] Ibid., p. 114.
[999] COSTA, José Francisco Faria. *O perigo*... Op. cit., *maxime* pp. 620-651.

prefigurações delituais”[1000] e sobre a fragilidade e inconsistência dos argumentos da ofensividade de um “bem jurídico” nestes crimes, especificamente porque “ao sancionar-se penalmente um comportamento dentro destes parâmetros de valoração somos confrontados com a inexistência de uma qualquer ‘ofensividade’ relativamente a um concreto bem jurídico”[1001].

Como já estudado, parte da doutrina[1002], com a qual se concorda, pelos argumentos até agora discutidos, entende que não há legitimidade e sentido na criminalização do uso de psicoativos classificados como drogas, existindo uma clara adoção de um direito penal autoritário e um desvirtuamento da legalidade típica – principalmente com a multiplicação de verbos nos tipos legais, ampliação de condutas típicas e ausência de qualquer lesividade exterior como resultado dessas condutas[1003], já que é utilizada para cobrir com punibilidade todas as possibilidades existentes nas relações humanas e sociais com psicoativos.

Neste sentido, Fernanda Palma expressa sua preocupação sobre o abandono do princípio clássico da lesividade e a necessidade de uma dogmática crítica para impedir a proliferação de ilícitos de mera desobediência:

> “A massificação da criminalidade por tráfico, a sobrelotação das cadeias, a anomia e a proliferação de crimes associados formam o ciclo demoníaco desta política criminal. Não podendo o Direito Penal, pelas

---

[1000] Ibid., p. 631.
[1001] COSTA, José Francisco Faria. *O perigo...* Op. cit., p. 624.
[1002] Por exemplo, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal.* Caracas: Monte Avila Latinoamericana, 1993, pp. 133 e ss; BATISTA, Nilo. *Introdução...* Op, cit., p. 90.
[1003] Observe-se o tipo legal de tráfico de drogas da Lei Antidrogas brasileira, Lei nº 11.343/2006:
Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:
I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;
II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;
III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas

suas forças, resolver o problema do consumo de estupefacientes, sem apelar às medidas de política social preventivas, mais valia que não construísse, no escuro, crimes de perigo abstrato (que mais não são do que os 'filhos da nossa ignorância' na expressão de Schröder) ou elaborasse as regras de imputação como se a exceção (os crimes de perigo abstrato) se transformasse em regra. É necessário respeitar os princípios clássicos do Direito Penal fomentadores de uma responsabilidade subjetiva baseada na percepção clara da lesão de concretos bens jurídicos e na censura ética prévia das condutas incriminadoras. O papel da dogmática crítica não pode ser, aqui, apenas o de amparar as opções de política criminal do legislador, mas sim o de servir de travão ao livre construcionismo de um Direito Penal baseado no *tabu legal* e no ilícito de desobediência"[1004].

De qualquer sorte, no caso-problema estudado constata-se que a distribuição e o uso religioso da *ayahuasca* não ofende qualquer pessoa, nem coloca em perigo qualquer interesse social ou público, inexistindo desvalor na ação ou em seu resultado, de forma que as práticas *ayahuasqueiras* estão fora do âmbito de proibição da norma penal e, portanto, não é autorizado qualquer enquadramento típico na previsão legal de condutas criminais, isto é, penalmente proibidas.

Ao contrário, ainda que isso não seja tão relevante na análise do desvalor do resultado, sendo mais importante na questão do desvalor da conduta, analisado quando da avaliação da antinormatividade, a realização de uma prática cultural minoritária como a ora estudada resulta na satisfação de necessidades humanas essenciais e, desta forma, na concretização de direitos humanos fundamentais.

Reafirmando as conclusões de Zaffaroni:

"O juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, mas exige um outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma. A *tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas"[1005].

[1004] PALMA, Maria Fernanda. Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: a absorção do "direito penal de justiça" pelo direito penal secundário? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, separata-suplemento, pp.273-288, 2004, pp. 287-288.
[1005] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito*... Op. cit. p. 459.

Ainda que se entendesse que a prática cultural religiosa coloca em perigo ou viola direitos de terceiros, o que não ocorre, argumentando-se apenas para esgotar a reflexão, a proteção jurídica de um interesse ou um valor social relevante não implica necessariamente na utilização do direito penal e a criminalização de condutas ancestrais e arraigadas em determinados grupos, sendo desejável a escolha de outras medidas jurídicas e políticas públicas[1006] para proteger e realizar os valores e interesses preponderantes[1007]. No caso da *ayahuasca*, por certo, não há qualquer interesse social, seja em comunidades europeias ou norte-americanas, em alterar a referida prática religiosa, que ocorre em âmbito privado, com controle comunitário e sem qualquer consequência que justifique uma preocupação estatal ou social em larga escala[1008].

O melhor fechamento dogmático-penal para a questão da *ayahuasca*, portanto, consiste na adoção e aplicação da teoria da atipicidade conglobante, fundamentando-se que o cumprimento de uma norma jurídica comunitária que tem coerência com os princípios jurídico-sistêmicos mais importantes e que cumpre os valores buscados por um Estado de Direito democrático consiste em exercício regular de direito, o que impede o enquadramento típico da conduta concreta dela originada. Tal fato jurídico, portanto, não está abarcado no âmbito de proibição da norma penal, não existindo qualquer lesividade/ofensividade ou antinormatividade que autorize o início da análise do preenchimento dos requisitos de um fato punível. Não é a realização prática de um direito fundamental que deve ser restringida ou proibida para garantir a eficácia de uma lei penal; mas, ao contrário, é a lei penal, a partir de uma interpretação multicultural, que deve adequar-se aos direitos fundamentais e aos princípios do direito penal liberal para que seja considerada válida e realizadora do Direito em um sistema constitucional amplo, aberto e multicultural.

Em outras palavras, para reafirmar a conclusão, o exercício regular do direito à liberdade religiosa não é uma conduta antinormativa e, apesar da subsunção do princípio ativo da *ayahuasca* ao rol de substâncias proibidas, não há qualquer desvalor atribuído à

[1006] No mesmo sentido, RENTELN, Alison Dundes. *The use…* Op. cit., *maxime* pp. 79 e ss.

[1007] "É fundamental através do tipo de medidas referido e não pela punição de autênticos 'bodes expiatórios' que se logrará sensibilizar e reforçar na consciência dos membros dos grupos a importância dos valores tutelados e reparar o déficit de observância social da norma de comportamento", DIAS, Augusto Silva. *Problemas...* Op. cit., p. 216.

[1008] Somando-se, neste aspecto, os cuidados que se deve tomar com a incomunicação e o erro de projeção, conforme alerta feito por DIAS, Augusto Silva. *Acidentalmente...* Op. cit., pp. 69 e ss.

conduta ou ofensividade-lesividade em eventual resultado advindo desse fato, não estando preenchidos os dois requisitos da tipicidade conglobante e, assim, a própria tipicidade penal[1009].

5.3. O problema dos erros e o conhecimento condicionado do injusto

5.3.1. Entre erro de tipo, erro de proibição e erro de tipo permissivo[1010]

Ainda que, eventualmente, algum jurista entenda que a produção e distribuição da *ayahuasca* em contexto religioso (para tratar do caso mais grave e com argumentos mais estritos do que a questão do uso) não esteja excluída do âmbito de proibição da norma penal de tráfico de drogas, existindo antinormatividade nas condutas dos líderes religiosos *ayahuasqueiros* e afetação (efetiva lesão ou ao menos perigo) da saúde individual e pública, consistindo os fundamentos do fato punível na prevalência do interesse público de proteção aos bens afetados, na aplicação uniforme da lei penal e na possibilidade de motivação do agente pela norma estatal, seria imprescindível, para eventual condenação, a análise pormenorizada da questão dos erros no direito penal, sejam de fato ou de direito; erro de tipo penal, de tipo permissivo ou erro de proibição.

A imprescindibilidade de tal análise decorre de uma concepção subjetivista da responsabilidade penal, conquista histórica civilizacional e humanitária de limitação do poder de punir estatal[1011], traduzida no princípio da culpabilidade[1012], o qual perpassa tanto a construção de que o dolo exige uma vontade consciente (elemento intelectual mais elemento volitivo)[1013] para que um resultado desvalorado possa ser imputado a determinada

---

[1009] Como a tese ora defendida, "a tipicidade conglobante não é – como a teoria da adequação social da conduta – uma concepção corretiva proveniente da ética social material, e sim uma concepção normativa", ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito*... Op. cit., p. 563.

[1010] Figueiredo Dias prefere chamá-los de "tipos justificadores", conforme DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*... Op. cit., pp. 384 e ss.

[1011] "Mas, diversamente do que propõe o finalismo, a introdução do dolo no tipo não é uma consequência necessária, por força do conceito de ação, mas sim, como forma de antecipar desde logo no injusto todo o momento normativo da total delimitação do poder de punir (...) Da mesma forma, entretanto, que tipo e antijuridicidade devem estar numa relação alternativa, de unidade e autonomia, conforme seja necessário reforçar a segurança jurídica, os elementos do dolo podem circular entre o injusto e a culpabilidade, de modo a tornar acessível a ponderação que se deve realizar entre suas espécies – dolo direito e dolo eventual – e seus efeitos num e noutro setor", TAVARES, Juarez. *Teoria*... Op. cit., p. 246.

[1012] BATISTA, Nilo. *Introdução*... Op, cit., pp. 99 e ss.

[1013] Ver PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral*... Op. cit., pp. 139 e ss.

pessoa[1014], quanto a ideia de que a reprovabilidade do autor de uma conduta antijurídica deve recair sobre uma pessoa concreta capaz de compreender a ilicitude do ato e que detenha efetiva possibilidade de agir de acordo com o Direito, constituindo o terceiro elemento do conceito analítico de crime um limite indispensável da ação punitiva do Estado[1015].

Nas palavras de Fernanda Palma:

> "O estudo das diversas situações de erro que excluem o dolo é não só muito importante na prática, como se projecta na compreensão teórica do elemento intelectual do dolo baseada no conhecimento último do comportamento voluntário e do agir intencional. O Código Penal distingue dois grandes casos de erro: o erro sobre os elementos de facto e de direito que impede razoavelmente que o agente possa tomar consciência de ilicitude do facto e o erro que incide directamente sobre a ilicitude (...) Quer isto significar que haverá um erro em que é a própria percepção dos factos existentes que não é atingida e um outro em que apenas estará em causa a compreensão da sua valoração, documentando um desfasamento das valorações subjectivas do agente relativamente as do legislador"[1016].

Especificamente em relação ao problema jurídico aqui estudado, não há que se falar em qualquer tipo de erro sobre o fato da bebida possuir uma substância classificada como psicoativo e proibida em abstrato pelas convenções antidrogas e pelas legislações penais de diferentes países. Tal fato é de conhecimento corrente entre líderes e seguidores das religiões *ayahuasqueiras* brasileiras, sendo um assunto difundido entre todos. Os temas da legalidade da *ayahuasca* fora do Brasil, da discussão sobre a prevalência da liberdade de culto religioso frente à legislação antidrogas e das decisões jurisprudenciais que vêm ocorrendo a favor do uso religioso da *ayahuasca* e de sua importação são muito discutidos dentro das comunidades *ayahuasqueiras* e entre seus membros, principalmente nas duas vertentes transnacionais, que se internacionalizaram (Santo Daime e UDV), as quais possuem setores jurídicos e diversas

[1014] Não é abordada a questão dos crimes imprudentes ou negligentes por evidente inaplicabilidade ao caso-problema ora analisado.
[1015] No mesmo sentido, DIAS, Augusto Silva. *O retorno...* Op. cit., *maxime* pp. 336 e ss.
[1016] PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral...* Op. cit., p. 157.

notícias em seus respectivos sites sobre como a aceitação, regularização ou legalização da bebida vem ocorrendo pelo mundo[1017][1018].

Não há na espécie, portanto, qualquer erro de percepção quanto à realidade fática que envolve a produção, importação e distribuição da *ayahuasca*, o que poderia traduzir um erro de tipo decorrente da falsa representação das circunstâncias que ocorrem na realidade. Contudo, tal situação não resolve peremptoriamente o caso e nem deixa mais fácil o enquadramento dentro da dogmática penal e da doutrina do erro, pois as diversas interpretações jurídicas, entendimentos doutrinários, como o que se apresenta nesta tese, as diferentes decisões judiciais de tribunais em vários países e a grande quantidade de informação sobre o tema podem ocasionar um refluxo do que aparentemente estava consolidado em relação às circunstâncias do fato.

Em outras palavras, não há divergência sobre os elementos descritivos do tipo legal e em relação à proibição, pela legislação antidrogas, da produção e comércio da DMT, princípio ativo presente na *ayahuasca*. Porém, a grande variedade de informações e a tendência da doutrina e da jurisprudência compreenderem que o uso da *ayahuasca* em contexto religioso não se enquadra na proibição criminal de drogas podem fazer com que quanto maior for a reflexão detida do sujeito sobre o tema, ou maior for o conhecimento refletido sobre a situação fática específica, maior seja sua representação mental de que existe uma aceitação generalizada entre a comunidade jurídica e entre os agentes públicos (agentes alfandegários, policiais, promotores/procurados e juízes) da legalidade de sua conduta e compatibilidade com o Direito. Ademais, tal entendimento seria uma uma decorrência lógica do princípio da liberdade religiosa consagrada em tratados internacionais e na maioria das Constituições de países ocidentais.

Assim, qualquer religioso que pondere e viva um momento reflexivo prévio sobre levar, produzir ou distribuir a *ayahuasca* em outro país que não o Brasil, onde já existe maior consolidação sobre a juridicidade das normas comunitárias religiosas *ayahuasqueiras*, pode projetar em seu horizonte avaliativo que suas ações não são ilícitas – pois são expressão de

---

[1017] SANTO DAIME. Legalização no Exterior. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/institucional/historico-da-legalizacao/legalizacao-no-exterior>. Acesso em: 10 nov. 2016

[1018] UNIÃO DO VEGETAL. Uso legal do chá Hoasca. *Site Oficial da UDV*. Disponível em: <http://udv.org.br/cha-*hoasca*/legalizacao-do-cha-*hoasca*/>. Acesso em 10 nov. 2016.

um direito fundamental, não guardam qualquer similitude com as ações de um traficante/comerciante de drogas, uma vez que a motivação e o sentido são outros, e não ofendem o "bem jurídico" pretensamente protegido pela norma penal advinda do tipo legal de tráfico de drogas –, não existindo, desta forma, contrariedade de seus atos com o sistema jurídico normativo daquele país ou com o Direito em geral.

Ao realizar a conduta com um sentido e uma intenção religiosa, o agente entende que sua vontade está de acordo com a do legislador, seu agir dentro do que é permitido, ou ao menos não se enquadra no que é proibido pela norma penal, e todas as suas ações acobertadas pelo exercício regular de um direito fundamental que também é prezado/estimado pela cultura dominante no país para onde se desloca. Assim, interpreta que a comunidade jurídica pensa da mesma maneira e concorda que ele está agindo em exercício regular de direito, o que pode ser uma circunstância que não se confirme na prática[1019].

Neste contexto, a partir da teoria limitada da culpabilidade[1020], o problema situa-se exatamente na confluência do erro de proibição de tipo permissivo com o erro de permissão ou erro de proibição indireto – uma vez que a errônea representação da situação justificante de exercício regular de direito, a qual incide sobre a pressuposição de que é verdadeira uma realidade, especificamente de que a comunidade jurídica de um país ou, nomeadamente, as autoridades alfandegárias, a Polícia e o Poder Judiciário têm o entendimento de que o uso religioso da *ayahuasca* não está no âmbito de proibição da norma penal e não constitui ato ilícito, compreendendo a situação da mesma forma que o agente –, misturando/mesclando a verdade do fato com a compreensão da validade da norma e os limites jurídicos da causa de justificação legal[1021].

[1019] Sobre a ausência de percepção do desvalor ou da ofensividade da própria conduta em crimes culturalmente motivados, o que gera consequências no dolo e seu eventual afastamento, ver MAGLIE, Cristina de. *Los delitos*... Op. cit., pp. 241 e ss.

[1020] "A teoria limitada da culpabilidade, dominante na literatura e jurisprudência contemporâneas, distingue três espécies de erro de proibição: a) o erro de proibição direto, que tem por objeto a norma, considerada do ponto de vista da existência, da validade e da eficácia, exclui a reprovação de culpabilidade; b) o erro de tipo permissivo, que tem por objeto os pressupostos objetivos de justificação legal, existe como errônea representação da situação justificante – incide, portanto, sobre a verdade do fato – e exclui o dolo (igual a um erro de tipo); c) o erro de permissão (ou erro de proibição indireto), que tem por objeto os limites jurídicos de causa de justificação legal, ou a existência de causa de justificação não prevista em lei, exclui a reprovação de culpabilidade, conforme as regras do erro de proibição direto", SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna*... Op. cit., p. 196.

[1021] "O convencimento erróneo da verificação dos elementos essenciais do facto justificado coincide, iniludivelmente, com o erro sobre elementos essenciais do facto típico, na medida em que a vontade do agente

A confusão neste caso decorre da existência de um conflito de dirigibilidade normativa ainda não plenamente resolvido, isto é, não existe uma posição claramente definida de qual comportamento estaria de acordo com o Direito, sendo impossível o próprio autor determinar com segurança qual norma jurídica prevalece no caso concreto e se sua representação coincide com a do legislador, com o ordenamento normativo estatal vigente de determinado país e com o entendimento jurisprudencial.

"Na dúvida sobre a antijuridicidade do comportamento, o autor pode representar a permissão como provável e, também, admitir a proibição como possível"[1022], existindo uma situação especial de conhecimento condicionado do injusto – em razão da questão não estar juridicamente consolidada, apesar de, justamente por essa razão, diante da prevalência de uma liberdade geral de ação e da realização concreta de direitos fundamentais (direito à própria cultura e direito à liberdade religiosa e de culto), ser razoável uma presunção de que a conduta estaria autorizada; e não o contrário – que deve ser equiparada ao erro de tipo permissivo e, consequentemente, ao erro de tipo[1023], uma vez que há uma representação fática de um posicionamento jurídico das autoridades estatais que se existisse tornaria a ação aceita e de acordo com o sistema jurídico nacional e, nessa perspectiva, com o Direito.

Em uma primeira análise, poder-se-ia pensar em classificar a situação como um erro de proibição indireto, erro de permissão[1024] ou erro de validade[1025], pois decorre de uma avaliação errada dos limites jurídicos de uma causa de justificação legal, especificamente

---

se dirige, em ambas as hipóteses, à realização de um facto conforme o direito. E em ambas as situações as figurações do agente sobre o ilícito estão de acordo com a ordem jurídica, como observou ENGISH. Neste ponto, tem razão a teoria da culpa moderada. Todavia, o erro sobre elementos essenciais do facto típico distingue-se do erro sobre elementos essenciais do facto justificado porque no primeiro caso se ignora a própria prática do facto típico, que no segundo caso se conhece. E isto, sustenta WELZEL, deveria criar no agente o impulso de verificar a real existência da situação objectiva justificante, que supõe", PEREIRA, Rui Carlos. Justificação do facto e erro em direito penal. In. PALMA, Maria Fernanda et al (Coords.). *Casos e Materiais de Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 139-157, pp. 142-143.

[1022] SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna*... Op. cit., p. 200.

[1023] "A equiparação do erro de tipo permissivo ao erro de tipo se baseia no argumento de que o autor quer agir conforme a norma jurídica – e, nessa medida, a representação do autor coincide com a representação do legislador, ou com o direito objetivo existente – mas erra sobre a verdade do fato: a representação da existência de situação justificante exclui o dolo, como decisão de comportamento proibido fundada no conhecimento da existência das circunstâncias do tipo legal e inexistência de circunstâncias justificantes, cuja errônea admissão significa que o autor não sabe o que faz – ao contrário do erro de permissão, em que o autor sabe o que faz", Ibid., p. 196.

[1024] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado*... Op. cit., pp. 626 e ss.

[1025] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*... Op. cit., p. 556.

sobre o âmbito do exercício regular de um direito[1026]. Discutir-se-ia, a partir disso, se o erro era evitável ou inevitável, sendo-lhe censurado ou não tal avaliação equivocada, o que poderia excluir ou diminuir a reprovação de culpabilidade[1027].

Contudo, no caso da *ayahuasca*, trata-se de uma questão essencialmente normativa, na qual a formação da consciência da situação fática exige um juízo de valor-normativo sobre a ilicitude ou não da conduta[1028], questão que ainda não está sedimentada na consciência da comunidade jurídica e dos juristas da maioria dos países. Desta forma, cabe verificar, no caso concreto, se o agente buscou informar-se sobre a situação, refletir sobre seu ato e escolheu a alternativa que tinha maior probabilidade de juridicidade[1029], de acordo com o ordenamento jurídico vigente no país de acolhimento e os meios disponíveis para verificação.

Em recente acórdão, ao tratar do erro sobre o conhecimento da ilicitude e a aplicabilidade do artigo 16º do Código Penal português[1030], o Tribunal da Relação do Porto posicionou-se sobre a questão:

> "I – O erro sobre a ilicitude ou sobre a punibilidade que exclui o dolo (art. 16º, 1, CP) apenas se deve e pode referenciar aos crimes cuja punibilidade não se pode presumir conhecida de todos os cidadão.
>
> II – Aos crimes cuja punibilidade se pode presumir que seja conhecida por todos os cidadãos, o eventual erro sobre a ilicitude só pode ser subsumível ao art. 17 CP, em caso em que a culpa só é afastada se a falta de consciência da ilicitude do facto decorre de erro não censurável.
>
> III – A censurabilidade só é de afastar se e quando se trate de proibições de condutas cuja a ilicitude material não esteja devidamente sedimentada na consciência ético social.

[1026] Ou "a convicção de obrigatoriedade jurídica associada ao costume e o erro de validade", como tratado por FARIA, Maria Paula Ribeiro de. *O costume*... Op. cit., *maxime* pp. 133 e ss.
[1027] BACIGALUPO, Enrique. La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición. In. MAIER, Julio B. J.; BINDER, Alberto M. (Comps.). *El Derecho Penal Hoy:* Homenagem al Prof. David Baigún. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1995, pp. 133-153, *maxime* pp. 138 e ss.
[1028] Sobre o objeto da consciência do injusto, ver SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna*... Op. cit., pp. 198 e ss.
[1029] STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal:* parte general, I – El Hecho Punible. Trad. Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982, pp. 183 e ss.
[1030] Artigo 16º do Código Penal português:
Erro sobre as circunstâncias do facto
1 – O erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo.
2 – O preceituado no número anterior abrange o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente.
3 – Fica ressalvada a punibilidade da negligência nos termos gerais.

IV – O comum dos cidadão não ignora que é proibido deter armas caçadeiras sem prévia obtenção da respectiva licença"[1031].

Contudo, como crítica já elaborada por Fernanda Palma[1032], a referência a uma consciência ético-social geral e homogênea, bem como a presunção de que todos os cidadãos têm o mesmo conhecimento (ou possibilidade de conhecimento) ou que existe "o comum dos cidadãos", não é mais suficiente em sociedades complexas e plurais, destacadamente quando se pensa em questões multiculturais. Em suas palavras, a partir da crítica de Kindhäuser e do entendimento de que a situação fática é que permite uma avaliação sobre eventual erro de percepção e o sentido da escolha da ação:

"O aspecto fundamental da distinção entre o erro que exclui o dolo e o erro que apenas pode, em certas circunstâncias, excluir a censura de culpa não depende de aspectos constitutivos do sujeito, nomeadamente da sua fidelidade ao Direito em conjunto com as qualidade de uma pessoa média. Depende, tanto no plano da percepção como ao nível da compreensão de sentido – pense-se, por exemplo, na interpretação de um papel como documento – das condições efetivas, factuais, de oportunidade para decidir segundo uma livre escolha entre a conduta típica e a acção lícita"[1033]

5.3.2. Conhecimento condicionado do injusto como erro de tipo permissivo que afeta o elemento cognitivo do dolo

Imagine-se que um integrante de alguma das religiões *ayahuasqueiras* em Portugal, tomando conhecimento da presente tese e tendo consciência da indefinição jurídica que ainda existe no país em relação ao consumo religioso da bebida, dirige-se à biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa para estudar e verificar a conformidade de seus

[1031] PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão em Recurso Penal do processo nº 120/08.3GCBGC-A.G1.P1. *Base jurídico-documentais do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça.* Porto, data do julgamento: 25 fev. 2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/890e919fcf20bd4d80257e0300579e86?OpenDocument>. Acesso em: 11 nov. 2016.
[1032] PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral...* Op. cit., *maxime* pp. 127 e ss
[1033] Ibid., pp. 159-160.

comportamentos religiosos com o direito penal português, de modo a não correr riscos de infringir uma norma penal e ser preso pela Polícia.

Assim, depois de algum tempo de leitura e satisfeito com as questões mais gerais sobre o direito à liberdade religiosa e a preponderância desse interesse frente à norma incriminadora que pretensamente busca proteger a saúde pública, o religioso, sem formação jurídica, está plenamente convencido de que sua prática religiosa também é considerada legítima em Portugal e de acordo com o Direito, não existindo argumentos suficientes contra a importação ou a produção da bebida em território português.

De tal modo, alguns seguidores das religiões *ayahuasqueiras* começam a trazer a bebida do Brasil de forma não clandestina, convencidos de que agem de acordo com o Direito e com a melhor interpretação jurídica sobre o tema. O reconhecimento formal do uso da *ayahuasca* em diversos países, a leitura de manifestação doutrinária, com argumentação jurídica, sobre o tema e a inexistência de manifestação formal dos órgãos estatais quanto à ilegalidade da bebida permitem uma formação de consciência razoável de que não existe qualquer ilicitude criminal na conduta de entrar em território português portando *ayahuasca*.

Contudo, ao desembarcar em solo português, o religioso é preso e acusado de tráfico internacional de drogas. Caso o juiz não reconheça, imediatamente, a atipicidade da conduta, seguindo a interpretação da autoridade policial, deve avaliar, na sequência da construção intelectual analítica do crime, se essa pessoa não se encontrava em erro e, se sim, de qual natureza.

Observe-se que não se trata de um agente que toma suas decisões por convicções culturais não dialógicas ou indiferentes ao ordenamento jurídico do Estado nacional para onde se dirige ou onde se encontra (autor por convicção extrajurídica)[1034], nem simplesmente de um sujeito que age em erro quanto ao complemento da norma penal em branco[1035], mas sim de uma pessoa que atribui às circunstâncias elementares que circundam a sua conduta as mesmas significações e valorações da legislação penal e do sistema jurídico, sendo-lhe

[1034] Sobre autor de consciência e autor por convicção (jurídica e de dever ou extrajurídica), ver DIAS, Augusto Silva. *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência.* Coimbra: Almedina, 1986, pp. 142 e ss.
[1035] Sobre a ignorância ou errada representação sobre os elementos de uma norma penal em branco, ver BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O regime legal do erro e as normas penais em branco: ubi lex distinguit.* Coimbra: Almedina, 1999.

impossível visualizar qualquer ato lesivo, incontestavelmente duvidoso no caso específico, ou desvalor em sua ação. O agente do exemplo analisado não pensa que vai contra a soberania estatal de um país, nem desconsidera o ordenamento jurídico ou deseja ferir qualquer sentimento comunitário de Direito e de justiça, mas representa errado possibilidades futuras de interpretação do Direito que se fossem realizadas tornariam sua conduta formalmente lícita.

O caso dos *ayahuasqueiros* aproxima-se de um erro de proibição culturalmente condicionado, ainda que distante dos exemplos trazidos por Zaffaroni[1036], mas não se encaixa perfeitamente no conceito, pois nessa espécie de erro o indivíduo pode até ter consciência da proibição existente, mas não interioriza tal comando normativo em virtude de ser completamente estranho ao seu mundo, à sua cultura. No caso da *ayahuasca*, entretanto, não há uma definição clara quanto ao desvalor jurídico do fato, não se tratando de internalização de valores ou possibilidade de compreensão do desvalor da conduta "ao nível das significações da linguagem corrente"[1037], mas de uma situação em que o desvalor do fato ainda não está plenamente constituído em uma determinada comunidade jurídica[1038].

Além do indivíduo não acreditar que está indo contra qualquer norma jurídica vigente em determinado espaço-tempo (erro de proibição), pois ele estaria tão somente exercendo um direito fundamental reconhecido pelo Direito, ele representa uma situação fática de que os juristas daquele país têm a mesma compreensão jurídica quanto à prevalência do direito à liberdade religiosa e à própria cultura, fato que não ocorre (erro de tipo permissivo do exercício regular de direito), mas que se existisse tornaria a conduta reconhecida positivamente e formalmente de acordo com o Direito[1039].

Possui o agente, neste caso, um conhecimento condicionado do injusto, o que exige a análise da razoabilidade dessa compreensão de acordo com os meios disponíveis[1040] para

---

[1036] ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho...* Op. cit., pp. 549-550.
[1037] DIAS, Augusto Silva. *Problemas...* Op. cit., p. 224.
[1038] Tal situação é tratada como falta de consciência da ilicitude decorrente de uma situação discutível e controvertida por DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...* Op. cit., pp. 637 e ss.
[1039] Caso semelhante (sobre questões jurídico-multiculturais obscuras) é o do médico que realizou, a pedido dos pais e seguindo todos os procedimentos médicos adequados, a circuncisão de um menino muçulmano, sendo, posteriormente, julgado pelo crime de lesões corporais pelo *Landgericht* de Colônia, Alemanha, em 07/05/2012, conforme descrição e reflexão feita por DIAS, Augusto Silva. *Crimes...* Op. cit., pp. 293 e ss.
[1040] "O método atual para conhecer o injusto de tipos penais é o da reflexão e informação: a evitabilidade ou inevitabilidade do erro de proibição dependem do nível de reflexão e informação do autor sobre o injusto

atingir a correta compreensão ou, melhor dizendo, a compreensão compatível com a interpretação judicial vigente ou que se constrói no país. O problema, contudo, no exemplo de Portugal, é que a determinação do caráter injusto só será constituída no momento em que for julgada a ação, ou seja, depois que ela já aconteceu, sendo impossível uma consolidação jurisprudencial prévia que possa servir de parâmetro para o agente.

É justo, destarte, a partir da compreensão de uma situação jurídica problemática ainda indefinida, que se exija do agente tão somente a formação da sua vontade de agir dentro de uma margem provável de juridicidade[1041], o que, aparentemente, por tudo que foi estudado na presente tese, ocorre com as pessoas envolvidas com o consumo religioso da *ayahuasca*.

Assim, ainda que um julgador entenda que a norma jurídica de proibição do tráfico de drogas deva prevalecer neste caso e que há a subsunção legal da conduta ao elemento objetivo do tipo, seria insuperável o reconhecimento de um erro sobre circunstâncias normativas que impede a correta compreensão dos elementos subjetivo e antinormativo do tipo penal, o que afastaria o dolo e, por extensão, a tipicidade penal.

Se de qualquer forma este agente representasse mentalmente que sua conduta não estaria de acordo com as normas jurídicas estatais de um Estado nacional e com o direito estatal vigente de um país, ele não viajaria, provavelmente, para aquele local, uma vez que estaria condenado a viver, permanentemente e de forma irreversível, uma vida clandestina, como seria o caso das religiões *ayahuasqueiras* brasileiras em um país islâmico que segue a *xari'a* e que não tem como preceitos fundamentais a liberdade religiosa e o direito à própria cultura.

É completamente diferente da situação em Portugal, pois o agente, utilizando de todos os meios possíveis, ao seu alcance, para conhecer a juridicidade de seus atos, considera que ele age de acordo com o Direito, com as normas jurídicas vigentes na sociedade e que há uma situação fático-jurídica que torna sua ação lícita. O uso religioso da *ayahuasca* em solo português, portanto, não visa desafiar o sistema jurídico vigente ou a soberania estatal

específico do tipo legal (...) É importante destacar que o erro de proibição inevitável é mais provável no direito penal especial, em que o cidadão comum tem maior dificuldade de reconhecer o injusto concreto do tipo respectivo e, além disso, os próprios operadores jurídicos especializados não conhecem a totalidade das normas respectivas", SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna*... Op. cit., pp. 203-204.

[1041] No mesmo sentido, BACIGALUPO, Enrique. *La evitabilidad*... Op. cit., p. 150.

existente, mas parte da compreensão de que se encaixa perfeitamente naquele e tem a proteção desta.

Em síntese, mesmo que o julgador entenda, em uma primeira análise das categorias constitutivas do fato punível, que as condutas relacionadas ao consumo religioso da *ayahuasca* são antinormativas e contrárias ao ordenamento jurídico como um todo, ocorrerá o afastamento da punibilidade do agente em razão de um erro de proibição de tipo permissivo que constitui erro de tipo, importando na exclusão do dolo[1042] e, por extensão, no afastamento de um juízo positivo de tipicidade penal[1043].

Aplicando-se a teoria da tipicidade conglobante, vista anteriormente, a arrumação dogmática fica ainda melhor, pois o erro quanto a um elemento normativo do tipo legal, no caso a antinormatividade, não deixa dúvidas sobre o afastamento imediato do dolo[1044] e, assim, da tipicidade penal, não sendo necessárias análises em outras categorias do fato punível, como eventual erro de uma causa de justificação ou quanto ao erro de proibição na análise da culpabilidade.

Entende-se que também não são necessárias outras ponderações sobre a culpabilidade e eventuais causas gerais de exculpação para o caso da *ayahuasca*, pois jamais tal problema jurídico chegaria tão longe; a não ser que existisse, como na França, uma expressa tipificação legal da *ayahuasca*, seja na norma que completa o tipo penal em branco ou com a criação de um tipo penal específico para proibir tais práticas.

[1042] Neste sentido, DIAS, Augusto Silva. *Crimes*... Op. cit., *maxime* pp. 388 e 389: "Uma representação deficiente de um dos elementos de um tipo justificador, impede o dolo de exercer a sua função de apelo ou de alerta para a ilicitude qualificada do facto, bloqueando o acesso do agente à valoração negativa que a ordem jurídica faz deste".

[1043] No mesmo sentido, STRATENWERTH, Günther. *Derecho*... Op. cit., p. 161: "Sin embargo, la suposición errónea de circunstancias que introducen el correctivo típico de la adecuación social no puede constituir otra cosa que um error de tipo. Sería injusto aplicar las reglas mucho más estrictas que rigen para el error de prohibición a casos objetivamente similares al error sobre la justificación (infra n. 590). Por outra parte, tampoco es posible separar em forma constante la exclusión del tipo y la de la antijuridicidade, inclusive en los casos en que intervienen causas de justificación especiales como, por ejemplo, lo muestra el consentimiento (supra n. 366)".

[1044] PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral*... Op. cit., pp. 149 e ss.

5.4. Consenso e perspectivas sobre políticas de regulamentação da produção e fornecimento religioso da *ayahuasca*: função legiferante multicultural

Em que pese a interpretação jurídica multicultural ser essencial para se chegar em decisões de concordância prática e justas em questões relativas à distribuição e ao uso religioso da *ayahuasca*, a garantia de direitos fundamentais, como é o da liberdade religiosa, corolário da liberdade geral e da livre conformação da própria personalidade, exige a universalização desses direitos e a estabilização quanto ao entendimento jurídico adequado ou preponderante em situações de conflito, o que deixa em aberto a questão sobre qual a melhor forma de atingir tais objetivos.

Pode-se avaliar, em um primeiro momento, como é o entendimento de alguns doutrinadores[1045][1046], que o melhor caminho é por meio da regulamentação da liberdade religiosa, com a criação de leis de reconhecimento ou de exceção para grupos minoritários, sendo importante no campo do direito penal a previsão legal/expressa de causas especiais de exclusão da ilicitude e da culpa[1047].

Cristina de Maglie pondera que uma adequada postura legislativa seria criar causas especiais de não punibilidade cultural (em sentido estrito, circunstâncias de exclusão da pena), possibilitando que o Poder Judiciário tivesse legalmente um importante instrumento de política criminal para casos de crimes culturalmente motivados, uma vez que o fato poderia ser julgado como crime – mantendo a unidade social, a coerência sistêmica da dogmática penal e comunicando quais culturas e valores são os desejados naquela sociedade –, mas não ocorreria a aplicação da pena, em razão de sua disfuncionalidade preventiva[1048].

Parece, contudo, que tal postura é uma "não decisão" muito prejudicial, tanto para os grupos minoritários quanto para as sociedades de acolhimento, uma vez que manteria a incerteza da repressão policial-criminal e o desgaste processual penal (para uma provável não punição futura, variável de acordo com políticas criminais judiciais), o que

---

[1045] Como, por exemplo, WALDRON, Jeremy. *One Law*... Op. cit., p. 34.
[1046] Especificamente sobre a importância do papel do legislador na regulamentação de questões que envolvem o exercício da liberdade religiosa, ver BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. *Da liberdade*... Op. cit., pp. 89 e ss
[1047] Sobre a questão no campo do direito penal (melhor enquadramento e previsão das *cultural defenses*), ver GREENAWALT, Kent. *The Cultural Defense*... Op. cit., pp. 153 e ss.
[1048] MAGLIE, Cristina de. *Los delitos*... Op. cit., pp. 267 e ss.

incrementaria, ainda mais, a conflituosidade social advinda da diversidade cultural, em nada contribuindo para uma boa solução desses casos e para a pacificação social.

Com a edição de leis específicas e claras sobre a juridicidade e licitude de determinada prática cultural e, com isso, da obrigatoriedade de seu reconhecimento como ato valorado positivamente em determinado ordenamento jurídico, promover-se-ia maior uniformização das decisões, coerência dentro do sistema jurídico-político-social e, consequentemente, maior segurança jurídica para os membros de grupos minoritários. Especificamente no caso da *ayahuasca*, imagina-se que tal posição permitiria que as práticas religiosas fossem resguardadas e os membros das religiões não corressem mais riscos de ser alvos de ações policiais ou de agentes estatais com entendimento jurídico divergente e restritivo da prática.

Contudo, a questão não se resolve de maneira tão simples, pois se deve refletir sobre i) a suficiência das categorias dogmáticas existentes para resolver o problema; ii) sobre o pluralismo jurídico ou a interlegalidade e o entendimento de que normas jurídicas não dependem do reconhecimento estatal, por meio da edição de leis escritas e formais, para sua vigência e validade; e, ainda, iii) caso, eventualmente, entenda-se que é necessária a previsão legal expressa para a melhor proteção de práticas culturais minoritárias, sobre como fazer isso, isto é, se através da legislação penal ou extrapenal, se com uma cláusula geral de justificação cultural ou por meio de previsões específicas e exaustivas caso a caso.

A reflexão fica ainda mais complexa quando se considera que o modelo proposto para a questão da *ayahuasca* deverá ser generalizado para outros casos multiculturais, uma vez que todos aqueles que estiverem em uma situação semelhante (casos culturalmente motivados de dano mínimo, contestável ou indeterminado)[1049], ainda que distante (atos culturalmente motivados que geram danos irreparáveis contra direitos fundamentais individuais)[1050], buscarão igual proteção.

Com a forte tradição do positivismo jurídico no Brasil e em Portugal, principalmente entre os penalistas, o trabalho legislativo tem uma função importante na abertura

[1049] Pode-se citar como exemplos de casos semelhantes: o "pato chinês", o bolo de arroz coreano, a tradição de comer cachorros dos imigrantes cambojanos, as *kirpans* dos Sikhs, o uso do *khat* ou outros psicoativos, as diferentes formas de casamento e o exercício da medicina tradicional ou popular; conforme RENTELN, Alison Dundes. What do we have to fear from the cultural defense? In. KYMLICKA, Will et al (Eds.). *Criminal Law and Cultural Diversity*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 177-204, *maxime* pp. 185 e ss.
[1050] Como os homicídios e mutilações motivados por tradições ou fatores culturais. Ibid., pp. 194 e ss.

multicultural das ciências jurídico-criminais e do direito penal[1051], não sendo, contudo, imprescindível o trabalho legiferante estatal para a adoção imediata da interpretação penal multicultural, para a aceitação de normas jurídicas extraestatais que sirvam para a limitação do âmbito de proibição da norma penal[1052] e para a utilização ou consideração de fatores culturais como fundamentos para a responsabilização criminal diferenciada[1053]. O estabelecimento de políticas públicas oficiais, por meio de leis escritas, de todo modo, proporcionaria a consolidação do entendimento multicultural em sociedades abertas e plurais (ao menos certo consenso)[1054], o que ajudaria sobremaneira a construção de uma nova mentalidade de raciocínio jurídico e a superação da crise social e paradigmática enfrentada, a qual traz sérias dúvidas sobre a utilidade e o papel do Estado e do Direito.

Em uma perspectiva de fundo, quanto a um novo paradigma do direito penal contemporâneo, em sociedades complexas e com grande diversidade cultural, tem-se que a noção de pluralismo jurídico ou de interlegalidade multicultural pode ser vista:

> "Tanto como um processo quanto como um resultado. Um processo de adoção de elementos do ordenamento jurídico dominante, nacional e internacional (ambos), e de elementos conceituais que estruturam esse ordenamento, dentro de práticas de um ordenamento jurídico local (minoritário) e/ou o contrário. Ou como o resultado de tal processo, em que se tem um novo ordenamento jurídico híbrido. Desta forma, um dinamismo saudável é introduzido na matéria do pluralismo jurídico" [1055].

Como já tratado quando da discussão sobre pluralismo jurídico ou normativo, não é o reconhecimento estatal oficial que traz juridicidade e conformidade de uma norma de conduta à ideia de Direito existente em determinada época e a seus princípios gerais, devendo a análise da juridicidade de uma norma ser verificada: a) pelo sentimento de obrigatoriedade com que é vivenciada pelas pessoas de determinado agrupamento social; b) pela

---

[1051] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Aspectos*... Op. cit., pp. 224-225.
[1052] Como já defendido, sob diversas perspectivas e nomenclaturas, e amplamente tratado por FARIA, Maria Paula Ribeiro de. *A adequação*... Op. cit., *maxime* pp. 470 e ss
[1053] Sobre a admissibilidade da *cultural defense*, ainda que limitada, em qualquer sistema criminal que busque evitar injustiças, já que todos são embebidos de uma orientação cultural dominante, ver PAREKH, Bhikhu. Cultural Defense and the Criminal Law. In. KYMLICKA, Will et al (Eds.). *Criminal Law and Cultural Diversity*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 104-118.
[1054] COSTA, José Francisco de Faria. *Linhas*... Op. cit., *maxime* p. 97.
[1055] HOEKEMA, André J. *Does the Dutch…* Op. cit., p. 191-192.

coercibilidade da qual é dotada dentro do grupo; c) pela lógica que inspira sua criação, sua adoção e perpetuação; d) pela utilidade que tem para satisfazer necessidades humanas básicas; e) a partir do raciocínio com que é aplicada para organizar a vida humana em grupo (com outras pessoas); e f) pela efetividade que atinge ao resolver casos de conflitos interpessoais (a partir da ideia de alteridade), dentro dos valores e princípios que norteiam uma ideia de Direito e de justiça.

"A interlegalidade não deveria ser entendida como uma forma de interpenetração que só pode ocorrer quando o ordenamento local (do grupo minoritário) é reconhecido oficialmente"[1056], pois normas de conduta vividas como obrigatórias por determinadas pessoas e seguidas/estimuladas por certos grupos, em um contexto comunitário estabelecido, podem ser boas soluções para problemas jurídicos que demandam uma manifestação estatal para realizar o Direito, de forma coerente com seus princípios fundamentais, a partir de um sistema normativo jurídico existente em determinado espaço-tempo. Assim, a utilização de conceitos e de normas jurídicas não deve, não pode e não precisa ficar engessada por concepções formalistas de juridicidade, as quais decorrem de uma visão do Estado como única fonte de Direito e exclusivo provedor de organização da vida social[1057].

Normas jurídicas, sejam estatais ou não oficiais/extraestatais, precisam realizar o Direito e ser úteis para a condução do agir humano dentro de um princípio de alteridade e para a solução de conflitos interpessoais, o que, geralmente, justifica a sua adoção e perpetuação dentro de um grupo. Tal lógica precisa ser buscada, entendida e criticada, no caso de ser embasada em argumentos ruins ou em uma má razão; mas jamais desconsiderada. Como já estudado, a aceitação da existência de fontes competitivas do Direito demonstra a desnecessidade da lei estatal em todos os momentos de regulação da vida social, podendo o Estado aplicar normas não escritas ou não oficialmente legisladas quando for realizar o

---

[1056] Ibid. idem.

[1057] Ao analisar a questão da complexidade das sociedades atuais e da diversidade de ordenamentos jurídicos, Miguel Reale enxerga, em divergência à compreensão defendida nesta tese, como já referido, que a melhor solução seria justamente a estatalização das normas jurídicas mais importantes (criação de lei formal), argumentando que "à medida que a sociedade humana se torna mais complexa, multiplicam-se os ordenamentos em razão da multiplicidade das relações novas que se constituem de maneira estável, como bem observam os pluralistas. Por outro lado não é menos certo que, entre esses ordenamentos, se estabelece uma hierarquia, uma graduação de positividade, não só quanto à extensão da vigência das normas, mas também quanto à sua própria eficácia, afirmando-se a tendência no sentido da estatalidade progressiva das regras cuja imperatividade se generalize", REALE, Miguel. *Teoria*... Op. cit., pp. p. 321.

Direito em um problema jurídico concreto/específico[1058]. Corroborando tal perspectiva, existe uma consciência de que:

> "o Estado atual (crise do Estado-Nação) não mais possui o monopólio absoluto e irrestrito da produção e distribuição do Direito, bem como a de que a 'juridicidade oficial' positivista (por vezes desatualizada, conservadora e injusta) cada vez mais é obrigada a reconhecer e a conviver, no âmbito da Sociedade Civil, com outras formas dinâmicas e mais justas de manifestações extralegais e informais, nascidas de práticas sociais"[1059].

Diante de tais constatações, portanto, não se pode defender que é necessário o reconhecimento estatal-legal-escrito, isto é, a edição de leis formais, para a solução de questões multiculturais e aceitação de culturas e modos de vida diferentes do dominante, cabendo a descoberta na práxis jurídica e social de como acomodar a existência e convivência de ordenamentos jurídicos distintos, o que ocasiona a interpenetração de normas oriundas de diferentes fontes de Direito e a existência de um ordenamento jurídico híbrido, aberto e inacabado, ainda que coerente.

Contudo, sob uma perspectiva prática, entende-se que tanto medidas legiferantes (sejam do poder legislativo ou executivo, de regulamentação) de ampliação de reconhecimento de práticas culturais minoritárias quanto a atuação judicial para o reconhecimento são importantes no momento de transição da racionalidade jurídica que se atravessa, desde que adotadas com sinceridade de intenção quanto à acomodação justa de modos de vidas diversos em um mesmo espaço territorial; e não sob o disfarce de uma postura politicamente correta, mas que em última análise não se liberta do medo do diferente e do desconhecido[1060].

É a partir de atos de aparente reconhecimento que se pode limitar práticas culturais, principalmente com medidas administrativas diversas, como, no caso da *ayahuasca*, por exemplo, com a criação de obstáculos procedimentais para a produção, transporte,

---

[1058] GHERSI, Enrique. *El caráter*... Op. cit.
[1059] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo*... Op. cit., p. 333.
[1060] Como crítica elaborada por RENTELN, Alison Dundes. *What do we*... Op. cit., *maxime* pp. 198-200.

distribuição, regulamentação sanitária, regras de importação e exportação e etc[1061]. É evidente que algum controle e acompanhamento serão necessários, mas não de forma a constranger, inviabilizar práticas culturais ou transformar em uma concessão estatal o direito de vivenciar a própria religião/cultura. É importante, neste contexto, a participação aberta das minorias culturais no diálogo público e na exposição crítica das razões filosóficas, religiosas, culturais e práticas que serão consideradas na acomodação e convivência da prática cultural minoritária com a vida social majoritária ou dominante[1062].

É essa a proposta defendida por Waldron, o qual entende que tanto a regulamentação prévia quanto exceções/isenções específicas contribuem para a acomodação necessária entre o "direito estatal ou leis estatais (*state law*) e os direitos/ordenamentos jurídicos culturais ou leis culturais (*cultural laws*)"[1063]. A prática cultural-religiosa, concretização no mundo real do direito fundamental de liberdade religiosa, não fica dependente, condicionada ou limitada quando não existir regulamentação estatal, mas a maior parte dos questionamentos práticos que podem surgir é superada com ela. Em outras palavras, não é o caso do direito não poder ser exercido quando inexistir regulamentação, mas é esta uma boa forma de disciplinar e resolver o problema.

[1061] O caso da fiscalização realizada pelo IBAMA, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, é um bom exemplo, pois se pode realizar uma fiscalização emancipadora, cooperativa e protetora de culturas e do meio ambiente; ou pode-se criar entraves desnecessários e burocracias prejudiciais que limitem o exercício do direito à liberdade religiosa. Para uma análise da situação atual, ver LABATE, Beatriz Caiuby. *Dimensões*... Op. cit., pp. 423 e ss.

[1062] Como aconteceu no Brasil, em que grupos de estudos, dentro do âmbito do órgão estatal responsável pelo controle de drogas, foram criados, com a participação de representantes de diversos setores da sociedade, inclusive de membros das religiões *ayahuasqueiras*, para analisar e decidir os melhores caminhos a seguir e as medidas a serem adotadas para assegurar, dentro de uma convivência social pacífica, o consumo religioso da *ayahuasca*, conforme histórico apresentado, entre outros, por COSTA, Janaína Alexandra Capistrano. Interações entre Estado e religião na regulação da *ayahuasca* no Brasil. In. SIMPÓSIO INTERNACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE HISTÓRIA DAS RELIGIÕES (ABHR), 1º, 15 pp., 2013, São Paulo. *Anais do 1º Simpósio Internacional da ABHR:* diversidades e (in)tolerâncias religiosas, 2013, pp. 2607-2621. Disponível em: <http://www.abhr.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Anais-simp%C3%B3sio-da-ABHR-Sudeste.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011; LABATE, Beatriz Caiuby; FEENEY, Kevin. *O processo*... Op. cit.; ANTUNES, Henrique Fernandes. Disputando categorizações e normatividades: uma comparação entre os processos de regulamentação da *ayahuasca* no Brasil e nos EUA. In. REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, 29ª, 12 pp., 2014, Natal-RN. *Anais da 29ª Reunião Brasileira de Antropologia:* diálogos antropológicos expandido fronteiras, 2014. Disponível em: <http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1401716471_ARQUIVO_Artigo-HenriqueFernandesAntunes.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

[1063] WALDRON, Jeremy. *One Law*... Op. cit., pp. 33-34.

Contudo, permanece na esfera de atuação do Poder Judiciário o papel principal de não permitir que a diversidade cultural e seus conflitos em geral sejam tratados dentro do âmbito do direito penal, com criminalização e ausência de reflexão, diálogo e busca de acomodação razoável. Políticas públicas de integração, posicionamento legislativo consolidante ou outras medidas sociais que possam promover a integração social são desejáveis e bem vindas[1064], mas a reafirmação de direitos humanos básicos, principalmente o da liberdade de escolha sobre o próprio destino, é imediata e independe de qualquer nova criação legal ou postura social.

Uma das medidas possíveis, para casos que geram maior instabilidade social e divergência quanto à correta interpretação jurídica, é a manifestação dos tribunais superiores sobre a correta limitação de normas penais incriminadoras ou dos tribunais constitucionais sobre qual é a interpretação conforme a Constituição, como ocorreu na *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº 187/DF, ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF) brasileiro no Supremo Tribunal Federal (STF).

Na ação, a qual foi julgada procedente, com efeito vinculante[1065], o próprio MPF brasileiro requereu que os ministros do STF assegurassem a limitação da aplicação do artigo 287 do Código Penal brasileiro, o qual prevê o tipo penal de "apologia de crime", para que fossem realizadas, sem qualquer obstrução ou repressão policial, as chamadas "marchas da maconha", manifestações populares e protestos pacíficos que defendem a legalização do uso, para diversos fins, desde recreativos até medicinais e religiosos, da maconha.

Em sua manifestação, o MPF deixou claro o que buscava, demonstrando que essa é uma medida que também pode ser utilizada para questões multiculturais controvertidas e que envolvam práticas bem delimitadas de um grupo específico:

> "3. No espaço público brasileiro, assim como em diversos outros países, discute-se cada vez mais um tema de inequívoco interesse social: a criminalização das drogas. Em tão importante debate público, há

[1064] Ao tratar dos questionamentos comunitaristas aos modelos liberais e republicanos de política, Habermas posiciona-se sobre a necessidade, em sociedades com pluralismo social e cultural, onde o consenso é impossível, de negociação e formação de compromissos (entre grupos distintos) na busca de uma acomodação justa, conforme HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro:* estudios de teoría política. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós Ibérica, 1999, *maxime* pp. 238 e ss.

[1065] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187/Distrito Federal. *Site do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 198 pp., data do julgamento: 15 jun. 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/texto_227098436.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.

um lado que defende a legitimidade e a eficiência da estratégia criminal no combate às drogas, enquanto outro pugna pela legalização das drogas, ou, pelo menos, de algumas delas.

4. Na presente ação, não se objetiva questionar a política nacional de combate às drogas adotada pelo legislador brasileiro. Almeja-se, isto sim, afastar uma interpretação do art. 287 do Código Penal que vem gerando indevidas restrições aos direitos fundamentais à liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX, e 220 CF) e de reunião (art. 5º, inciso XVI, CF).

5. Reza o art. 287 do Código Penal:

'Apologia de crime ou criminoso Art. 287. Fazer, publicamente, a apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.'

6. Nos últimos tempos, diversas decisões judiciais, invocando tal preceito, vêm proibindo atos públicos em favor da legalização das drogas, empregando o equivocado argumento de que a defesa desta ideia constituiria apologia de crime"[1066].

Especificamente em relação ao direito penal, tem-se como impossível a previsão legal expressa de todos os casos de práticas culturais que podem ser entendidas como sem antinormatividade, que sejam justificadas por constituírem exercício regular de um direito ou que devam ser interpretadas dentro da ideia de valoração global da conduta e adequação social, sendo mais importante uma interpretação jurídica multicultural como paradigma procedimental para a análise de questões que envolvam fatores culturais, nomeadamente quanto: i) a adoção e aplicação da teoria da tipicidade conglobante; ii) uma interpretação aberta em relação a normas comunitárias que podem ser consideradas como causas de justificação ou que retiram a antinormatividade e lesividade do fato; iii) uma análise aberta e dialética do caso concreto específico quanto à consciência da ilicitude do agente, o qual pode estar agindo a partir de um erro de avaliação do campo de permissão e validade das normas.

A estrutura categorial existente atualmente na dogmática penal já permite uma aplicação multicultural do direito penal e a superação da maioria das questões que envolvem problemas jurídicos dessa índole, devendo os penalistas, todavia, estar abertos a novas perspectivas ou categorias que podem trazer melhores soluções práticas para a vida multicultural que se deseja. Da mesma forma, é importante que qualquer medida adotada seja consistente com a realidade e preocupe-se com a efetivação do direito preponderante, não sendo admissível uma decisão que não aprofunde as condições necessárias para a

[1066] BRASIL. Ministério Público Federal. Petição Inicial de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187. *Site Scribd*, 76 pp., data da propositura da ação: 21 jul. 2009. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/329136147/Peticao-Inicial-ADPF-187>. Acesso em: 19 out. 2016.

concretização do direito declarado, as garantias exigidas para isso e as consequências práticas de tal exercício.

Para ser possível a verdadeira convivência social multicultural, é imprescindível que o Estado[1067], a comunidade dominante/majoritária e o grupo minoritário consigam ir além da não criminalização de determinadas práticas, buscando conciliar maneiras de efetivar concretamente e legitimamente direitos fundamentais e compreensões de mundo distintas. Em questões específicas do uso religioso de psicoativos, por exemplo, é importante a discussão e a avaliação sobre como os membros religiosos poderão legitimamente obter a substância que utilizam em seus rituais, não sendo suficiente a não criminalização do consumo[1068].

Assim, no modelo proposto, não existe uma aceitação automática e necessária de qualquer prática cultural, mas também não se desconsidera imediatamente ou sob argumentos formais ou etnocêntricos (não dialógicos, não reflexivos e não críticos) qualquer consideração ou ponderação sobre condutas que envolvam fatores culturais. O multiculturalismo não implica em um compromisso do Direito com a perpetuação ou garantia de não extinção de qualquer prática cultural, mas sim com uma ponderação crítica, refletida, aberta e dialógica sobre tais práticas e sobre os limites do direito a ser diferente (ser-aí-diferente)[1069].

Não há como saber, ainda, quais serão os impactos e alterações que a diversidade étnica e o multiculturalismo trarão para as relações políticas, jurídicas e estruturais dos Estados nacionais nas próximas décadas[1070], mas esta realidade social de transição acontece

---

[1067] Entendido na sua função de guardião da tolerância entre as religiões, conforme MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade*... Op. cit., pp. 255 e ss.

[1068] Casos nos quais tribunais estadunidenses evitam a questão de como os seguidores da religião rastafári poderão legitimamente adquirir marijuana para uso ritual já são citados por RENTELN, Alison Dundes. *The Cultural*... Op. cit. p. 82-83.

[1069] Nas belas palavras de COSTA, José Francisco de Faria. *Linhas*... Op. cit., p. 25: "Pressupor o ser-aí-diferente, com intencionalidade dialógica de se construir com o 'outro', porque só, desse jeito, se é; abrimo-nos à nobre humildade de que só nos encontramos quando nos perdemos e, sobretudo, aceitar que o ser-aí-diferente é expressão de fragmentação, porque também sinal irredutível da individualidade de ser-pessoa, são pedras que fecham, em perfeição, o arco de volta inteira de uma tal compreensão e que, para além disso, inculcam a serena intencionalidade que afasta a eventual crispação levantada pelo constante e intenso apelo a tudo o que seja fragmentário".

[1070] Boaventura de Sousa Santos sugere alguns caminhos, como o constitucionalismo transformador, o qual chama de *novíssimo pluralismo jurídico*, a legalidade cosmopolita e a reconstrução intercultural do Direito, alertando, contudo, que "depois de dois séculos de uniformidade jurídica, não será fácil para os cidadãos, organizações sociais, decisores políticos, serviços públicos, advogados e juízes adoptar um conceito de direito mais amplo que, ao reconhecer a pluralidade de ordens jurídicas, permita desconectar parcialmente o direito do

ininterruptamente, independente de alterações legislativas[1071]. Parece correto, contudo, concluir que é imprescindível criar medidas intermediárias, como as aqui propostas – notadamente quanto à abertura normativa do sistema jurídico, sem o imediato ou total abandono da soberania dos Estados-nações, em que pese isso já ser altamente questionável com a possibilidade de recursos a tribunais internacionais ou supranacionais –, para que conquistas históricas civilizacionais/humanas não sejam perdidas.

O Direito atual, também se pode concluir, mescla objetividade e subjetividade, exigindo menos certeza legislativa do que justiça prática/real, adequada ao sistema normativo jurídico como um todo e com efetiva proteção das liberdades emancipatórias do ser humano, o que se mostra impossível – em um mundo inacabado, em constante tensão e que se constitui, molda-se, em cada decisão jurídica – sem a intepretação multicultural e a adoção da ideia de pensamento complexo.

Estado e reconectá-lo com a vida e a cultura dos povos", conforme SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça.* Coimbra: Almedina, 2014, p. 139.

[1071] Sobre a importância de diferenciar o fático do normativo na questão do multiculturalismo, ver LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. La sociedad multicultural: problemas jurídicos y políticos. In. AÑÓN, Maria José et al (Coords.). *Derecho y Sociedad.* Valência: Tirant lo Blanch, 1998, pp. 19-48, *maxime* p. 20.

CONCLUSÃO

Diante da duvidosa legitimidade da política criminal de combate às drogas, da arbitrariedade dos critérios para definir o que é lícito ou ilícito e do fracasso do proibicionismo, existem fortes defensores da descriminalização do uso de drogas[1072], ainda que poucos assumam uma postura realmente coerente em relação ao seu comércio/tráfico e apresentem com convicção qual é o fundamento material para a não criminalização das drogas. Em regra, mesmo os mais liberais permanecem apenas no campo da descriminalização do uso e utilizam somente argumentos consequencialistas – sobre a ausência de lesividade social, baixa toxidade e potencial de abuso de determinada droga ou fracasso do modelo proibicionista e da "guerra às drogas" – para justificar a opção pelo afastamento do direito penal no tratamento da questão.

Evidentemente que se deve considerar as consequências das decisões nos rumos da sociedade e da vida das pessoas em geral (exigência da análise pragmatista a que se propôs esta tese, inclusive), mas antes se impõe o posicionamento fundamentado e claro em relação ao modelo de sociedade desejado e como implementá-lo. Uma análise consequencialista só tem sentido, como visto ao longo da tese, com uma avaliação qualitativa-axiológica das consequências, o que requer fundamentos sólidos sobre o modelo atual e o desejado (ou sobre as melhorias e adaptações que todos os modelos continuamente precisam).

Neste sentido, o voto recente do ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) Gilmar Mendes, em um recurso extraordinário com repercussão geral que questiona a constitucionalidade da criminalização da posse de drogas para uso pessoal[1073], revela uma análise um pouco mais ampla sobre a questão, pois sopesa longamente os riscos e resultados da política criminal de combate às drogas, assim como delimita os pressupostos aceitáveis

---

[1072] No Brasil, um dos mais destacados defensores (e precursor) de uma postura descriminalizante em relação às drogas é o penalista BATISTA, Nilo. *Punidos*... Op. cit. pp. 59 e ss.

[1073] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto apresentado em plenário (sem julgamento definitivo) em Recurso Extraordinário nº 635.659. *Site do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 56 pp., data da leitura do voto: 20 ago. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

para essa política em um Estado que busca alinhar-se a uma concepção democrática liberal[1074].

O ministro do STF considerou que a criminalização de condutas dos usuários de drogas "é inconstitucional por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações"[1075], indo contra o "postulado constitucional imanente do princípio do núcleo essencial"[1076] e, assim, da proporcionalidade exigida da norma jurídica.

Como na maioria das reflexões sobre política de drogas, o voto não tratou da produção e fornecimento da droga a ser utilizada, como se ela pudesse cair do céu. Mais do que isso (ou pior do que isso), o julgador pressupõe que todo usuário de psicoativo está em "situação de fragilidade", devendo ser "destinatário de políticas de atenção à saúde e de reinserção social"[1077], e que todos os traficantes merecem tratamento penal, sendo apenas necessária uma definição de critérios objetivos para enxergar quem é usuário e quem é traficante[1078].

Uma análise multicultural do problema das drogas, como a realizada nesta tese, destrói de pronto a pressuposição da fragilidade de quem utiliza algum tipo de psicoativo ou da necessidade de reinserção social. Ainda que isso possa ocorrer em diversos casos, conclui-se, a partir do presente estudo, que não é adequada a presunção geral e indiscriminada como a que é feita. O uso de psicoativos, como visto, é parte da história da humanidade, seja de substâncias legais ou ilegais em determinado momento histórico, sendo muitas vezes fator de integração social e de desenvolvimento saudável da personalidade das pessoas (religião, criação artística, recreação, descanso da realidade, uso terapêutico, etc).

No caso da *ayahuasca*, existe um sentido de uso do psicoativo que fortalece o espírito e a mente da pessoa que a utiliza, pois há a crença de que se estabelece contato com o divino e consegue-se, a partir disso, a compreensão sobre o sentido da vida e tudo aquilo que a constitui. Além disso, são fortalecidos os laços comunitários com outros indivíduos

---

[1074] Um resumo dos principais pontos do voto pode ser lido no próprio site do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298109>. Acesso em: 19 set. 2016.
[1075] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto*... Op. cit., p. 40.
[1076] Ibid., p. 29.
[1077] Ibid., p. 39.
[1078] Ibid., p. 19 e 45.

pertencentes ao grupo, permitindo que pessoas dividam experiências, crenças e alcancem plenamente a necessidade religiosa ou de transcendência que tem a maioria dos seres humanos.

Na doutrina jurídico-criminal, Figueiredo Dias[1079] e Fernanda Palma[1080] refletem criticamente sobre defender a descriminalização do uso e demonizar o seu comércio, tomando uma postura, ainda que cautelosa com as palavras, realista e direta para que seja tratado coerentemente o uso e o tráfico de drogas. Fernanda Palma, em que pese questionar o fato do tráfico de drogas ser um crime sem vítima e concordar com a dificuldade de justificar a criminalização de condutas que apenas envolvem a exploração econômica da autonomia de uma pessoa por outra, conclui, diante das muitas dúvidas que cercam o assunto, "que seria um risco muito elevado passar a sujeitar-se a venda de estupefacientes às simples regras do mercado"[1081].

De toda sorte, pode-se concluir que há três aspectos que precisam ser considerados para a análise do fenômeno: i) deve existir uma prevalência da liberdade para adultos desenvolverem como bem entenderem a sua personalidade (autonomia da vontade individual); ii) não existe qualquer mal social em si na relação comercial entre adultos vendedores e compradores de drogas; e iii) é o tipo de droga, o contexto e o sentido do uso que definem as suas consequências e eventuais usos problemáticos, com os quais o Direito pode legitimamente se importar.

O primeiro argumento é relevante sobremaneira para o campo da *ayahuasca*, porque a discussão concentra-se, muitas vezes, na questão farmacológica e médica/fisiológica da ingestão da bebida, sendo que este é apenas um dos aspectos a ser considerado, mas nem de perto, como visto, o mais importante para a discussão jurídica. Ainda que surjam estudos que comprovem que a ingestão da *ayahuasca* pode causar danos à saúde depois de algum tempo de uso (o que parece estar longe de ocorrer, como estudado, diante das pesquisas que indicam os seus benefícios e usos terapêuticos) ou que (o que é mais provável, hoje em dia, já que tudo no mundo causa de alguma maneira cancro/câncer[1082]) seja publicado algum estudo que

---

[1079] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Uma proposta*... Op. cit.
[1080] PALMA, Maria Fernanda. *Consumo*... Op. cit.
[1081] Ibid., p. 280.
[1082] VIANNA, Rafael Ferreira. Para não morrer de câncer. In. VIANNA, Rafael Ferreira. *A Melhor Maneira de Viver:* inquietações da razão humana. Curitiba: Chain, 2012, pp. 75-78.

indique ser a *ayahuasca* um possível fator cancerígeno; nem por isso a proibição da bebida e a criminalização de seu uso tornar-se-ão legítimos e socialmente desejáveis.

Não serão legítimos em razão de, em um Estado democrático de Direito, ser inexorável o reconhecimento da autonomia da pessoa adulta para, desde que não afete diretamente terceiros, conformar livremente a sua vida e desenvolver a sua própria personalidade. Como traz Figueiredo Dias, eu tenho (assim como todos) o "inalienável direito de, se assim eu o quiser, ir para o inferno à minha própria maneira"[1083], cabendo sempre a ponderação, com peso extra, em escolhas sociais e em questões que envolvem liberdades, para o chamado princípio "cuide de sua própria vida"[1084].

Evidentemente que qualquer coisa pode fazer mal em excesso, a partir de uma determinada quantidade[1085] (água, comida, sexo, pornografia, exercício físico, videogame, isolamento, remédios, vinho, etc.), não podendo ser pré-concebida uma substância como nociva ou seu consumo como problemático apenas pelo destempero de alguns. Qualquer vício escraviza a pessoa, retira a autodeterminação, fere a dignidade, traz sérios problemas à saúde e ao convívio social. Pessoas viciadas em pizza ou apenas em comer autodestroem-se, engordam morbidamente, utilizam-se do sistema de saúde pública muito mais que a média dos cidadãos, não conseguem controlar-se e parar, caminham para a morte e causam problemas e tristeza para seus familiares[1086]; mas nem por isso vamos proibir o consumo de pizza ou criminalizar a sua venda. Tal postura desconsidera a dignidade do ser humano, a sua soberania moral de escolher, e trata a todos como crianças ou portadores de distúrbios psiquiátricos incapazes de parar, autodeterminar-se e escolher seu próprio destino[1087].

[1083] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Uma proposta*... Op. cit., p. 98.
[1084] SEN, Amartya. *A ideia*... Op. cit., p. 347.
[1085] VELHO, Gilberto; FIORE, Maurício. *O consumo*... Op. cit., pp. 133.
[1086] Para uma definição de compulsão alimentar, ver AZEVEDO, Alexandre Pinto de et al. Transtorno da compulsão alimentar periódica (*Binge eating disorder*). *Revista de Psiquiatria Clínica*, São Paulo, vol. 31, n. 04, [Revista Eletrônica on-line], 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832004000400008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 set. 2016.
[1087] Brian Barry (1936-2009) já ponderava que a maioria dos crimes culturalmente motivados referem-se a detalhes sobre como as pessoas levam a sua vida ordinária/cotidiana, tratando de temas relativos à saúde, segurança pessoal, higiene, dieta ou educação, questões que devem ficar dentro do campo privado da autonomia da vontade, independentemente de qualquer cultura, e que não podem ser determinadas pelo Estado. Ver BARRY, Brian. *Culture and Equality*: an egalitarian critique of multiculturalism. Cambridge: Polity Press, 2001, *maxime* pp. 40 e ss.

No caso específico da *ayahuasca*, repise-se, ainda que no futuro descubra-se algum mal à saúde advindo de sua ingestão, conclui-se que – em razão do sentido que possui, os efeitos imediatos que provoca e o contexto em que é consumida – cabe somente a cada pessoa adulta, livre e capaz decidir (depois de alertado e ciente dos riscos, obviamente) sobre como realizar sua experiência religiosa.

O segundo posicionamento importante no campo das drogas, o qual parece ser o mais difícil de ser abordado, ainda que seja uma conclusão necessária do presente estudo e uma exigência lógica e requisito essencial para a coerência de qualquer postura, é quanto à produção/plantação e ao fornecimento das drogas em geral.

Mesmo que se adote uma postura de descriminalização do consumo de drogas (seja para determinados usos ou em uma perspectiva de tratamento médico-terapêutico do usuário) e de rigidez em relação à produção e ao comércio de qualquer tipo de droga, o que é a tendência ético-política atual[1088], imaginando que todos os usuários de drogas do mundo plantem ou produzam o que consomem (o que é evidentemente impossível); em algum momento alguém precisará fornecer em escala maior sementes, insumos ou a própria substância, como quando existe o consumo em grupo, do qual usos religiosos são exemplos.

Não se pode imaginar que cada pessoa plante no quintal de sua casa um arbusto (chacrona) e alguns cipós (jagube/mariri); que ainda colha e realize todo o complexo ritual de feitura da bebida para então, sem qualquer fornecimento por terceiro, consumi-la. É deficitária uma política criminal que trata do consumo de drogas e de sua descriminalização, por um lado, mas demoniza o produtor e o traficante vendedor, de outro, tomando como certo que ou a droga cai do céu ou que um adulto capaz tem o direito de usufruir dos benefícios/prazeres proporcionados por uma substância, enquanto outro (tão adulto, tão

[1088] Até mesmo algumas cidades estadunidenses (Seattle, por exemplo) já vêm aceitando e implementando algumas políticas nesse sentido, como o projeto *Law Enforcement Assisted Diversion (LEAD)*, conforme PRESTON, Caroline. Don't Lock'Em Up. Give'Em a Chance to Quit Drugs. *The New York Times*, Opinion, New York, 25 out. 2016. Disponível em: <http://mobile.nytimes.com/2016/10/25/opinion/dont-lock-em-up-give-em-a-chance-to-quit-drugs.html?smprod=nytcore-iphone&smid=nytcore-iphone-share&_r=0&referer=>. Acesso em: 27 out. 2016.

capaz e tão ser humano como aquele) merece ser extirpado do convívio social por oferecer comercialmente o que é buscado pelas pessoas[1089].

A discrepância lógica e a injustiça no tratamento entre usuário e "traficante" fica ainda mais evidente nos casos de uso religioso-cultural de um psicoativo, pois o religioso que se preocupa em plantar, cuidar, produzir (seguindo regras rituais), transportar, orientar as pessoas que desejam utilizar a "planta sagrada" (enfim, acompanhar todo o processo) pode ser visto e tratado como um "traficante perigoso"; enquanto aquele que usufrui dos prazeres e benefícios advindos do produto será simplesmente tratado como uma "vítima" que precisa de acolhimento e orientação pelo Estado paternalista.

Mesmo em casos de uma grande movimentação financeira a partir do comércio de determinado tipo de droga (o que aparentemente não existe no caso da *ayahuasca*, em que pese inexistir um trabalho de pesquisa ou uma investigação detalhada sobre como a bebida chega à Europa, podendo muito bem os envolvidos terem aderido a rotas e profissionais do comércio ilegal de drogas em geral para garantir o fornecimento e a diminuição dos riscos pessoais de religiosos), o que existe é simplesmente uma transação entre um fornecedor e um cliente, como já advertiam alguns criminólogos há mais de 50 anos, como indicado por Figueiredo Dias[1090]. No caso estudado, o que existe é uma relação religiosa entre dirigentes/mestres/líderes que podem ministrar um sacramento, de acordo com as normas religiosas de uma determinada igreja, e seguidores/discípulos ou crentes que recebem a bebida sagrada e, assim, obtêm os benefícios prometidos pela fé.

No mercado das drogas comuns, utilizadas para fins recreativos ou de fuga da realidade, o traficante não possui uma lógica diferente do comerciante ou do investidor capitalista. Sua lógica é a de mercado, baseada na lei da oferta e da procura, não existindo em sua conduta qualquer sentido de prejudicar ou causar dano a alguém. Ele vende o que as pessoas procuram para comprar[1091]. A quantidade e a forma como será usada é decidida pelo

---

[1089] Reflexão semelhante é proposta por ZACCONE, Orlando. *Acionistas*... Op. cit.; FORTE, Francisco Alexandre de Paiva. *Racionalidade*... Op. cit.; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Uma proposta*... Op. cit.; HASSEMER, Winfried. *Descriminalização*... Op. cit.; entre outros.
[1090] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Uma proposta*... Op. cit., p. 95.
[1091] A naturalidade desta atividade, principalmente como um meio de subsistência para algumas pessoas em favelas brasileiras, é muito bem retratada (com a objetividade, o brutalismo e o realismo que lhe são próprios) no conto de FONSECA, Rubem. Bola ou búrica? In. FONSECA, Rubem. *Histórias Curtas.* Porto: Sextante, 2016, pp. 75-77.

cliente adulto, livre e capaz. Se as pessoas buscassem e comprassem livros, mais do que buscam drogas, provavelmente a maioria dos traficantes venderia livros, e não drogas. De fato, o traficante não é um extraterrestre ou um demônio, mas apenas um comerciante, como os que permitiram o pleno desenvolvimento de cidades e países, como o exemplo citado do "senhor Guinness". Os traficantes do Rio de Janeiro, famosos por sua violência e poder territorial, são a expressão da miséria, da cultura brasileira violenta, da ignorância generalizada, da desigualdade assustadora e da exclusão que o capitalismo desmedido provoca, sendo eles "acionistas do nada"[1092] e a consequência da criminalização das drogas, que gera "condutas marginais e ilícitas conexas"[1093].

Por fim, quando sobrevém a análise das consequências da política criminal de combate às drogas em contexto multicultural, em geral, e para as religiões *ayahuasqueiras*, especificamente, os resultados são ainda piores, pois se está diante de um consumo de psicoativo qualificado pelo sentido religioso e pelo controle social comunitário. Como dito, poderia o direito penal legitimamente ocupar-se dos usos abusivos que trazem problemas e danos sociais significativos, ainda que tais interesses já estejam tutelados por outras figuras penais, sendo desnecessário qualquer tipo penal relacionado à droga ou a criação de novos crimes. Poderia existir, por exemplo, um agravante para determinados crimes quando cometidos sob o efeito de drogas, nos mesmos moldes do álcool e da ideia da embriaguez preordenada ou da imputabilidade pela *actio libera in causa*; mas não a criminalização de uma mera conduta não lesiva.

O Direito e as ciências conexas devem estudar abertamente os efeitos de diferentes tipos de drogas, o contexto e o ambiente em que geralmente são usadas, quais as regras do grupo que a utiliza (isso sempre existe, como uma cultura da droga)[1094] e suas dimensões de validade e eficácia[1095], quais os sentidos que as drogas podem adquirir para seus usuários e o que eles buscam. Enfim, juristas que utilizam em suas análises sobre drogas uma ética da convicção acabam tornando-se profetas a proclamar o fim do mundo e o mal em todas as

---

[1092] ZACCONE, Orlando. *Acionistas...* Op. cit., pp. 116-117.
[1093] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Uma proposta...* Op. cit., p. 95
[1094] VELHO, Gilberto; FIORE, Maurício. *O consumo...* Op. cit., p. 133.
[1095] Entre pesquisadores, estudantes e curiosos das substâncias psicodélicas existem regras e orientações bem definidas de como utilizá-las, conforme pode-se constatar no livro/manual de LEARY, Timothy; METZNER, Ralph; ALPERT, Richard. *The Psyschedelic Experience*: a manual based on the Tibetan book of the dead. New York: Citadel Press, 1995.

coisas, sem perceber "que os mesmos indivíduos que, alguns minutos antes, haviam pregado a 'doutrina do amor oposto à violência' fazem, alguns instantes depois, apelo a essa mesma força – a força última que levará à destruição de toda violência"[1096].

Exige-se no campo das drogas, principalmente em decisões jurídico-criminais (seja sobre políticas criminais ou decisões penais), como visto, uma interpretação jurídica multicultural, a qual decorre do pensamento complexo e de uma análise pragmatista do problema, pois apenas uma avaliação criteriosa dos contextos, dos sentidos e das consequências pode permitir uma regulamentação adequada da vida em sociedade e a utilização legítima do direito penal[1097]. Cabe ressaltar, desta forma, que ética de responsabilidade e de convicção[1098] não são excludentes entre si, mas antes se complementam de uma forma que a convicção crítica e fundamentada serve de limite para uma ética da responsabilidade prevalente, madura e real[1099].

O argumento principal consiste na intangibilidade do núcleo da autonomia individual (liberdade sobre a escolha do próprio destino, da religião e o livre desenvolvimento da própria personalidade), mas ele não serve isoladamente e sem uma avaliação criteriosa das consequências dos diferentes posicionamentos, uma vez que existem conflitos de interesses jurídicos e as ações individuais são limitadas na vida em sociedade pela universalidade da autonomia individual e do direito à liberdade de escolha. Não há, contudo, argumentos suficientes para se tratar o abuso do uso e os usos problemáticos de drogas ilícitas de forma diferente de como são tratadas as drogas lícitas[1100].

A maior disfuncionalidade que um trabalho como este pode ocasionar é, ao delimitar a legitimidade do uso ritual-religioso de uma substância psicoativa, reforçar um discurso proibicionista[1101]. Em outras palavras, ao trazer argumentos de que o uso cultural-ritual-religioso de uma substância psicoativa é legítimo, define-se o espaço do que é aceito em relação ao uso de drogas e, ao mesmo tempo, permite-se a interpretação de que todo o resto

---

[1096] WEBER, Max. *Ciência*...Op. cit. p. 115.
[1097] "O fato de que muitas pessoas reagem com medo, indiferença ou agressividade não constitui um obstáculo à prática de uma política de drogas racional, e sim um importante componente do próprio problema que nos cabe reconhecer e solucionar", HASSEMER, Winfried. *Descriminalização*... Op. cit., p. 321.
[1098] Utilizando a nomenclatura trazida por WEBER, Max. *Ciência*...Op. cit. pp. 113 e ss.
[1099] Ibid., p. 122.
[1100] No mesmo sentido, BATISTA, Nilo. *Punidos*... Op. cit., p. 68.
[1101] Alerta semelhante é feito por ARAÚJO, Felipe Silva. *Os usos*... Op. cit., pp. 03 e ss.

estaria em um campo ilegítimo e, portanto, passível de proibição irrestrita. Não é esta a intenção do presente trabalho, em que pese o risco existente. Acredita-se que ao apresentar um uso não problemático de drogas – ao contrário, um uso que se mantém há anos e é fator de coesão social sustentável –, quebra-se a barreira do mal intrínseco que é vinculado, usualmente, às substâncias psicoativas. Abre-se uma brecha para que outros campos sejam explorados, outros usos e sentidos, possibilitando que diversos usos socialmente não problemáticos sejam reconhecidos e tutelados como de livre escolha do indivíduo.

O que se evidencia, portanto, diante da conclusão de que é ilegítima a limitação penal do direito fundamental da liberdade religiosa que é concretizado no consumo ritual-religioso de uma substância psicoativa, é que existe uma fratura significativa nos parâmetros de legitimidade e necessidade de intervenção criminal no campo das drogas, descontruindo-se a ideia de que há dignidade penal da questão, já que nem todo consumo de psicoativo é um fato socialmente danoso (princípio da imanência social) e nem há consenso sobre qual a melhor postura jurídica a ser adotada na questão (princípio do consenso)[1102].

A resignação social[1103] e a aceitação exclusiva do direito estatal legislado – o que faz com que grande parte das pessoas aceite o mundo posto, já que não vislumbram opções de ação e alternativas de vida – são sacudidas com a diversidade religiosa e o multiculturalismo, pois diferentes modos de vida, visões de mundo e ordenamentos jurídicos apresentam-se para contestar "as coisas que são como são" (ou, agora, que "eram como eram"). Afinal de contas, o Direito é o nada diante do ser social, um eterno processo que se movimenta em busca de sentido e consciência de si; enfim, um devir, uma alternativa humana que poderia não ser.

[1102] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*... Op. cit., pp. 405-406.
[1103] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por que*... Op. cit., pp. 211 e ss.

REFERÊNCIAS

- Bibliografia

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado.* Coimbra: Almedina, 2002.

AGRA, Cândido da. *Entre Droga e Crime.* 2ª ed. Viseu: Casa das Letras, 2008.

_____. Prefácio. In. QUINTAS, Jorge. *Regulação Legal do Consumo de Drogas:* impactos da experiência portuguesa da descriminalização. Porto: Fronteira do Caos, 2011, pp. 09-17.

AGUIAR, Maria Léa Monteiro de. *Somos todos criminosos em potencial.* [Livro eletrônico/e-book] – Niterói: EdUFF, 2007.

ALBUQUERQUE, Maria Betânia Barbosa. Psicoativos e saberes religiosos: reflexões sobre um campo de estudos. *Plural – Revista de Estudos de Religião*, vol. 05, n. 01, pp. 69-89, 2014.

ALENCAR, José de. *Iracema.* [Livro eletrônico/e-book] – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

ALEXY, Robert. O conceito kelseniano de "dever ser". In. OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Orgs.). *Hans Kelsen:* teoria jurídica e política. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 87-103.

_____. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA FILHO, Naomar de et al. O conceito de saúde mental. *Revista USP*, São Paulo, nº 43, pp. 100-125, set./nov. 1999.

ALMEIDA, Mauro. A *ayahuasca* e seus usos. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2003, pp. 15-20.

ALVES, Rubem. *O que é religião?* São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1984.

AMBOS, Kai. Razones del fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, vol. 11, n. 41, pp. 27-50, jan./mar. 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRÉ, João Maria. Interpretação do mundo e multiculturalismo: incomensurabilidade e diálogo entre culturas. *Revista Filosófica de Coimbra,* Coimbra, vol. 18, n. 35, pp. 07-42, mar. 2009.

ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret. Paganism, Superstition and Philosophy. In. GEACH, Mary; GORMALLY, Luke (Eds.). *Faith in a hard ground:* essays on religion, philosophy and ethics by G.E.M Anscombe. Exeter: Imprint Academic, 2008, pp. 49-60.

ANTUNES, Henrique Fernandes. Disputando categorizações e normatividades: uma comparação entre os processos de regulamentação da *ayahuasca* no Brasil e nos EUA. In. REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, 29ª, 12 pp., 2014, Natal-RN. *Anais da 29ª Reunião Brasileira de Antropologia:* diálogos antropológicos expandido fronteiras, 2014. Disponível em: <http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1401716471_ARQUIVO_Artigo-HenriqueFernandesAntunes.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica.* s/l. s/d. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

ARANHA, Ana. O daime pode ser ingerido por crianças e mulheres grávidas? *Revista Época,* Sociedade, Rio de Janeiro, 19 mar. 2010. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI128023-15228,00-O+DAIME+PODE+SER+INGERIDO+POR+CRIANCAS+E+MULHERES+GRAVIDAS.html>. Acesso em: 26 abr. 2017.

ARAÚJO, Felipe Silva. Os usos lícitos da *ayahuasca* no contexto internacional de políticas sobre drogas. In. SEMINÁRIO DE ESTUDOS CULTURAIS, IDENTIDADES E

RELAÇÕES INTERÉTNICAS, 2º, 18 pp., 2011, Aracaju-SE. *Anais do Grupo de Trabalho sobre Espaços Religiosos, Formas de Expressão e Linguagens.* Disponível em: <http://200.17.141.110/pos/antropologia/seciri_anais_eletronicos/down/GT_04_2011/ARAUJO_F.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

ARAÚJO, Wladimyr Sena. A Barquinha: espaço simbólico de uma cosmologia em construção. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 541-555.

ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; DIETER, Vitor Stegemann. *Política criminal das drogas*: o proibicionismo e seu bem jurídico. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a70c831f7cd4077>. Acesso em 12 set. 2016.

_____. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR,* Curitiba, n. 56, pp. 177-192, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito:* introdução e teoria geral. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

ASSIS, Glauber Loures de; LABATE, Beatriz Caiuby. Dos igarapés da Amazônia para o outro lado do Atlântico: a expansão e internacionalização do Santo Daime no contexto religioso global. *Religião e Sociedade,* Rio de Janeiro, vol. 34, n. 02, pp. 11-35, 2014.

_____; LABATE, Beatriz Caiuby. Um panorama da literatura sobre a internacionalização das religiões *ayahuasqueiras* brasileiras. In. REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, 30ª, 21 pp., ago. 2016, João Pessoa. *Anais do Grupo de Trabalho Políticas de Drogas:* éticas de consumo, diversidade das práticas e conflitos acerca de seus controles. Disponível em: <http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2016/07/Assis_Labate_Revisao_Internacionalizacao_Religioes_Ayahuasquerias_ABA_Joao-Pessoa_2016.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2016.

AZEVEDO, Alexandre Pinto de et al. Transtorno da compulsão alimentar periódica (*Binge eating disorder*). *Revista de Psiquiatria Clínica,* São Paulo, vol. 31, n. 04, [Revista Eletrônica

on-line], 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832004000400008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 set. 2016.

BACIGALUPO, Enrique. La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición. In. MAIER, Julio B. J.; BINDER, Alberto M. (Comps.). *El Derecho Penal Hoy:* Homenagem al Prof. David Baigún. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1995, pp. 133-153.

BACON, Francis. *Novum Organum.* Trad. José Aluysio Reis de Andrade. [Livro eletrônico on-line], EbookLibris-Acrópolis, 2002. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/norganum.html>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BALZER, Carsten. Santo Daime na Alemanha: uma fruta proibida do Brasil no "mercado das religiões". In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 507-537.

BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal:* introducción a la sociología jurídico-penal. Trad. Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.

_____. Enfoque crítico del sistema penal. In. ELBERT, Carlos Alberto (Comp.). *Criminología y Sistema Penal:* compilación in memoriam. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004, pp. 89-111.

_____. Funciones instrumentales e simbólicas del derecho penal. In. ELBERT, Carlos Alberto (Comp.). *Criminología y Sistema Penal:* compilación in memoriam. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004, pp. 57-88.

_____. Introducción a la criminologia de la droga. In. ELBERT, Carlos Alberto (Comp.). *Criminología y Sistema Penal:* compilación in memoriam. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004, pp. 112-138.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARRY, Brian. *Culture and Equality*: an egalitarian critique of multiculturalism. Cambridge: Polity Press, 2001.

BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati:* il diritto penale nelle società multiculturali europee. Milano: CUEM, 2008.

BASTERRA MONTSERRAT, Daniel. *El derecho a la libertad religiosa y su tutela juridica.* Madrid: Civitas, 1989.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.* 12ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. *Punidos e Mal Pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. Sobre a criminalização do funk carioca. In. BATISTA, Carlos Bruce (Org.). *Tamborzão*: olhares sobre a criminalização do funk. Rio de Janeiro: Revan, 2013, pp. 185-206.

BECKER, Howard. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O regime legal do erro e as normas penais em branco: ubi lex distinguit.* Coimbra: Almedina, 1999.

BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. In. BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade.* Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 133-175.

BERMAN, Harold. *Law and Revolution:* the formation of Western legal tradition. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

BETIATO, Mario Antonio. Religião e Religiosidade ontem e hoje. In. ROSSI, Luiz Alexandre Solano; KUZMA, Cesar (Orgs.). *Cultura, Religião e Sociedade:* um diálogo entre diferentes saberes. Curitiba: Champagnat, 2010, pp. 13-22.

BIANCHI, Antonio. *Ayahuasca* e xamanismo indígena na selva peruana: o lento caminho da conquista. In. LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder.* Campinas: Mercado de Letras, 2005, pp. 319-331.

BÍBLIA. Português. *Bíblia Católica de Ave Maria.* [Livro eletrônico/e-book] – s/l. e s/a. Disponível em: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/eclesiastes/>. Acesso em: 27 maio 2017.

BLANCO LOZANO, Carlos. *Derecho Penal – Parte General.* Madrid: La Ley, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5ª reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOTEACH, Shmuley; ANDERSON, Pamela. Take the pledge: no more indulging porn. *The Wall Street Journal.* Publicado em 31 ago. 2016, seção Opinion/Commentary. Disponível em: http://www.wsj.com/articles/take-the-pledge-no-more-indulging-porn-1472684658. Acesso em: 02 set. 2016.

BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. Da liberdade religiosa como direito fundamental: limites, proteção e efetividade. *Argumenta*, Jacarezinho, n. 11, pp. 75-94, jul./dez. 2009.

BRISSAC, Sérgio. José Gabriel da Costa: trajetória de um brasileiro, mestre e autor da União do Vegetal. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 571-588.

BRITO, José de Sousa e. A Lei da Liberdade Religiosa: necessidade, características e consequências. In. MUCZNIK, Esther et al (Orgs.). *Religião no Estado Democrático.* Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007, pp. 13-26.

BRONFMAN, Jeffrey. The Legal Case of the União do Vegetal vs. the Government of the United States. In. LABATE, Beatriz Caiuby; JUNGABERLE, Henrik (Eds.). *The Internationalization of ayahuasca.* Berlim: LIT, 2011, pp. 287-300.

BRUMANA, Fernando Giobelina. A propósito de la jurema: reflexiones sobre el campo religioso brasileño. *Revista de Antropologia*, São Paulo, vol. 48, nº 02, pp. 423-471, 2005.

BUCKEL, Sonja; FISCHER-LESCANO, Andreas. Reconsiderando Gramsci: hegemonia no direito global. Trad. Tatiane Honório Lima. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 10, pp. 471-490, jul./dez. 2009.

BULLINGTON, Bruce; BLOCK, Alan A. A Trojan horse: anti-communism and the war on drugs. *Crime, Law and Social Change*, s./l., vol. 14, n. 01, pp. 39-55, mar. 1990.

CAMURÇA, Marcelo Ayres. Sombras na Catedral: a influência New Age na Igreja Católica e o holismo da teologia de Leonardo Boff e Frei Betto. *Numen:* Revista de Estudos e Pesquisa da Religião, Juiz de Fora, vol. 01, n. 01, pp. 85-125, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 7ª ed. 11ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* Vol. 01. 4ª ed., rev. Coimbra: Coimbra, 2007.

CARNEIRO, Henrique. A odisseia psiconáutica: a história de um século e meio de pesquisas sobre plantas e substâncias psicoativas. In. LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder.* Campinas: Mercado de Letras, 2005, pp. 57-81.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. Direito à diferença étnico-cultural, liberdade de consciência e direito penal. *Direito e Justiça*, Lisboa, vol. XVI, tomo 1, pp. 131-157, 2002.

CARVALHO, Jonatas Carlos de. In. SEMINÁRIO NACIONAL DE HISTÓRIA, POLÍTICA, CULTURA E SOCIEDADE (Programa de Pós-Graduação em História da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ). 3º, 17 pp., out. 2011, Rio de Janeiro.

Disponível em: <http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/carvalho_histria_poltica_criminalizao_drogas_brasil.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *A política criminal de drogas no Brasil:* estudo criminológico e dogmático. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTANEDA, Carlos. *The Teachings of Don Juan*: a Yaqui way of Knowledge. Oakland: UC Press, 1968.

CASTANEDA, Carlos. *A erva do diabo*: as experiências indígenas com plantas alucinógenas reveladas por Dom Juan. 3ª ed. Trad. Luzia Machado da Costa. Rio de Janeiro: Record, 1968.

CAZES, Leonardo. Debate sobre a publicação de 'Minha Luta', de Adolf Hitler, chega ao Brasil. *O Globo*, Rio de Janeiro, 16 jan. 2016. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cultura/livros/debate-sobre-publicacao-de-minha-luta-de-adolf-hitler-chega-ao-brasil-18482674>. Acesso em: 26 nov. 2016.

CEMIN, Arneide Bandeira. Os rituais do Santo Daime: "sistemas de montagens simbólicas". In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca*. 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 347-382.

CHESTERTON, Gilbert Keith. *O homem que era quinta-feira*: um pesadelo. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 2010.

CHISHOLM, Roderick M. *Teoria do Conhecimento.* Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.

CHRISTIE, Nils; OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de et al. Conversa com um abolicionista minimalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 06, vol. 21, pp. 13-22, 2008.

_____. *Uma razoável quantidade de crime.* Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CIÁURRIZ, María José. Laicidad y ley sobre los símbolos religiosos em Francia. In. MOTILLA, Agustín (Coord.). *El pañuelo islâmico em Europa.* Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 91-140.

CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos.* 198 pp. Tese (Doutoramento em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; ARANTES, Bruno Camilloto. Direito como pensamento em A. Castanheira Neves: o jurisprudencialismo e o princípio da historicidade radical do direito. In. DIZ, Jamile Bergamaschine Mata et al (Orgs.). *Hermenêutica Jurídica:* uma análise contemporânea da interpretação e aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Clássica, 2008, pp. 16-38.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética:* direito, moral e religião no mundo moderno. 2ª ed. rev., 3ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Janaína Alexandra Capistrano. Interações entre Estado e religião na regulação da *ayahuasca* no Brasil. In. SIMPÓSIO INTERNACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE HISTÓRIA DAS RELIGIÕES (ABHR), 1º, 15 pp., 2013, São Paulo. *Anais do 1º Simpósio Internacional da ABHR:* diversidades e (in)tolerâncias religiosas, 2013, pp. 2607-2621. Disponível em: <http://www.abhr.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Anais-simp%C3%B3sio-da-ABHR-Sudeste.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

COSTA, José Francisco de Faria. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra, 2005.

_____. *O perigo em direito penal:* contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 1992.

COSTA, Maria Carolina Meres et al. *Ayahuasca*: uma abordagem toxicológica do uso ritualístico. *Revista de Psiquiatria Clínica*, São Paulo, vol. 32, nº 06, pp. 310-318, 2005.

COUTO, Mia. *A confissão da leoa.* 10ª ed. Lisboa: Caminho, 2012.

COX, Glenice; RAMPES, Hagen. Adverse effects of khat: a review. *Advances in Psychiatric Treatment*, London, vol. 9, pp. 456–463, 2003.

CRUZ, Olga Souza; MACHADO, Carla. Consumo "não problemático" de drogas ilegais. *Revista Toxicodependências*, Lisboa, vol. 16, n. 02, pp. 39-47, 2010.

CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais.* Trad. Viviane Ribeiro. Bauru: EDUSC, 1999.

DANCY, Jonathan. *Ethics without principles.* Oxford: Claredon Press, 2004.

D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à exclusiva proteção de bens jurídicos no Direito Penal contemporâneo. In. GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II.* Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010, pp. 198-218.

DEAN, Warren. *A luta pela borracha no Brasil:* um estudo de história ecológica. São Paulo: Nobel, 1989.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito.* 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1979.

DE MORI, Bernd Brabec. Tracing Hallucinations: contributing to a critical ethnohistory of *ayahuasca* usage in the Peruvian Amazon. In. LABATE, Beatriz Caiuby; JUNGABERLE, Henrik (Eds.). *The Internationalization of ayahuasca.* Berlim: LIT, 2011, pp. 23-47.

DIAS, Augusto Silva. Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais. In. PALMA, Maria Fernanda et al (Coords.). *Emoções e Crime:* filosofia, ciência, arte e direito penal. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 57-80.

_____. *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência.* Coimbra: Almedina, 1986.

_____. A responsabilidade criminal do "outro": os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural. *Revista Julgar*, Lisboa, n. 25, pp. 95-108, jan./abr. 2015.

_____. A saúde humana como bem jurídico-penal e os crimes contra a saúde no direito português. *Revista Anatomia do Crime*, Lisboa, nº 01, pp. 115-125, jan./jun. 2015.

_____. *Crimes Culturalmente Motivados*: o direito penal ante a "estranha multiplicidade" das sociedades contemporâneas. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 16, n. 02, pp. 187-238, abr./jun. 2006.

_____. O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências. In. BELEZA, Teresa Pizarro et al (Orgs.). *Multiculturalismo e Direito Penal.* Coimbra: Almedina, 2014, pp. 15-31.

_____. O retorno ao sincretismo dogmático: uma recensão a Leiko Lesch, Der Verbrechensbegriff – Grundlinien Einer Funktionalen Revision, Ed. Carl Heymanns, Köln-München, 1999. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 11, n. 02, pp. 323-339, abr./jun. 2001.

_____. Problemas do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 06, fasc. 02, pp. 209-232, abr./jun. 1996.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia:* o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1984.

_____. *Direito Penal – Parte Geral:* Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2011.

_____. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito. *Revista de Legislação e de Jurisprudência,* Coimbra, ano 145, n. 3998, pp. 250-266, maio/jun. 2016.

_____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas. In. SIMÕES, Jorge (Coord.). *Droga:* situação e novas estratégias. Lisboa: INCM, 1998, pp. 95-113.

DINIZ, Fernando. Deputado da “cura gay” volta a liderar bancada evangélica. *Notícias Terra,* Política, Brasília, 24 fev. 2015. Disponível em: <https://noticias.terra.com.br/brasil/politica/deputado-da-cura-gay-volta-a-liderar-bancada-evangelica,221305228bdbb410VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>. Acesso em: 11 out. 2016.

DURIGUETTO, Maria Lúcia. A questão dos intelectuais em Gramsci. *Revista Serviço Social e Sociedade,* São Paulo, n. 118, pp. 265-293, abr./jun. 2014.

DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa:* o sistema totémico na Austrália. Trad. Miguel Serras Pereira. Oeiras: Celta, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Império do Direito.* 2ª ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípio.* Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ECO, Umberto. *O Cemitério de Praga.* Trad. Jorge Vaz de Carvalho. Lisboa: Gradiva, 2011.

_____. *O Pêndulo de Foucault.* 2ª ed. Trad. Ivo Barroso. Rio de Janeiro: Record, 1989.

EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito.* Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, Direito e Política. *Revista Novos Estudos-CEBRAP*, São Paulo, n. 62, pp. 107-121, mar. 2002.

ELIADE, MIRCEA. *O Sagrado e o Profano.* Trad. Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *Tratado de História das Religiões.* Trad. Fernando Tomaz e Natália Nunes. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ELIAS, Maria Ligia Ganacim Granado Rodrigues. *Liberdade como não interferência, liberdade como não dominação, liberdade construtivista:* uma leitura do debate contemporâneo sobre a liberdade. 149 pp. Tese (Doutoramento em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ERSKINE, Noel Leo. *From Garvey to Marley:* Rastafari theology. Gainesville: University Press of Florida, 2007.

ESCOHOTADO, Antonio. *Historia General de las Drogas.* Madrid: Alianza, 1998.

ESPINOSA, Ángeles. Preso jovem na Arábia Saudita que conversava por vídeo com uma garota da Califórnia. *El País Internacional*, Dubai, 29 set. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/09/29/internacional/1475162843_065431.html>. Acesso em: 01 out. 2016.

ESTARQUE, Thays. Pesquisador brasileiro é condenado a seis anos e meio de prisão na Rússia. *Globo.com*, G1 Pernambuco, Recife, 13 maio 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/pesquisador-brasileiro-e-condenado-a-seis-anos-e-meio-de-prisao-na-russia.ghtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=share-bar-smart&utm_campaign=share-bar>. Acesso em: 25 maio 2017.

FACUNDES, Jair Araújo. Constituição e pluralismo: a proteção do uso ritual da *ayahuasca* (Daime) pela liberdade religiosa. In. PARDO, David Wilson de Abreu (Coord.). *Casos*

constitucionais em destaque: princípios fundamentais. Série Monografias do CEJ. Vol. 16. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013, pp. 179-278.

_____. *Pluralismo, Direito e ayahuasca*: autodeterminação e legitimação do poder no mundo desencantado. 150 pp. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica.* São Paulo: Edusp, 1988.

FARIA, Maria Paula Ribeiro de. *A adequação social da conduta no Direito Penal:* ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

_____. O costume e o direito penal no século XXI. In. BELEZA, Teresa Pizarro et al (Orgs.). *Multiculturalismo e Direito Penal.* Coimbra: Almedina, 2014, pp. 115-141.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão:* teoria do garantismo penal. 4ª ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Pedro Eugênio M.; MARTINI, Rodrigo K. Cocaína: lendas, história e abuso. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, Rio de Janeiro, vol. 23, n. 02, pp. 96-99, 2001.

FERRY, Luc. *O homem Deus ou O sentido da vida.* Trad. Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Difel, 2007.

FIORE, Maurício. O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 92, pp. 09-21, mar. 2012.

FONSECA, Rubem. Bola ou búrica? In. FONSECA, Rubem. *Histórias Curtas.* Porto: Sextante, 2016, pp. 75-77.

FORTE, Francisco Alexandre de Paiva. Racionalidade e legitimidade da política de repressão ao tráfico de drogas: uma provocação necessária. *Revista Estudos Avançados,* São Paulo, 21, n. 61, pp. 193-208, 2007.

FREUD, Sigmund. O Mal-Estar na Civilização. In. FREUD, Sigmund. *O Futuro de uma Ilusão, O Mal-Estar na Civilização e outros trabalhos (1927-1931).* Coleção Obras Completas de Sigmund Freud, vol. XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1980, pp. 40-90.

FYSCHINGER, José Francisco de. As drogas e a lei brasileira. In. IVERSEN, Leslie. *Drogas.* Trad. Flávia Souto Maior. Porto Alegre: L&PM, 2012, pp. 109-112.

GAARDER, Jostein et al. *O livro das religiões.* Trad. Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

GARCÍA, Leontxo. Razões para proibir o xadrez. *El País Internacional*, Atualidade, Análise, sem local, 25 jan. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/01/25/actualidad/1453676766_883246.html?rel=mas>. Acesso em: 10 out. 2016.

GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos "novos" direitos fundamentais e as demandas transnacionais. *Revista do Direito UNISC*, Santa Cruz, nº 33, pp. 103-129, jan./jun. 2010.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SABINO, Bruno Duarte. *Ayahuasca*: entre o legal e o cultural. *Saúde, Ética e Justiça*, São Paulo, nº 14 (2), pp. 44-53, 2009.

GAUJAC, Alain. *Estudo sobre o psicoativo N,N-dimetiltriptamina (DMT)* em *Mimosa tenuiflora* (Willd.) Poiret e em bebidas consumidas em contexto religioso. 183 pp. Tese (Doutoramento em Química) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas.* Reimp. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

_____. Anti anti-relativismo. In. GEERTZ, Clifford. *Nova luz sobre a antropologia.* Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, pp. 47-67.

GEISLER, Norman. *Enciclopédia de Apologética:* respostas aos críticos da fé cristã. Trad. Lailah de Noronha. São Paulo: Editora Vida, 2002.

GENTIL, Lucia Regina Brocanelo; GENTIL, Henrique Salles. O uso de psicoativos em um contexto religioso: a União do Vegetal. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 559-570.

GHERSI, Enrique. El caráter competitivo de las fuentes del Derecho. *Artículos Ghersi,* Lima, 30 ago. 2011. Disponível em: <http://articulos.ghersi.com/2011/08/el-caracter-competitivo-de-las-fuentes-del-derecho/>. Acesso em: 25 out. 2016.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, vol. 18, n. 83, pp. 185-236, mar./abr. 2010.

GIANFRATTI, Bruno. *Avaliação farmacológica do possível efeito anti-álcool da ayahuasca em camundongos.* 78 pp. Dissertação (Mestrado em Psicobiologia) – Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 2009.

GOULART, Sandra Lucia. Contrastes e continuidade em uma tradição religiosa amazônica: os casos do Santo Daime, da Barquinha e UDV. In. LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder.* Campinas: Mercado de Letras, 2005, pp. 355-396.

_____. Estigmas de grupos *ayahuasqueiros*. In. LABATE, Beatriz Caiuby et al (Orgs.). *Drogas e cultura:* novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008, pp. 251-287

_____ et al. Introdução. In. LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder.* Campinas: Mercado de Letras, 2005, pp. 29-55.

_____. O contexto de surgimento do Santo Daime: formação da comunidade e do calendário ritual. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 277-301.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere:* introdução ao estudo da filosofia e a filosofia de Benedetto Groce. Vol. 01. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do debate. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 12, n. 49, pp. 89-147, jul./ago. 2004.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 18, n. 82, pp. 165-185, 2010.

GREENAWALT, Kent. The Cultural Defense: reflections in light of the model penal code and the Religious Freedom Restoration Act. In. KYMLICKA, Will et al (Eds.). *Criminal Law and Cultural Diversity.* Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 153-176.

GREY, Thomas. Freestanding legal pragmatism. *Cardozo Law Review*, New York, vol. 18, nº 01, pp. 21-42, set. 1996.

_____. What good is legal pragmatism. In. BRINT, Michael; WEAVER, William (Eds.). *Pragmatism in law and society.* San Francisco: Westview Press, 1991, pp. 09-27.

GROISMAN, Alberto. Trajetos, Fronteiras e Reparações. *Revista Antropologia em primeira mão,* Florianópolis, n. 73, pp. 04-26, 2004.

GRUZINSKI, Serge. *A colonização do imaginário:* sociedades indígenas e ocidentalização no México espanhol, séculos XVI-XVIII. Trad. Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

GÜNTHER, Klaus. Da liberdade à segurança: os fundamentos normativos do Direito Penal em mudança. Trad. Wagner Marteleto. *Revista Anatomia do Crime*, Lisboa, n. 04, pp. 09-21, jul./dez. 2016.

GUTMANN, Amy. Introdução. In. TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo:* examinando a política de reconhecimento. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, pp. 21-43.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio.* Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

_____. *Consciência Moral e Agir Comunicativo.* Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *La inclusión del otro:* estudios de teoría política. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós Ibérica, 1999.

_____. *Teoria de la acción comunicativa:* complementos e estudios previos. Trad. M. Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 1982.

HARNER, Michael J. Common Themes in South American Indian Yagé Experiences. In. HARNER, Michael J. (Ed.). *Hallucinogens and shamanism.* New York: Oxford Press, 1973, pp. 155-175.

HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito.* 6ª ed. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HARTNEY, Michael. Introduction: The Final Form of The Pure Theory of Law. In. KELSEN, Hans. *General Theory of Norms.* Trad. Michael Hartney. Oxford: Oxford University Press, 1991, pp. IX-LIII.

HASSEMER, Winfried. Descriminalização dos crimes de drogas. In. HASSEMER, Winfried. *Direito Penal:* fundamentos, estrutura, política. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, pp. 315-336.

HENMAN, Anthony Richard. A coca como planta mestra: reforma e nova ética. In. LABATE, Beatriz Caiuby et al (Orgs.). *Drogas e cultura:* novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008, pp. 369-380.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do Direito:* o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

HOEKEMA, André J. Does the Dutch Judiciary Pluralize Domestic Law? In. GRILLO, Ralph et al (Eds.). *Legal Practice and Cultural Diversity.* Farnham: Ashgate, 2009, pp. 177-198.

HÖFFE, Otfried. *Derecho Intercultural.* Trad. Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In. CIVITA, Victor (Ed.). *Os Pensadores - Textos Escolhidos.* Vol. XLVIII. Trad. José Lino Grünnewald et al. São Paulo: Abril, 1983, pp. 123-170.

HUXLEY, Aldous. *Admirável Mundo Novo.* 5ª ed. Trad. Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1979.

_____. *As Portas da Percepção e Céu e Inferno.* Trad. Osvaldo de Araújo Sousa. Rio de Janeiro: Globo, 2005.

IRVIN, Jan; RUTAJIT, Andrew. *Astrotheology and Shamanism:* Cristianity's pagan roots. 2ª ed. Crestline: Gnostic Media, 2009.

IVERSEN, Leslie. *Drogas.* Trad. Flávia Souto Maior. Porto Alegre: L&PM, 2012.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General:* fundamentos y teoria de la imputación. Trad. Joaquim Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General.* Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

JIANG, Hongen et al. Ancient *Cannabis* Burial Shroud in a Central Eurasian Cemetery. *Economic Botany*, New York, [Article on-line], 20 set. 2016. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007/s12231-016-9351-1>. Acesso em: 18 out. 2016.

JOÃO PAULO II, Papa. *Carta Encíclica Fides et Ratio*: sobre as relações entre fé e razão. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 1998. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-

paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091998_fides-et-ratio.html>. Acesso em: 24 abr. 2017.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito.* 5ª ed. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

KELLY, Kim. Body suspension: why would anyone hang from hooks for fun? *The Guardian*, Health and wellbeing, Londres, 10 nov. 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2013/nov/10/body-suspension-hang-from-hooks-fun>. Acesso em: 05 mar. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas.* Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986.

_____. *Teoria Pura do Direito.* 2ª ed. (1960). Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*: una teoria liberal de los derechos de las minorias. Trad. Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós Ibérica, 1996.

_____ et al (Eds.). *Criminal Law and Cultural Diversity*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

_____ (Ed.). *The Rights of Minority Cultures.* Reprinted. Oxford: Oxford University Press, 2009.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas.* 5ª ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LABATE, Beatriz Caiuby. A literatura brasileira sobre as religiões *ayahuasqueiras*. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 231-273.

_____. *A reinvenção do uso da ayahuasca nos centros urbanos.* Campinas: Mercado de Letras/FAPESP, 2004.

_____. *Consumo da ayahuasca por grávidas.* Site Oficial de Beatriz Labate, News, 26 abr. 2007. Disponível em: <http://www.bialabate.net/news/consumo-da-*ayahuasca*-por-gravidas>. Acesso em: 26 abr. 2017.

_____; COUTINHO, Tiago. "O meu avô deu a *ayahuasca* para o mestre Irineu": reflexões sobre a entrada dos índios no circuito urbano de consumo da *ayahuasca* no Brasil. *Revista de Antropologia,* São Paulo, vol. 57, n. 02, pp. 215-250, 2014.

_____. Dimensões legais, éticas e políticas da expansão do consumo da *ayahuasca*. In. LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder*. Campinas: Mercado de Letras, 2005, pp. 397-457.

_____ et al. *Religiões ayahuasqueiras:* um balanço bibliográfico. Campinas, Mercado de Letras/FAPESP, 2008.

_____; FEENEY, Kevin. O processo de regulamentação da *ayahuasca* no Brasil e na esfera internacional: desafios e implicações. Trad. Sílvia Pimenta Velloso Rocha. *Revista Periferia-UERJ,* Rio de Janeiro, vol. III, n. 2, 29 pp, 2011. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/view/4054/2828>. Acesso em: 16 ago. 2016.

_____; JUNGABERLE, Henrik (Eds.). *The Internationalization of ayahuasca.* Berlim: LIT, 2011.

_____; MACRAE, Edward (Eds.). *Ayahuasca, Ritual and Religion in Brazil.* London: Equinox, 2010.

LAFER, Celso. *Norberto Bobbio:* trajetória e obra. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LAMEGO, José. A função epistemológica e a função sistêmica da norma fundamental. In. LAMEGO, José. *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana:* de Kant ao Neo-Kantismo. Vol. I. Lisboa: AAFDL, 2014, pp. 161-176.

_____. O método transcendental na filosofia do Direito: a polémica entre Kelsen e Sander. In. LAMEGO, José. *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana:* de Kant ao Neo-Kantismo. Vol. I. Lisboa: AAFDL, 2014, pp. 129-139

_____. O que é a Teoria Pura do Direito? In. LAMEGO, José. *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana:* de Kant ao Neo-Kantismo. Vol. I. Lisboa: AAFDL, 2014, pp. 99-112.

LAPLANTINE, François. *Aprender Antropologia.* Trad. Marie-Agnès Chauvel. São Paulo: Brasiliense, 2003.

LEARY, Timothy. *The Politics of Ecstasy.* Reprinted. Berkeley: Ronin, 1998.

_____; METZNER, Ralph; ALPERT, Richard. *The Psyschedelic Experience*: a manual based on the Tibetan book of the dead. New York: Citadel Press, 1995.

_____. *Your brain is God.* Reprinted. Berkeley: Ronin, 2001.

LEVI, Primo. *É isto um homem?* Trad. Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Mito e Significado.* Trad. António Marques Bessa. Lisboa: Edições 70, 1978.

LIMA, Edilene Coffaci de; LABATE, Beatriz Caiuby. A expansão urbana do kampo (Phyllomedusa bicolor): notas etnográficas. In. LABATE, Beatriz Caiuby et al (Orgs.). *Drogas e cultura:* novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008, pp. 315-344.

LIMA, Patrícia Paula. A música como mediadora de saberes dentro e fora do ritual religioso. *Revista do Fórum Internacional de Estudos em Música e Dança*, Aveiro, vol. 02, n. 02, pp. 240-249, 2013.

_____. *Canções de fogo*: a apreensão de saberes através da performance da escuta no contexto da União do Vegetal. 333 pp. Tese (Doutoramento em Música) – Universidade de Aveiro, Portugal, 2016.

LOPES, Manuela Baptista. A liberdade religiosa em Portugal, a(s) Constituição (ões) e o Tribunal Constitucional. In. AMARAL, Maria Lúcia (Org.). *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos.* Vol. I. Coimbra: Almedina, 2016, 61 pp., Disponível em: <http://www.clr.mj.pt/sections/artigos/artigo-a-

liberdade/downloadFile/attachedFile_f0/A_Liberdade_religiosa_as_Constituicao_oes_e_o_Tribunal_Constitucional.pdf?nocache=1479383571.45>. Acesso em: 25 abr. 2017.

LOPES, Reinando José. *ayahuasca* estimula proliferação de neurônios, afirma estudo. *Folha de São Paulo,* Ciência, São Paulo, 28 dez. 2016. Disponível em: <http://m.folha.uol.com.br/ciencia/2016/12/1845060-*ayahuasca*-estimula-proliferacao-de-neuronios-afirma-estudo.shtml?cmpid=newsfolha>. Acesso em: 28 dez. 2016.

LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. La sociedad multicultural: problemas jurídicos y políticos. In. AÑÓN, Maria José et al (Coords.). *Derecho y Sociedad.* Valência: Tirant lo Blanch, 1998, pp. 19-48.

LUNA, Luis Eduardo. Narrativa da Alteridade: a *ayahuasca* e o motivo de transformação em animal. In. LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder.* Campinas: Mercado de Letras, 2005, pp. 333-354.

LUZ, Pedro. O uso ameríndio do caapi. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed., 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 37-68.

LYNCH, Fernando M. La prohibición de las drogas: un caso de colonialidad del poder. *Kula-Antropólogos del Atlántico Sur,* Buenos Aires, n. 06, pp. 48-63, abr. 2012.

MACHADO, João Baptista. O sistema científico e a teoria de Kelsen. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,* Lisboa, vol. XXVI, pp. 11-45, 1985.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa em uma comunidade constitucional inclusiva.* Coimbra: Coimbra, 1996.

MACRAE, Edward. *Guiado pela Lua:* xamanismo e uso ritual da *ayahuasca* no culto do Santo Daime. São Paulo: Brasiliense, 1992.

_____; SIMÕES, Júlio Assis. *Rodas de Fumo:* o uso da maconha entre camadas médias urbanas. Salvador: Edufba, 2000.

_____. Um pleito pela tolerância entre as diferentes linhas *ayahuasqueiras*. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed. 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 493-506.

MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados:* ideologías y modelos penales. Trad.Víctor Manuel Macías Caro. Madrid: Marcial Pons, 2012.

MANN, Thomas. *Mário e o Mágico.* Trad. Ana Maria Carvalho. Lisboa: Dom Quixote, 2014.

MARCON, Victor Trevilin Benatti; SANTOS, Rafael Fernando dos. Maus tratos e sacrifício religioso de animais: inconstitucionalidade e violação do princípio à proteção do meio ambiente. In. STANCIOLI, Brunello Souza et al. *Biodireito e direito dos animais.* [Recurso eletrônico on-line], Florianópolis, CONPEDI, pp. 160-185, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/xxfq3q05/IUbd6a0Pg2582GWg.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2016.

MARINHO, Alexandre; FAÇANHA, Luís Otávio. *Programas Sociais:* efetividade, eficiência e eficácia como dimensões operacionais da avaliação. Rio de Janeiro: IPEA, 2001.

MARONNA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 20, edição especial, pp. 04-06, out. 2012.

MARTINS, Humberto. Liberdade religiosa e estado democrático de direito. In. MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coords.). *Direito à liberdade religiosa:* desafios e perspectivas para o Século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 96-111.

MCKENNA, Dennis J. *ayahuasca*: uma história etnofarmacológica. In. METZNER, Ralph (Org.). *ayahuasca*: alucinógenos, consciência e o espírito da natureza. Trad. Márcia Frazão. Rio de Janeiro: Gryphus, 2002, pp. 172-194.

MEIRELES, Maurício. Publicação de livro maldito de Adolf Hitler foi proibida por sete décadas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 06 fev. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/02/1737227-publicacao-de-livro-maldito-de-adolf-hitler-foi-proibida-por-sete-decadas.shtml>. Acesso em: 26 nov. 2016.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica.* Florianópolis: OAB Editora, 2000.

MENDES, Paulo de Sousa. Em defesa do particularismo moral e do pluralismo liberal – em especial no domínio do Direito Penal. In. BELEZA, Teresa Pizarro et al (Orgs.). *Multiculturalismo e Direito Penal.* Coimbra: Almedina, 2014, pp. 143-152.

MENEGUETTI, Dionatas Ulises de Oliveira; MENEGUETTI, Naila Fernanda S. P. Benefícios à saúde ocasionados pela ingestão da *ayahuasca*: contexto social e ação neuropsicológica, fisioimunológica, microbiológica e parasitária. *Cadernos Brasileiros de Saúde Mental*, Florianópolis, vol. 06, nº 13, pp. 104-121, 2014.

METZNER, Ralph (Org.). *ayahuasca*: alucinógenos, consciência e o espírito da natureza. Trad. Márcia Frazão. Rio de Janeiro: Gryphus, 2002.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEZA, Alfredo. Exército assume o controle da distribuição de alimentos na Venezuela. *El País Internacional*, Caracas, 12 set. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/09/10/internacional/1473535994_197244.html>. Acesso em: 12 set. 2016.

MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 02, n. 10, 11175-11211, 2013.

MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. *Gaudium Sciendi,* Lisboa, n. 04, pp. 20-48, jul. 2013.

_____. *Manual de Direito Constitucional:* direitos fundamentais, Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

MOLINARO, Carlos Alberto et al (Orgs.). A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MONTE, Mário Ferreira. *Multiculturalismo e tutela penal:* uma proposta de justiça restaurativa. In. BELEZA, Teresa Pizarro et al (Orgs.). *Multiculturalismo e Direito Penal.* Coimbra: Almedina, 2014, pp. 97-113.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no estado constitucional democrático brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, nº 18, pp. 225-242, jul./dez. 2011.

MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo.* 4ª ed. Trad. Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2011.

_____. *O Método 6:* ética. 4ª ed. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MOTTA, Júlia Maria Casulari et al. Narrativa, na vida adulta, da vivência de orientação religiosa na infância e na adolescência. *Revista Brasília Médica*, Brasília, vol. 48, nº 04, 07 pp., 2012.

MOTTA, Roberto. A Jurema do Recife: religião indo-afro-brasileira em contexto urbano. In. LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder.* Campinas: Mercado de Letras, 2005, pp. 279-299.

MOURA, Cristina Patriota de. Multiculturalismo e capacidade imaginativa no domínio da religião. *Caminhos,* Goiânia, vol. 05, n. 01, pp. 41-52, jan./jun. 2007.

MOURA, Ivanilde G. de. Resenha do livro "*Hoasca*: ciência, sociedade e meio ambiente", de Joaze Bernardino-Costa, 2011. *Revista Sociedade e Estado,* Brasília, vol. 27, nº 01, pp. 199-205, jan./abr. 2012.

MOURÃO, Carla. Enkrateia Toxicon: o "combate às drogas" e a regulação dos prazeres. *Estudos e Pesquisas em Psicologia* – UERJ, Rio de Janeiro, ano 02, n. 01, pp. 89-102, 1º sem. 2002.

MUCZNIK, Esther. *Auschwitz:* um dia de cada vez. Lisboa: A esfera dos livros, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo:* Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo. 4ª ed., rev. y ampl. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

_____; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal – Parte General*. 2ª ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

NETO, Luísa. *Novos direitos ou novo(s) objecto(s) para o Direito?* Porto: Universidade do Porto Editorial, 2010.

NEVES, António Castanheira. Método Jurídico. In. NEVES, António Castanheira. *Digesta:* escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 02. Reimp. Coimbra: Coimbra, 2010, pp. 283-336

_____. *Metodologia Jurídica:* problemas fundamentais. Reimp. Coimbra: Coimbra, 2013.

_____. *O actual problema metodológico da intepretação jurídica - I.* Reimp. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. O Direito como alternativa humana: notas de reflexão sobre o problema actual do Direito. In. NEVES, António Castanheira. *Digesta:* escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 01. Reimp. Coimbra: Coimbra, 2010, pp. 287-310

_____. *Questão de fato - Questão de Direito ou o problema metodológico da juridicidade:* ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967.

_____. Temas de metodologia jurídica. In. NEVES, António Castanheira. *Digesta:* escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 03. Reimp. Coimbra: Coimbra, 2010, pp. 381-495.

NEVES, António Luís Barata de Brito Carvalho. *A circuncisão religiosa como tipo de problema jurídico-penal.* Coimbra: Almedina, 2014.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce Homo:* como se chega a ser o que se é. Trad. Artur Mourão. [Livro eletrônico on-line], Covilha: LusoSofia, 2008. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/nietzsche_friedrich_ecce_homo.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2016.

NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal:* una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Astrea, 1980.

NJAMBI, Wairimu Ngaruiya. Dualisms and female bodies in representations of African female circumcision: a feminist critique. *Feminist Theory,* s./l., vol. 05, nº 03, pp. 281-303, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.* 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático.* Coimbra: Coimbra, 2012.

_____. *Direitos Fundamentais:* trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia.* Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

NUOTIO, Kimmo. Between denial and recognition: criminal law and cultural diversity. In. KYMLICKA, Will et al (Eds.). *Criminal Law and Cultural Diversity.* Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 67-88.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Conteúdo do Direito e normatividade justificada na Teoria Pura do Direito: uma crítica às teses de Joseph Raz. In. OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Orgs.). *Hans Kelsen:* teoria jurídica e política. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 105-128.

OLIVEIRA, Lívea Pires Martins de. *Crianças que bailam na floresta:* avaliação psicológica das crianças participantes da doutrina do Santo Daime residentes na Vila Céu do Mapiá, Amazonas. 168 pp. Tese (Doutoramento em Psicologia Social) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

OLIVEIRA, Thaís Tomé Seni; CALDANA, Regina Helena Lima. Educar é punir? Concepções e práticas educativas de pais agressores. *Estudos e Pesquisas em Psicologia,* Rio de Janeiro, ano 09, n. 03, pp. 679-694, 2º sem. 2009.

OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. Bogotá: Temis, 1998.

_____. Las drogas y sus discursos. In. MAIER, Julio B. J.; BINDER, Alberto M. (Comps.). *El Derecho Penal Hoy:* Homenagem al Prof. David Baigún. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1995, pp. 455-475.

OTT, Jonathan. *Pharmacotheon:* entheogenic drugs, their plant sources and history. 2ª ed. Kennewick: Natural Products, 1996.

PALMA, Maria Fernanda. *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos* – Vol. II. Lisboa: AAFDL, 1990.

_____. Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: a absorção do "direito penal de justiça" pelo direito penal secundário? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, separata-suplemento, pp.273-288, 2004.

_____. *Direito Constitucional Penal.* Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Direito Penal:* Conceito material de crime, princípios e fundamentos – Princípio da legalidade: interpretação da lei penal e aplicação da lei penal no tempo. Lisboa: AAFDL, 2016.

_____. *Direito Penal – Parte Geral:* a teoria geral da infracção como teoria da decisão penal. Lisboa: AAFDL, 2013.

_____. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

PAREKH, Bhikhu. Cultural Defense and the Criminal Law. In. KYMLICKA, Will et al (Eds.). *Criminal Law and Cultural Diversity*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 104-118.

PEREIRA, Rui Carlos. Justificação do facto e erro em direito penal. In. PALMA, Maria Fernanda et al (Coords.). *Casos e Materiais de Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 139-157.

PETTIT, Philip. Liberdade como antipoder. Trad. Gustavo Althoff e Luiz Henrique Queriquelli. *Política e Sociedade*, Florianópolis, vol. 09, n. 16, pp. 11-50, abr. 2010.

PHILIPPS, Dave. FDA agrees to new trials for ectasy as relief for PTSD patients. *The New York Times*, U.S., New York, 29 nov. 2016. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2016/11/29/us/ptsd-mdma-ecstasy.html?_r=1>. Acesso em: 01 dez. 2016.

PHILIPPS, Von Lothar. Teoria das Normas. In. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2ª ed. Trad. Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 353-365.

PINEZI, Ana Keila Mosca. Infanticídio indígena, relativismo cultural e direito humanos: elementos para reflexão. *Revista Aurora*, São Paulo, n. 08, pp. 33-43, maio 2010.

PINTO, Ana Estela de Sousa. Licença para Matar: drogas, sangue e aplausos nas noites violentas das Filipinas, uma das economias que mais crescem no mundo. *Folha de São Paulo*, Guerra às drogas, São Paulo, 12 dez. 2016. Disponível em: <http://temas.folha.uol.com.br/licenca-para-matar/guerra-as-drogas/noite-apos-noite-37-novos-mortos-aparecem-nas-cidades-filipinas.shtml?cmpid=newstvfolha>. Acesso em: 19 dez. 2016.

PIRES, A.P.S; OLIVEIRA, C.D.R; YONAMINE, M. *Ayahuasca*: uma revisão dos aspectos farmacológicos e toxicológicos. *Revista de Ciências Farmacêuticas Básica e Aplicada*, Araraquara, vol. 31, nº 01, pp. 15-23, 2010.

POIARES, Carlos Alberto. As drogas ilícitas: consumo, incriminação e desculpabilização. *Revista Toxicodependências*, Lisboa, ano 04, nº 03, pp. 57-66, 1998.

POLLI, José Renato. *Habermas:* agir comunicativo e ética do discurso. Jundiaí: Editora In House, 2013.

POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos:* o fascínio de Platão. Vol. 01. Trad. Milton Amado. São Paulo: Editora da USP, 1974.

POSNER, Richard A. What has pragmatism to offer law? *Southern California Law Review*, Berkeley, n. 63, pp. 1653-1670, 1990.

PRESTON, Caroline. Don't Lock'Em Up. Give'Em a Chance to Quit Drugs. *The New York Times*, Opinion, New York, 25 out. 2016. Disponível em: <http://mobile.nytimes.com/2016/10/25/opinion/dont-lock-em-up-give-em-a-chance-to-quit-drugs.html?smprod=nytcore-iphone&smid=nytcore-iphone-share&_r=0&referer=>. Acesso em: 27 out. 2016.

QUINTAS, Jorge. *Regulação Legal do Consumo de Drogas:* impactos da experiência portuguesa da descriminalização. Porto: Fronteira do Caos, 2011.

RAGUSO, Fabrizia. *O desafio do multiculturalismo:* entre a identidade e o reconhecimento – uma leitura a partir de Charles Taylor. 333 pp. Tese (Doutoramento em Ética) – Universidade do Minho, Braga, 2005.

RAMALHO, Renan. Após vetar vaquejada, Supremo vai julgar sacrifício religioso de animais. *Globo.com*, Política, Brasília, 06 nov. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/apos-vetar-vaquejada-supremo-vai-julgar-sacrificio-religioso-de-animais.html>. Acesso em: 29 nov. 2016.

RATZINGER, Joseph. *Fé, verdade, tolerância:* o cristianismo e as grandes religiões do mundo. Trad. Sivar Hoeppner Ferreira. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência "Raimundo Lúlio" (Ramon Llull), 2013.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça.* Trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAZ, Joseph. Multiculturalism: a liberal perspective. In. RAZ. Joseph. *Ethics in the public domain*: essays in the morality of law and politics. Rev. ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 170-192.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Teoria do direito e do estado.* 5ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

REGINATO, Andréa Depieri de Albuquerque. Regulamentação de uso de substância psicoativa para uso religioso: o caso da *ayahuasca*. *Revista Tomo*, São Cristóvão, nº 17, pp. 57-78, jul./dez. 2010.

RENTELN, Alison Dundes. *The Cultural Defense.* New York: Oxford University Press, 2004.

_____. The use and abuse of cultural defense. In. FOBLETS, Marie-Claire; RENTELN, Alison Dundes (Eds.). *Multicultural Jurisprudence*: comparative perspectives on the cultural defense. Oxford: Hart Publishing, 2009, pp. 61-82.

_____. What do we have to fear from the cultural defense? In. KYMLICKA, Will et al (Eds.). *Criminal Law and Cultural Diversity.* Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 177-204.

RESTANI, Diogo Alexandre. *Lei Antidrogas*: norma penal em branco – utilidade. Site DireitoNet. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5686/Lei-Antidrogas-norma-penal-em-branco-utilidade>. Acesso em: 26 ago. 2016.

RIAL, Carmen. The “Devil’s Egg: football players as new missionaries of the diaspora of the Brazilian religious. In. ROCHA, Cristina; VÁSQUEZ, Manuel A. (Eds.). *The Diaspora of Brazilian Religious.* Leiden: Brill, 2013, pp. 91-115.

RICOEUR, Paul. *A ideologia e a utopia.* Trad. Sílvio Rosa Filho e Thiago Martins. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

_____. *Percurso do Reconhecimento.* Trad. Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

ROCHA, Cristina; VÁSQUEZ, Manuel A. (Eds.). *The Diaspora of Brazilian Religious.* Leiden: Brill, 2013.

RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e a abolição das penas. In. PASSETI, Edson (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, pp. 131-151.

_____. Tráfico, Guerra, Proibição. In. LABATE, Beatriz Caiuby et al (Orgs.). *Drogas e cultura:* novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008, pp. 91-104.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico.* Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade*: escritos filosóficos 1. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relumé Dumará, 1997.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça.* Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.* Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Derecho Penal – Parte General:* Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997.

_____. És la protección de bienes jurídicos una finalidade del Derecho Penal? In. HEFENDEHL, Roland (Coord.). *La Teoría del bien jurídico*: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Trad. Rafael Alcácer et al. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 443-458.

_____. *Estudos de Direito Penal.* Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Iniciación al derecho penal de hoy.* Trad. Francisco Muñoz Conde e Diego-Manuel Luzón Peña. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla, 1981.

RUEFF, Maria do Céu. Racionalização de bens em saúde: perspectiva jurídico-constitucional. *Revista Anatomia do Crime*, Lisboa, nº 02, pp. 113-128, jul./dez. 2015.

SAEED, Abdullah. *Introdução ao pensamento islâmico.* Trad. Marcelo Félix. Lisboa: Edições 70, 2010.

SAMORINI, Giorgio. Buiti: religião enteogênica africana. In. LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder.* Campinas: Mercado de Letras, 2005, pp. 301-329.

SANCHES JUNIOR, Antonio Roberto. Revogação das Normas Jurídicas. *Augusto Guzzo Revista Acadêmica*, São Paulo, n. 14, pp. 241-259, 2014.

SÁNCHEZ, Constanza; BOUSO, José Carlos. *Ayahuasca*: de la Amazonía a la aldea global. *Informe sobre Políticas de Drogas-ICEERS*, Barcelona, nº 43, 24 pp., dez. 2015.

SANO, Hironobu; MONTENEGRO FILHO, Mário Jorge França. As técnicas de avaliação da eficiência, eficácia e efetividade na gestão pública e sua relevância para o desenvolvimento social e das ações públicas. *Revista Desenvolvimento em Questão,* Ijuí, ano 11, n. 22, pp. 35-61, jan./abr. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente:* contra o desperdício da experiência. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, vol. 23, n. 01, pp. 07-34, jan./jun. 2001.

_____. *Para uma revolução democrática da Justiça.* Coimbra: Almedina, 2014.

_____. Por que é tão difícil construir uma teoria crítica? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, nº 54, pp. 197-215, jun. 1999.

_____. *Toward a new legal common sense:* law, globalization and emancipation. 2ª ed. Cambridge: Butterworths LexisNexis, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *Direito Penal:* parte geral. 2ª ed. rev. e ampl. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2007.

_____. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. In. COUTINHO, Aldacy et al (Orgs.). *Liber Amicorum:* homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra, 2009, pp. 541-555.

_____. O discurso criminológico. In. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Orgs.). *Direito Penal como crítica da pena:* estudos em homenagem a Juarez Tavarez por seu 70º aniversário em 02 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Castanheira Neves e Jürgen Habermas: os valores e o discurso como propostas para a recuperação do sentido do direito. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro,* Lisboa, ano 03, n. 01, pp. 579-635, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12. nº 47, pp. 60-122, mar./abr. 2004.

SATRE, Jean-Paul. *A Náusea.* Trad. Rita Braga. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

SCHULTES, Richard Evans; HOFMANN, Albert. *Plantas de los Dioses:* orígenes del uso de los alucinógenos. Trad. Alberto Biano. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Trad. Beatriz Hennig et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SEIBEL, Sergio Dario; TOSCANO JR., Alfredo. Conceitos básicos e classificação geral das substâncias psicoativas. In: SEIBEL, Sergio Dario; TOSCANO JR., Alfredo (Orgs.). *Dependência de Drogas*. São Paulo: Atheneu, 2001, pp. 01-06.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça.* 3ª reimp. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SHACHAR, Ayelet. *Multicultural Jurisdictions:* cultural differences and women's rights. Cambridge: Cambriedge University Press, 2001.

SILVA, Georges da; HOMENKO, Rita. *Budismo*: psicologia do autoconhecimento. São Paulo: Pensamento, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Teoria da Justiça de John Rawls. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, pp. 193-212, abr./jun. 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo.* Barcelona: JMB, 1992.

_____. *Perspectivas sobre la política criminal moderna.* Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

SILVEIRA, Evelyn Doering Xavier da. *Avaliação neuropsicológica de adolescentes que consomem chá de ayahuasca em contexto ritual religioso.* 115 pp. Dissertação (Mestrado em Neuropsicologia) – Departamento de Psiquiatria, Universidade Federal de São Paulo, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do multiculturalismo e suas implicações no direito penal: o caso brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, vol. 925, pp. 205-229, nov. 2012.

SINGER, Peter. *Ética Prática.* 3ª ed. Trad. Álvaro Augusto Fernandes. Lisboa: Gradiva, 2012.

SOARES, Luís. Deputado-Pastor que odeia negros e gays no comando dos Direitos Humanos? *Pragmatismo Político,* Coluna Contra o Preconceito, s.l., 01 mar. 2013. Disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/03/deputado-pastor-que-odeia-negros-e-gays-no-comando-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 11 out. 2016.

SOARES, Luiz Eduardo. *O rigor da indisciplina:* ensaios de antropologia interpretativa. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

SOARES, Pedro et al. A discriminação religiosa na perspectiva das confissões minoritárias. In. *Prêmio Liberdade Religiosa 2010.* Lisboa: Comissão da Liberdade Religiosa, 2011, pp. 07-57.

SPAAK, Torben. Kelsen and Hart on the Normativity of Law. In. WAHLGREN, Peter; ZAMBONI, Mauro (Eds.). *Perspectives on Jurisprudence:* essays in honor of Jes Bjarup. Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2005, pp. 397-414.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal:* parte general, I – El Hecho Punible. Trad. Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.

SULLIVAN, Michael. *Legal Pragmatism:* community, rights and democracy. Bloomington: Indiana University Press, 2007.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TAVARES NETO, José Querino; PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. O combate ao narcotráfico na ordem jurídica mundial e a carência de políticas públicas. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 14, n. 26, pp. 199-213, jan.-jun. 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV,* São Paulo, n. 15, pp. 37-58, jan./jun. 2012.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético.* Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989.

TÓFOLI, Luís Fernando. *Ayahuasca, Segurança e Pesquisa Biomédica*. In. SIMPÓSIO INTERNACIONAL SOBRE O USO DE PLANTAS MEDICINAIS EM PSIQUIATRIA (Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas). 2º, nov. 2013, São Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WqxFVmnGXgM&feature=youtu.be>. Acesso em: 24 mar. 2017.

TOKATLIAN, Juan Gabriel. *Globalización, narcotráfico y violencia*: siete ensayos sobre Colombia. Buenos Aires: Norma, 2000.

VAIHINGER, Hans. *The Philosophy of "As If".* Translated by C. K. Ogden. Reprinted. Abingdon: Routledge, 2000.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Consumo de Drogas:* reflexões sobre o quadro legal. 4ª ed. rev. aum. e act. Coimbra: Almedina, 2014.

VAN BROECK, Jeroen. Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences). *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, s./l., vol. 9, nº 01, pp. 01-32, 2001.

VARELLA, Alexandre Camera. Os vícios de "comer coca" e da "borracheira" no mundo andino do cronista indígena Guaman Poma In. LABATE, Beatriz Caiuby et al (Orgs.). *Drogas e cultura:* novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008, pp. 345-368.

VARGAS, Eduardo Viana. Fármacos e outros objetos sócio-técnicos: notas para uma genealogia das drogas. In. LABATE, Beatriz Caiuby et al (Orgs.). *Drogas e cultura:* novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008, pp. 41-64.

VELHO, Gilberto; FIORE, Maurício. O consumo de psicoativos como campo de pesquisa e de intervenção política: entrevista concedida por Gilberto Velho a Maurício Fiore. In. LABATE, Beatriz Caiuby et al (Orgs.). *Drogas e cultura:* novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2008, pp. 123-139.

_____. *Nobres e Anjos:* um estudo de tóxicos e hierarquia. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

VIANNA, Rafael Ferreira. A evolução da teoria das normas em Kelsen: incompatibilidade da nomodinâmica e da nomoestática. *Augusto Guzzo Revista Acadêmica*, São Paulo, vol. 01, nº 18, pp. 21-32, jul./dez. 2016.

_____. *A questão penal do uso religioso da ayahuasca e o multiculturalismo.* 57 pp. Relatório (Fase Escolar do Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

_____. Contribuição da filosofia e da psicologia para a (não) justificação penal diante de dilemas morais. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano XV, n. 60, pp. 177-211, jan./mar. 2016.

_____. *Diálogos sobre Segurança Pública:* o fim do estado civilizado. Curitiba: Íthala, 2011.

_____. Entender para prevenir: as três grandes áreas da segurança pública. In. VIANNA, Rafael Ferreira. *Sobre Crime, Processo, Pena e Desculpa:* ensaios reunidos. Curitiba: Blanche, 2013, pp. 185-204.

_____. O paradoxo da liberdade. In. VIANNA, Rafael Ferreira. *A Melhor Maneira de Viver:* inquietações da razão humana. Curitiba: Chain, 2012, pp. 39-41.

_____. Para não morrer de câncer. In. VIANNA, Rafael Ferreira. *A Melhor Maneira de Viver:* inquietações da razão humana. Curitiba: Chain, 2012, pp. 75-78.

_____. *Reflexões sobre Segurança Pública:* nada mais do que tudo isso. São Paulo: Plano B Editorial, 2014.

_____. *Uso religioso da ayahuasca:* comentário crítico da decisão do Tribunal de Haarlem/Holanda. 12 pp. Comentário crítico de jurisprudência (Fase Escolar do Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014. Disponível em: <http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/05/viana_*ayahuasca*_decisao_tribunal_holanda_2014.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2016.

WALDRON, Jeremy. One Law for all? The logic of cultural accommodation. *Washington and Lee Law Review*, Lexington, vol. 59, nº 03, 34 pp., 2002. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol59/iss1/2/>. Acesso em: 02 maio 2017.

WALLERSTEIN, Immanuel. *Análisis de Sistemas-Mundo:* una introducción. Trad. Carlos Daniel Schroeder. Cidade do México: Siglo XXI, 2005.

WALZER, Michael. *Esferas da Justiça:* uma defesa do pluralismo e da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *On Toleration.* New Haven: Yale University Press, 1997.

WASSON, Robert Gordon. *The Wondrous Mushroom:* mycolatry in Mesoamerica. New York: McGraw-Hill, 1980.

WASSON, Valentina Pavlovna; WASSON, Robert Gordon. *Mushrooms, Russia and History*. New York: Pantheon Books, 1957.

WEBER, Max. *Ciência e Política:* duas vocações. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 14ª ed. São Paulo: Cultrix, 2007.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal:* parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

_____. *El nuevo sistema de derecho penal:* una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. 2ª reimp. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 2004.

WILLIAMS, Raymond. *Marxism and Literature.* Oxford: Oxford University Press, 1977.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico.* 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Pluralismo Jurídico:* fundamentos de uma nova cultura no direito. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Presentación. In. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna.* Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, pp. 07-12.

ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada:* quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. *Hacia un realismo jurídico penal marginal.* Caracas: Monte Avila Latinoamericana, 1993.

_____. *Manual de Derecho Penal:* parte general. 6ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro:* Parte Geral. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes:* um novo foco sobre o crime e a Justiça. Trad. Tônia VanAcker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZILIO, Jacson. O uso de drogas como direito recreativo. *Gazeta do Povo*, Opinião, Curitiba, 25 ago. 2015. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/o-uso-de-drogas-como-direito-recreativo-1gwt7gbiracx1o81fme1pg94r>. Acesso em: 19 out. 2016.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal.* Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1979.

ZUCKERMAN, Phil. *Society without God:* what the least religious nations can tell us about contentment. New York: New York University Press, 2008.

ZULUAGA, Germán. A cultural do yagé, um caminho de índios. In. LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimyr Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca.* 2ª ed., 1ª reimp. Campinas: Mercado de Letras, 2009, pp. 129-145.

- Jurisprudência, Pareceres/Relatórios e Outros Documentos

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo nº 2491/2010. *Site da Câmara dos Deputados*, Projetos de Lei e outras proposições, apresentado em: 15 abr. 2010, arquivado em: 31 jan. 2011, Brasília, 16 pp. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=473887>. Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Ministério Público Federal. Petição Inicial de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187. *Site Scribd*, 76 pp., data da propositura da ação: 21 jul. 2009. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/329136147/Peticao-Inicial-ADPF-187>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____. Relatório Final do Grupo Multidisciplinar de Trabalho sobre Ayahuasca, Brasília, *Diário Oficial da União* (Brasil), de 26 jan. 2010, pp. 58 e ss. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/1574500/pg-58-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-26-01-2010/pdfView>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto apresentado em plenário (sem julgamento definitivo) em Recurso Extraordinário nº 635.659. *Site do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 56 pp., data da leitura do voto: 20 ago. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187/Distrito Federal. *Site do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 198 pp., data do julgamento: 15 jun. 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/texto_227098436.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Decisão em Apelação Cível nº 0000943-37.2012.8.26.0118. *Site do Jus Brasil*, São Paulo, data do julgamento: 05 nov. 2014. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/151198177/apelacao-apl-9433720128260118-sp-0000943-3720128260118/inteiro-teor-151198188>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Maranhão. Decisão em Apelação Cível nº 015547/2013 (0015488-22.2012.8.10.0001). *Site do Jus Brasil*, São Luís, data do julgamento: 11 dez. 2014. Disponível em: <http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158645573/apelacao-apl-155472013-ma-0015488-2220128100001/inteiro-teor-158645575>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão em Decisão Direta de Inconstitucionalidade nº 70010129690. *Site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 39 pp., data do julgamento: 18 abr. 2005. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70010129690&code=2534&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%20TRIBUNAL%20PLENO>. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Decisão em Habeas Corpus nº 0079526-31.2012.4.01.0000. *Site do Jus Brasil*, Brasília, data do julgamento: 26 fev. 2013. Disponível em: <http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23070500/habeas-corpus-hc-79526-am-0079526-3120124010000-trf1>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Decisão em Apelação Criminal nº 2003.51.01.505418-3. *Site do Jus Brasil*, Rio de Janeiro, data do julgamento: 01 jun. 2004. Disponível em: <http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/878663/apelacao-criminal-acr-3937-20035101505418-3>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Decisão em Habeas Corpus nº 2002.02.01.023079-1. *Site do Jus Brasil*. Rio de Janeiro, data de julgamento: 07 out. 2002. Disponível em: <http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/836269/habeas-corpus-hc-2798-20020201023079-1>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão em Apelação em Mandado de Segurança nº 2003.70.00.017703-1/PR. *Portal da Justiça Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, 10 pp., data do julgamento: 16 out. 2007. Disponível em:

<http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1919973&hash=61c70c453db8224df0a7d75c1e6d3f2a>. Acesso em: 18 ago. 2016.

ESPANHA. Audiencia Nacional-Contencioso Administrativo. Sentencia nº 385/2008, en Recurso de Apelación nº 273/2007. *Site do Consejo General del Poder Judicial de España.* Madrid, data do julgamento: 16 jan. 2008. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=190622&links=*ayahuasca*&optimize=20080327&publicinterface=true>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia nº 581. *Site do Consejo General del Poder Judicial de España.* Barcelona, data do julgamento: 04 jun. 2013. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6873396&links=*ayahuasca*&optimize=20131107&publicinterface=true>. Acesso em: 26 ago. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Arguments Transcript of the Court nº 04-1084 (Alberto R. Gonzales *versus* UDV). *Supreme Court of the United States (Official website).* Washington D.C., data do julgamento: 01 nov. 2005. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/04-1084.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

FRANÇA. Cour de Cassation, Chambre Criminelle. Pourvoi nº 12-90071. *Site do Legifrance – Le Service Public de la Diffusion Du Droit*, Paris, data do julgamento: 06 fev. 2013. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027109377&fastReqId=292012660&fastPos=1>. Acesso em: 20 ago. 2016.

HOLANDA. Tribunal de Haarlem. Decisão da Seção de Direito Penal sobre a importação da *ayahuasca* para uso religioso. *Site Rechtbank Haarlem*, Shiphol, data do julgamento: 26 mar. 2009. Disponível em: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9844&keyword=*ayahuasca*>. Acesso em: 25 ago. 2016.

INTERNACIONAL NARCOTICS CONTROL BOARD (INCB). *Annual Report 2010.* Vienna, 02 mar. 2011. Disponível em: <http://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2010/AR_2010_English.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2016.

PORTUGAL. Comissão da Liberdade Religiosa. Lisboa, *Parecer nº 16/2012*, 05 pp., aprovado por unanimidade, em sessão plenária de 21 maio 2012.

_____. Comissão da Liberdade Religiosa. Lisboa, *Parecer nº 18/2013*, 05 pp., aprovado por maioria de votos, em sessão plenária de 09 abr. 2013.

_____. Comissão da Liberdade Religiosa. Lisboa, *Parecer nº 38/2013*, 03 pp., aprovado por unanimidade, em sessão plenária de 10 out. 2013.

_____. Comissão da Liberdade Religiosa. Lisboa, *Parecer nº 64/2007*, 03 pp., aprovado por unanimidade, em sessão plenária de 27 abr. 2007.

_____. *Relatório Anual de Segurança Interna 2015.* Lisboa, Sistema de Segurança Interna – Gabinete do Secretário-Geral, 2015. Disponível em: <http://www.ansr.pt/InstrumentosDeGestao/Documents/Relat%C3%B3rio%20Anual%20de%20Seguran%C3%A7a%20Interna%20(RASI)/RASI%202015.pdf>. Acesso em: 13 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso para Fixação de Jurisprudência nº 08/2008. *Base jurídico-documentais do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça.* Lisboa, data de julgamento: 25 jun. 2008. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ec744d4ae06d530c8025747a00526c07?OpenDocument&Highlight=0,07P1008%20>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Penal do processo nº 45/12.8SWSLB.S1. *Base jurídico-documentais do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça.* Lisboa, data de julgamento: 02 out. 2014. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e9b9542b2deb3d7b80257d93004ea6dd?OpenDocument>. Acesso em: 30 ago. 2016.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 426/1991. *Site do Tribunal Constitucional de Portugal*. Lisboa, data de julgamento: 06 nov. 1991. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910426.html>. Acesso em: 30 ago. 2016.

_____. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão em Recurso Penal do processo nº 120/08.3GCBGC-A.G1.P1. *Base jurídico-documentais do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça*. Porto, data do julgamento: 25 fev. 2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/890e919fcf20bd4d80257e0300579e86?OpenDocument>. Acesso em: 11 nov. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência. *Relatório Europeu sobre Drogas 2016:* tendências e evoluções. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2016. Disponível em: <http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/2637/TDAT16001PTN.pdf>. Acesso em: 13 set. 2016.

_____. Parlamento Europeu. *Resolução sobre um roteiro para a igualdade entre homens e mulheres 2006-2010*. Estrasburgo, 13 mar. 2007. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0063+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em: 22 nov. 2016.

UNITED NATIONS. *Convention on Psychotropic Substances*. Viena, 21 fev. 1971. Disponível em: <http://www.incb.org/documents/Psychotropics/conventions/convention_1971_en.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. *Single Convention on Narcotic Drugs*. New York, 30 mar. 1961. Disponível em: <http://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_en.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. *United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*. Viena, 20 dez. 1988. Disponível em:

<http://www.incb.org/documents/PRECURSORS/1988_CONVENTION/1988Convention_E.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). *World Drug Report 2016.* New York: United Nations, 2016. Disponível em: <http://www.unodc.org/doc/wdr2016/WORLD_DRUG_REPORT_2016_web.pdf>. Acesso em: 13 set. 2016.

- Sites da Internet

A BARQUINHA. Mestre Daniel. *Site oficial do Centro Espírita Obras de Caridade Príncipe Espadarte.* Disponível em: <http://www.abarquinha.org.br/sys/index.php?option=content&task=view&id=31&Itemid=33>. Acesso em: 23 ago. 2016.

BBC NEWS. Stimulant khat banned as illegal class C drug in UK. *BBC World News Official Website*, South East Wales, 24 jun. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/uk-wales-south-east-wales-27991393>. Acesso em 11 out. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Cidadania nos Presídios.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em: 13 set. 2016.

CÉU DO CRUZEIRO DE LUZ. *Blog do Núcleo do Santo Daime Céu do Cruzeiro de Luz:* espiritualidade amazónica em Lisboa. Disponível em: < http://cruzeirodeluz.blogspot.pt/>. Acesso em: 25 ago. 2016.

CM PORTUGAL. PJ apreende “chá sagrado”. *Jornal Correio da Manhã*, Portugal, Lisboa, 04 out. 2011. Disponível em: <http://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/pj-apreende-cha-sagrado>. Acesso em 27 maio 2017.

DEUTSCHE WELLE – DW. Rússia proíbe atividade de Testemunhas de Jeová no país. *Site Oficial DW*-Made for Minds, Notícias/Mundo, Bonn e Berlin, 20 abr. 2017. Disponível em: <http://www.dw.com/pt-br/r%C3%BAssia-pro%C3%ADbe-atividades-de-testemunhas-de-jeov%C3%A1/a-38525709>. Acesso em 30 abr. 2017.

EBC. Irã mantém no código penal a pena de morte por apedrejamento. *Empresa Brasil de Comunicação*, Internacional, s.l., 30 maio 2013. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/internacional/2013/05/irao-mantem-no-codigo-penal-pena-de-morte-por-apedrejamento>. Acesso em 11 out. 2016.

_____. Legalização da maconha muda fluxo do tráfico entre EUA e México. *Empresa Brasil de Comunicação*, Internacional, Cidade do México, 29 nov. 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2016-11/legalizacao-da-maconha-muda-fluxo-do-trafico-entre-eua-e-mexico>. Acesso em 01 dez. 2016.

ESPIRAL. Quem somos. *Site oficial da Associação Cultural Espiral*. Disponível em: <http://www.espiral.pt/quem-somos>. Acesso em: 03 mar. 2017.

GLOBO.COM. Ministério Público investiga igreja por mensagem que sugere morte de gays. *Site Oficial G1-Globo.com*, Rede Bahia, Salvador, 22 jul. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2016/07/mensagem-em-igreja-que-sugere-morte-de-gays-e-investigada-pelo-mp.html>. Acesso em 11 out. 2016.

JOURNAL OF PYSCHOACTIVE DRUGS, Taylor and Francis Online, Vol. 37, issue 02, pp. 119-239, 2005. Disponível em: <http://tandfonline.com/toc/ujpd20/37/2?nav=tocList>. Acesso em: 27 abr. 2017.

JW.ORG. Suprema Corte decide proibir a obra das Testemunha de Jeová na Rússia. *Site oficial da Igreja Testemunhas de Jeová*. Disponível em:

<https://www.jw.org/pt/noticias/casos-juridicos/por-regiao/russia/corte-proibe-testemunhas-de-jeova/>. Acesso em: 30 abr. 2017.

MEIONORTE.COM. Santo Daime: crianças estariam usando bebida alucinógena durante reuniões de seita religiosa. *Site e Blog Oficial do Jornal Bom dia Meio Norte*, Teresina, 01 out. 2015. Disponível em: <http://www.meionorte.com/blogs/bomdiameionorte/santo-daime-criancas-estariam-usando-bebida-alucinogena-durante-reunioes-de-seita-religiosa-317873>. Acesso em: 26 abr. 2017.

NATGEO BRASIL. *Documentário Tabu Brasil – Segredos da ayahuasca*, National Geographic Channel, 44', mar. 2012. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZPKFASyjpOU>. Acesso em: 26 abr. 2017.

PORTA DO SOL. *Site Oficial da Porta do Sol*. Disponível em: <http://www.portadosol.org.br/>. Acesso em: 03 mar. 2017.

PORTUGAL. Comissão da Liberdade Religiosa. *Portal da Liberdade Religiosa*. Disponível em: <http://www.clr.mj.pt/sections/home>. Acesso em: 27 nov. 2016.

SANTO DAIME. O Batismo. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/ritual/2014-01-29-20-09-14/batismo>. Acesso em: 26 abr. 2016.

_____. Fardamento. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/ritual/fardamento>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. Histórico Organizativo. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/institucional/historico-organizativo>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Igreja do Culto Eclético - *ICEFLU. Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/institucional/nossas-instituicoes/iceflu>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. Legalização no Brasil. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/institucional/historico-da-legalizacao/legalizacao-no-brasil>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. Legalização no Exterior. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/institucional/historico-da-legalizacao/legalizacao-no-exterior>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. O Feitio. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/ritual/feitio>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. Origem do Santo Daime. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/religiao-da-floresta/o-santo-daime/origem-do-santo-daime>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. Vila Céu do Mapiá. *Site oficial da Igreja do Santo Daime/ICEFLU*. Disponível em: <http://www.santodaime.org/site/a-comunidade/a-vila-ceu-do-mapia/a-vila>. Acesso em: 22 ago. 2016.

SEVENTH-DAY ADVENTIST CHURCH. Living the Sabbath. *Official Site of Seventh-day Adventist World Church*. Disponível em: <https://www.adventist.org/en/beliefs/living/the-sabbath/>. Acesso em: 18 ago. 2016.

TERRA. Suprema Corte do Canadá permite sexo entre pessoas e animais. *Site de Notícias Terra*, Mundo, s/l., 15 jun. 2016. Disponível em: <https://noticias.terra.com.br/mundo/suprema-corte-do-canada-permite-sexo-entre-pessoas-e-animais,c3f6d3283a5626301e554a198d8fdb7e5yje0ur9.html>. Acesso em: 01 set. 2016.

THE JOURNAL OF LEGAL PLURALISM AND UNOFFICIAL LAW. Aims and Scope. Taylor and Francis Online. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/action/journalInformation?show=aimsScope&journalCode=rjlp20>. Acesso em: 13 nov. 2016.

THE RELIGION OF ISLAM. Como se converter ao Islã e se tornar muçulmano. *Site Islam Religion*, Dubai, 13 jun. 2014. Disponível em:

<https://www.islamreligion.com/pt/articles/204/como-se-converter-ao-isla-e-se-tornar-muculmano/>. Acesso em: 24 abr. 2017.

TVI24. PJ apreendeu 30 litros de substância alucinogénia. *Site TVI 24*, Sociedade, Lisboa, 04 out. 2011. Disponível em: <http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/*ayahuasca*/pj-apreendeu-30-litros-de-substancia-alucinogenia>. Acesso em: 27 maio 2017.

UNIÃO DO VEGETAL – UDV. A origem da UDV. *Site oficial da UDV*. Disponível em: <http://udv.org.br/criacao-da-udv/a-origem-da-udv-2/>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. Conferência*:* UDV apresenta trabalho com crianças e jovens. *Site oficial da UDV*. Disponível em: <http://udv.org.br/blog/conferencia-udv-apresenta-orientacao-com-criancas-e-jovens/>. Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Hoasca na Adolescência. *Site oficial da UDV*. Disponível em: <http://udv.org.br/pesquisas-cientificas/*hoasca*-na-adolescencia/>. Acesso em: 26 abr. 2017

_____. Núcleos e Distribuições. *Site oficial da UDV*. Disponível em: <http://udv.org.br/organizacao/nucleos-e-distribuicoes/>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. Projeto Hoasca. *Site oficial da UDV*. Disponível em: <http://udv.org.br/pesquisas-cientificas/projeto-*hoasca*/>. Acesso em: 26 abr. 2017.

_____. Quem somos. *Site oficial da UDV*. Disponível em: <http://udv.org.br/a-uniao-do-vegetal/>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. Uso legal do chá Hoasca. *Site Oficial da UDV*. Disponível em: <http://udv.org.br/cha-*hoasca*/legalizacao-do-cha-*hoasca*/>. Acesso em 10 nov. 2016.

WORLD BANK GROUP. The Cost of Air Pollution: strengthening the economic case for action. Washington DC: *World Bank*, 2016. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/25013/108141.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 13 set. 2016.