

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO**

JOÃO VITOR SALES DE ARAÚJO SOUTO

**LEI DE DROGAS E LIBERDADE RELIGIOSA: O TRATAMENTO
JURÍDICO-PENAL DA AYAHUASCA NO BRASIL**

BELO HORIZONTE

2020

JOÃO VITOR SALES DE ARAÚJO SOUTO

**LEI DE DROGAS E LIBERDADE RELIGIOSA: O TRATAMENTO
JURÍDICO-PENAL DA AYAHUASCA NO BRASIL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
ao curso de Direito da Universidade Federal
de Minas Gerais como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Júlio César Faria Zini

Belo Horizonte

2020

RESUMO

Em 26 de Janeiro de 2010, foi publicada no Diário Oficial da União uma Resolução do Conselho Nacional de Drogas na qual se estabeleciam princípios deontológicos para o uso religioso da Ayahuasca. A substância produzida mediante a decocção de vegetais contém, em sua composição DMT, cujo uso é proscrito no Brasil. Pretende-se investigar neste trabalho os fundamentos utilizados na decisão e o alcance de proteção da norma, bem como as implicações concretas no âmbito do direito penal. Para tanto, nos primeiros capítulos, serão analisadas a Ayahuasca e o seu surgimento histórico no contexto da proibição no Brasil. Após, uma análise detida da norma far-se-á necessária para compreensão de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. Mediante o exame de algumas das lacunas presentes na decisão de um ponto de vista teórico e prático, abordar-se-á a tensão entre laicidade estatal, liberdade religiosa e proibicionismo. Por fim, tendo por base algumas decisões dos Tribunais Superiores brasileiros e o Projeto de Lei 179/2020, será demonstrada a fragilidade e permanente tensão existente acerca da legitimidade dos usos da substância. Com base na análise das normas e princípios pertinentes, conclui-se, tendo como pano de fundo a teoria do garantismo penal, que a Ayahuasca no Brasil se encontre em estado de legalidade a despeito da finalidade religiosa específica dos usuários.

Palavras-chave: Ayahuasca. Lei de Drogas. Resolução 01/2010 do CONAD. Liberdade Religiosa.

ABSTRACT

In January 26 of 2010, a Resolution of the National Drug Board was published in the Official Diary of the State, in which were established the deontological principles for the religious use of Ayahuasca. The substance produced by the decoction of vegetables contains DMT in its composition, which is prohibited in Brazil. The study aims to investigate the grounds used in the decision and the protection range of the norm, as well as the concrete implications in the scope of the criminal law. Therefore, the first chapters will analyze Ayahuasca and its historical appearance in the context of prohibition in Brazil. Then, a thorough analysis of the norm will be necessary for the comprehension of its insertion in the Brazilian legal order. Upon the exam of some of the gaps existing in the decision, from a theoretical and practical point of view, will approach the tension between state secularism, religious freedom and prohibitionism. Lastly, based on some decisions of the higher courts and the Bill 179/2020, it will be demonstrated the fragility and permanent tension regarding the legitimacy of the uses of the substance. Based on the analysis of the pertinent norms and principles, the work concludes, having as a background the theory of "legal" garantism, that Ayahuasca in Brazil is in a state of legality, despite the specific religious finality of the users.

Keywords: Ayahuasca. Drug Law. National Drugs Board Resolution 01/2010. Religious Freedom.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CONAD	Conselho Nacional de Política sobre Drogas
CONFEN	Conselho Federal de Entorpecentes
DIMED	Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos
DMT	Dimetilriptamina
GMT	Grupo Multidisciplinar de Trabalho
INCB	<i>International Narcotics Control Board</i>
LSD	Dietilamida do ácido lisérgico

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O QUE É A AYAHUASCA?	13
1.1 A Ayahuasca no Brasil	13
1.2 A expansão do uso e o surgimento do controle normativo	15
2 A RESOLUÇÃO 01/2010 DO CONAD, ATIPICIDADE E LIBERDADE RELIGIOSA	18
2.1 A Resolução 01/2010 e o uso legítimo.....	18
2.2 A questão da atipicidade: entre o Conselho Nacional de Drogas, a <i>International Narcotics Control Board</i> e a Suprema Corte dos EUA.....	21
2.3 O uso ilegítimo, a (des)caracterização do uso religioso e as consequências jurídicas.....	26
2.4 Laicidade estatal, liberdade religiosa e o controle do uso religioso de substâncias alucinógenas	29
2.4.1 Os Estados Unidos contra a <i>The Neo-American Church</i>	30
2.4.2 A separação entre direito e moral como parâmetro interpretativo	32
3 AYAHUASCA E OS TRIBUNAIS BRASILEIROS	33
3.1 O breve aceno do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 187 ..	33
3.2 O problema da exportação.....	35
4 O PL 179/2020 E A DISPUTA PELO USO LEGÍTIMO	38
CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

A criminalização das relações mercantis, cujo objeto são substâncias destinadas à alteração de funções corporais, é relativamente recente, embora o uso sempre tenha feito parte da história humana. Religião, medicina e direito foram alguns dos saberes em disputa na sistematização de uma política de proibição que se tornou hegemônica internacionalmente. Antes de se adentrar propriamente no objeto da pesquisa, portanto, é necessária uma breve análise do contexto histórico contingente que transformou o direito penal no regulador principal das substâncias consideradas ilícitas.

Os períodos que antecedem a origem do Estado Moderno fogem do escopo deste trabalho. Foi apenas com o advento do capitalismo mercantil que o café, açúcar, álcool, ópio, tabaco, maconha e cocaína tornaram-se bens de consumo produzidos em grande escala, que não só faziam parte da cultura, como um apêndice que poderia ser facilmente removível, mas constituíram uma base econômica e social inafastável na consolidação da sociabilidade no sistema capitalista. Em síntese, “É somente com o advento do capitalismo que as drogas vão adquirir valor de troca, vão se transformar em mercadorias, organizando-se sua produção e distribuição como atividade econômica, que vai disseminar o consumo e gerar grandes lucros” (KARAM, 1991, p. 33).

Entre o século XVII e XIX, houve esparsas e infrutíferas tentativas de controle da venda e uso de substâncias como o tabaco:

O primeiro proibicionismo moderno foi breve, descentralizado e voltado especialmente para o tabaco, ocorrendo ao longo do século XVII. **O tabaco, no entanto, venceu** e se popularizou como uma das drogas mais difundidas e cujo consumo se tornou no Ocidente, juntamente com o café, um emblema da sociabilidade masculina e burguesa (CARNEIRO, 2019, p. 853, grifo nosso)

No entanto, a forma de moderação dos excessos no uso destas substâncias advinha predominantemente de ideais religiosos e filosóficos acerca da temperança e abstinência, não se podendo falar em um controle estatal geral das drogas enquanto política totalizante no mundo até então.

Ainda anteriormente à internacionalização do controle, tem-se a proibição do ópio pela dinastia Qing na China do século XVIII como uma importante precursora do controle sistemático de uma substância psicoativa de uso comum pela sociedade. Tal regulação se deu, dentre inúmeras outras razões, pela associação de valores decadentes à substância, como a sexualidade, a vida noturna e a falta de autocontrole (CARNEIRO, 2019, p. 966). Em decorrência da proibição, houve enorme valorização dos preços pela escassez, bem como foi criado um mercado próprio para a comercialização que se beneficiava do valor agregado pela proibição. Ademais, a medida proibicionista acabou consolidando a importação do ópio de mercados estrangeiros, notadamente o inglês. Este fator foi decisivo para as posteriores Guerras do Ópio (1839-1842 e 1856-1860), que transformaram a China nas décadas seguintes em uma espécie de colônia do imperialismo inglês. Pode-se dizer que a China foi o primeiro país no mundo moderno a experimentar de forma dramática as consequências do proibicionismo.

O mundo ocidental, todavia, ainda não havia iniciado de forma sistemática a perseguição no âmbito criminal de substâncias psicoativas categorizadas como ilícitas. Na realidade, o historiador Andy Letcher (2007, p. 60) afirma que, enquanto vigorava o proibicionismo na China, na Inglaterra “as engrenagens da revolução industrial foram lubrificadas com o ópio”¹. Isso ocorre na medida em que o potente fármaco, um analgésico efetivo contra mal-estares, possibilitava aos trabalhadores aguentar as longas jornadas de trabalho. Ainda, substâncias como o café, o tabaco e, algumas décadas depois, a cocaína, ganhavam cada vez mais espaço, por funcionarem como “estimulantes e excitantes para que aumentassem o desempenho laboral e a capacidade de vigília, na conquista do dia e da noite para a indústria, a guerra e o lazer controlado.” (CARNEIRO, 2019, p. 1203).

A partir do início do século XX, começam a surgir regulações internacionais estabelecendo a distinção entre substâncias ilícitas, lícitas medicinais e lícitas recreativas. A partir de então, o discurso médico se sedimenta enquanto razão oficial do Estado e justificador das razões político-criminais. A Conferência de Xangai de 1909 e o Tratado de Haia de 1912 determinaram a “gradual supressão do abuso do ópio, morfina, cocaína e outras drogas preparadas ou derivadas dessas substâncias

¹ “the cogs of the industrial revolution were oiled with opium” (LETCHER, 2007, p. 60)

que provoquem ou possam provocar abusos semelhantes” mediante a implementação de “efetivas leis para o controle da produção e da distribuição do ópio”. A alteração paradigmática, segundo Carneiro (2019, p. 1288), se deu principalmente em razão do maior exercício de controle econômico e biopolítico na vida cotidiana das pessoas na nova fase do capitalismo.

No Brasil, a legislação anterior a 1914 não permite ao intérprete concluir um projeto político ou um programa específico (BATISTA, 1997, p.89). Tratam-se de legislações esparsas, direcionadas predominantemente ao controle da venda das então denominadas “substâncias venenosas”.

Após a Conferência Internacional do Ópio em 1912, decorrente do cenário político econômico mundial das Guerras do Ópio, suas resoluções foram aprovadas no Brasil, através do Decreto 11.481 de 10.fev.15. A partir da inclusão desta norma no ordenamento jurídico brasileiro, é inaugurado um período de uma política sanitária de drogas que perdurará por meio século.

O modelo sanitário se caracteriza pela consideração do viciado como doente, pela fungibilidade das funções dos agentes sanitários e policiais e, principalmente, pelo "aproveitamento de saberes e técnicas higienistas, para as quais as barreiras alfandegárias são instrumento estratégico no controle de epidemias, na montagem de tal política criminal" (BATISTA, 1997, p.81). Este modelo consiste na adoção do discurso médico enquanto razão de estado do discurso proibicionista. A lógica reducionista é de que as drogas fazem mal à saúde individual - conseqüentemente a coletiva - e, portanto, devem ser proibidas. A expressão máxima do aspecto autoritário do paradigma médico-sanitário é o art. 44 do Decreto 20.930 de 11.jun.32², que converteu a drogadição em doença de notificação compulsória.

Posteriormente à edição do Decreto 4.294 de 6.jul.21, os Decretos 20.930 de 11.jun.32³, Decreto 24.505 de 29.jun.34 e o Decreto-Lei 891 de 25.nov.38⁴ trazem

² Art. 44. A toxicomania ou a intoxicação habitual por substâncias entorpecentes é considerada doença de notificação compulsória, feita com caráter reservado, à autoridade sanitária local.

³ Art. 25. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses atos sem as formalidades prescritas no presente decreto; induzir, ou instigar, por atos ou por palavras, o uso de quaisquer dessas substâncias.

⁴ Artigo 33. Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a

diversos núcleos para o tipo penal de tráfico de substâncias entorpecentes, como o plantio, colheita, cultivo e até mesmo o consumo das substâncias, preconizando a técnica legislativa denominada por Eugenio Raúl Zaffaroni como “multiplicação de verbos” (2009, p. 6), fenômeno que se consolidou nas legislações de drogas no Brasil e na América Latina.

Sucedeu-se o novo código penal de 1940, disciplinando a matéria em seu art. 281⁵, que torna atípica a conduta de consumo de substâncias entorpecentes e funde a posse e o tráfico no mesmo dispositivo legal. Além disso, os núcleos do tipo penal são consideravelmente reduzidos quando comparados à legislação anterior e a legislação atual. O fundamento da não criminalização do usuário residia no cerne do paradigma sanitário: o usuário enquanto um doente que precisa de tratamento e não de punição.

A transição do paradigma sanitário para o modelo bélico ocorre em 1964, em decorrência, principalmente, do golpe militar. Não obstante a significativa mudança, elementos do modelo sanitário permaneceram, como o “estereótipo da dependência” e o tratamento estigmatizado do uso de entorpecentes enquanto uma doença (BATISTA, 1997, p. 85).

Influências dos movimentos de contracultura e de oposição à guerra do Vietnã, o movimento hippie, a ascensão dos regimes ditatoriais militares na América Latina e a guerra fria foram todos elementos cruciais para a implementação de um modelo bélico de persecução do tráfico de drogas e dos usuários. Segundo Salô de Carvalho, o panorama global que suscitou a mudança do tratamento político dos entorpecentes ocorre

A partir da década de sessenta, o consumo de drogas, principalmente drogas psicodélicas, como o LSD e a maconha, alcança amplitude generalizada e o controle torna-se extremamente difícil para as agências de poder dos Estados. Os movimentos contestatórios passam a utilizar as drogas como instrumento de protesto contra o imperialismo, base da política externa norte-americana para a América Latina, contra a síndrome armamentista e, fundamentalmente nos Estados Unidos da América do Norte, contra a Guerra do Vietnã. **O uso de drogas ilícitas passa a ter, neste preciso momento histórico, sentido libertário, adquirindo caráter de manifestação política.**

aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias - penas: um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000\$000 a 5:000\$000.

⁵ Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar

Contrariamente ao que vinha acontecendo nas décadas anteriores, o consumo de drogas sai dos guetos e invade a classe média. O pânico criado por este fato solidificará campanhas de 'Lei e Ordem', que orientarão a produção legislativa norte-americana de combate às drogas e, conseqüentemente, a transnacionalização do controle sobre entorpecentes. A Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961 é reflexo imediato desta realidade. (CARVALHO, 1996, p. 27, grifo nosso)

Em 1968, o Decreto-Lei 385 de 26 de dezembro alterava o art. 281 do CP⁶ e incluía mais verbos no tipo penal do tráfico, havendo a inclusão das matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes e a equiparação da pena entre o usuário e o traficante. Tal alteração – contrária aos parâmetros internacionais – marca o abandono do tratamento anteriormente adotado pela lei penal, qual seja, do usuário como um dependente que necessita de assistência, para tratá-lo como um indistinto criminoso.

Posteriormente, a Lei 5.726 de 29 de outubro de 1971⁷ determinava ser “dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar no combate ao tráfico e ao uso de entorpecentes”. O combate ao uso e à venda de entorpecentes deixa de ter um caráter eminentemente penal e passa a adquirir contornos de uma cruzada moral entre o bem e o mal na sociedade como um todo (CARVALHO, 1996, p. 34). Mediante a imposição do dever jurídico de colaboração – que possibilitaria a caracterização de delito

⁶ Art. 1º O artigo 281 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), modificado pela Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Comércio, posse ou facilitação destinadas à entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país. Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

I - Importa ou exporta, vende ou expõe à venda, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito ou sob sua guarda matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substância que determinem dependência física ou psíquica;

II - Faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica. Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

⁷ Art 1º É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar no combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

omissivo – qualquer opinião divergente ou até mesmo uma não tomada de posição significaria imediatamente a adoção do lado do “mal”.

Cinco anos depois, foi promulgada a Lei 6.368/76, vigente até o ano de 2006. Caracterizou-se, principalmente, pela manutenção do “discurso médico jurídico, com a diferenciação básica entre dependente e traficante e a manutenção dos estereótipos consumidor-doente e traficante delinquente” (CARVALHO, 1996, p. 40).

Em 2006, houve uma significativa mudança paradigmática com a entrada em vigor da Lei 11.343/06. A lei trouxe avanços no que tange a políticas públicas em âmbito nacional sobre drogas, na prevenção e reinserção dos dependentes e no abrandamento do tratamento do usuário, cessando de existir penas privativas de liberdade para esse. Por outro lado, o diploma legal tornou muito mais severas as penas destinadas aos traficantes, manteve critérios eminentemente subjetivos de diferenciação entre uso e tráfico e criou tipos penais, como os artigos 36⁸, 37⁹ e 39¹⁰, bem como causas de aumento de pena do artigo 40¹¹. Por essas razões, a despeito da descaracterização do uso, desde a promulgação da lei 11.343/06 a população

⁸ Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

⁹ Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

¹⁰ Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

¹¹ Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

carcerária no Brasil praticamente dobrou e o crime de tráfico de drogas continua sendo uma das principais razões do encarceramento em massa na sociedade brasileira, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional¹².

A tendência da política criminal brasileira no controle de substâncias entorpecentes foi e permanece sendo – com raras exceções, como a atual flexibilização do uso e cultivo medicinal da maconha –, o agravamento do tratamento do traficante e a acumulação incessante de substâncias nas listas proibitórias, a despeito das variações farmacológicas, químicas, nos usos sociais e no impacto na saúde dos usuários.

Porém, uma substância específica confere à guerra às drogas e ao proibicionismo uma dimensão muito particular no Brasil. A Ayahuasca é um chá com propriedades psicotrópicas que contém DMT, composto proibido no Brasil desde ratificação da Convenção Internacional sobre Substâncias Psicotrópicas de Viena de 1971. Todavia, a bebida produzida mediante a decocção de vegetais amazônicos, tem seu uso religioso permitido, nos termos da Resolução 01/2010 do CONAD, apresentando-se enquanto uma relevante exceção à lógica proibicionista generalizada que merece aprofundado estudo.

Pretende-se neste trabalho investigar os argumentos, consequências e implicações da Resolução supramencionada, bem como as particularidades da liberdade religiosa como fundamentação da decisão e o alcance da proteção normativa.

1 O QUE É A AYAHUASCA?

1.1 A Ayahuasca no Brasil

A palavra Ayahuasca pertence à língua quéchua – família de línguas falada na América do Sul desde antes do império Inca – e significa cipó do espírito ou cipó dos mortos (LABATE; GOULART, 2005, p. 398). É apenas uma das diversas

12

Disponível

em

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZTIkZGJjODQtNmJiMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MwI3liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThiMSJ9>. Acesso em 10 de julho de 2020.

denominações¹³ da bebida produzida mediante a decocção da vinha *Banisteriopsis caapi* (Cipó Jagube/Mariri) e a folha *Psychotria viridis* (Rainha/Chacrona), que contém DMT em sua composição molecular. A DMT normalmente não pode ser sintetizada pelo estômago humano. Aí reside a engenhosidade da substância: a monoaminoxidase, enzima presente no estômago que desativa a serotonina, é inibida pelos alcaloides contidos na *Banisteriopsis caapi*, e permite a síntese da molécula mediante a ingestão oral do líquido, tornando-a particularmente potente (CALLAWAY, 2002, p. 232).

Estima-se que o uso do chá por tribos indígenas data de pelo menos 2.000 anos antes de Cristo (LABATE; ARAÚJO, 2002, p. 633). A bebida, tratada como medicina pelos povos originários, promove estados alterados de consciência e as denominadas “mirações”. Cumpre um relevante papel na cosmogonia de diversos povos, como o de promover o contato com o mundo dos espíritos.

A bebida, no entanto, somente se popularizou entre não-indígenas no Brasil em meados da década de 1930, quando, no Acre, houve o encontro entre seringueiros e os povos originários. Fruto do encontro entre estas práticas com cultos populares cristãos e afro-brasileiros, surgiram as religiões ayahuasqueiras:

A ayahuasca já era utilizada em rituais de cura e como instrumento que permitia o acesso ao mundo espiritual desde os tempos pré-colombianos. Assim, a utilização da ayahuasca situa-se em um contexto muito mais amplo de uso de substâncias psicoativas por povos indígenas. **Embora o consumo da ayahuasca esteja presente em vários países da América do Sul, é no Brasil que grupos não-indígenas utilizam este chá. Já no século XX, estas populações não-indígenas reinterpretem o uso da ayahuasca, agregando elementos do curandeirismo, do catolicismo, bem como do espiritismo kardecista.** No Brasil, a ayahuasca passa a ser utilizada como sacramento em rituais religiosos por diversos grupos. Os três maiores são: Santo Daime, Barquinha e o Centro Espírita Beneficente União do Vegetal (ou simplesmente União do Vegetal). (CAVALCANTE, 2011 p. 55, grifo nosso)

As condições materiais do vilarejo no interior do Acre na década de 1930, onde surgiu o culto do Santo Daime, eram extremamente precárias. A ausência de saneamento básico, alimentação pobre e falta de serviços públicos de saúde acometiam a população local. É neste contexto que a Ayahuasca era ministrada pelo

¹³ Também conhecida entre povos indígenas diversos como Uni, Nixi Pãe, Caapi, Camarampi; e nas religiões urbanas com as denominações Santo Daime, Hoasca, Vegetal, etc.

Mestre Irineu, fundador da Religião, aos seus conterrâneos, principalmente como uma forma de cura física e espiritual:

As doenças levadas ao Mestre Irineu naquela época variavam, podendo ser ferimentos, enfermidades típicas da região, como malária, hepatite, picadas de cobra, problemas de saúde razoavelmente simples até casos bem mais complexos. Também podemos perceber, em diversos relatos, que **o Daime é visto, por um lado, como um remédio em si, mas por outro, como uma espécie de oráculo por meio do qual se tem a 'revelação' do tratamento necessário para um determinado caso.** Os remédios 'revelados' e prescritos podiam ser apenas o próprio Daime, bem como chás, compressas de ervas, até pílulas e comprimidos alopatas. São freqüentes narrações onde o Mestre Irineu descobre o remédio certo para um doente após beber o Daime. Como explicam estes fiéis, ele 'consultava o próprio Daime' para descobrir qual era a doença, se ela tinha cura material e qual deveria ser o seu tratamento. (GOULART, 2008, p. 258, grifo nosso)

O chá, portanto, supria uma demanda da população local pela medicina, na medida em que esse saber era distante em termos de infraestrutura e nas práticas oficiais.

A origem indígena da bebida, a difusão do uso pelas camadas populares mais pobres do Acre, sua associação com charlatanismo, curandeirismo, macumba, feitiçaria e o preconceito racial direcionado especialmente à figura do Mestre Irineu foram alguns dos fatores que contribuíram para a presença de um estigma da Ayahuasca desde o início de seu uso por grupos não-indígenas (GOULART, 2008 p. 260). A perseguição policial e militar já se fazia presente, mas, no início, as acusações localizavam-se predominantemente no âmbito do preconceito religioso.

1.2 A expansão do uso e o surgimento do controle normativo

Em meados de 1970 e 1980, a inserção das práticas religiosas com o uso de Ayahuasca no meio urbano ganharam força. Paralelamente a esse fenômeno, os grupos passam a estar sob o olhar policial e as acusações dirigidas aos grupos ayahuasqueiros mudaram de charlatanismo para uso de drogas. Em 1967, José Gabriel da Costa, líder da União do Vegetal, é detido em meio a uma cerimônia e passa mais de um dia na delegacia local (CAVALCANTE, 2011, p. 60). Apenas em 1973, a Polícia Federal se instala em Rio Branco (GOULART, 2008, p. 263). Para compreensão dessa mudança paradigmática, é necessário situá-la na discussão internacional.

A Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1971, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 79.388 de 14 de março de 1977, compreende o esforço internacional para o controle de substâncias então consideradas ilícitas. Na lista I dessa convenção, encontra-se o DMT. Portanto, o Brasil se compromete no âmbito internacional, dentre outras atividades, “a proibir todo o uso, exceto para fins científicos e para fins médicos muito limitados, por pessoa devidamente autorizada, em estabelecimentos médicos ou científicos que estejam diretamente sob o controle de seus Governos ou hajam sido por eles especificamente aprovados”, nos termos do art. 7, “a”.

A Convenção de Viena de 1971 prevê a possibilidade de que o Estado signatário faça reservas¹⁴ para o uso por pequenos grupos em rituais mágicos ou religiosos de plantas silvestres que contenham substâncias psicotrópicas, desde que seja formulada reserva no momento da assinatura, ratificação ou adesão. O Brasil jamais formulou tal reserva. A este respeito, inclusive, a Lei de drogas 6.368/76¹⁵, que dispunha sobre o tráfico ilícito e o uso de substâncias entorpecentes, mencionava a possibilidade de cultura de plantas entorpecentes para fins médicos e terapêuticos, sem, contudo, haver qualquer exceção para o uso religioso.

Segundo a antropóloga Beatriz Caiuby Labate (2014, p.4), o estopim da disputa normativa pela Ayahuasca ocorreu em 1981, após um homem ter sido apreendido pela posse de maconha pela polícia. O homem era residente da Colônia Cinco Mil, comunidade adepta da religião do Santo Daime no Estado do Acre. Nessa comunidade específica também se fazia uso da maconha (por eles denominada "Santa Maria"), atribuindo à planta, assim como à Ayahuasca, propriedades espirituais e religiosas.

Desse evento decorreram confrontos entre as entidades e usuários e as autoridades públicas que culminaram, em 1985, com a inserção da *Banisteriopsis*

¹⁴ ARTIGO 32 4. 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.

¹⁵ Art. 2º Ficam proibidos em todo o território brasileiro o plantio, a cultura, a colheita e a exploração, por particulares, de todas as plantas das quais possa ser extraída substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º A cultura dessas plantas com fins terapêuticos ou científicos só será permitida mediante prévia autorização das autoridades competentes.

*Caapi*¹⁶ – utilizada na decocção da Ayahuasca – na lista de substâncias psicoativas de uso proscrito no Brasil por meio da Portaria 02/85 da DIMED (órgão competente para edição da lista antes da ANVISA). A religião ayahuasqueira, União do Vegetal, peticionou perante o órgão administrativo requerendo a revisão da norma, alegando, com base no art. 3º, § 1º do Decreto nº 85.110/1980¹⁷, que a DIMED deveria ter consultado o Conselho Federal de Entorpecentes - CONFEN (órgão que detinha algumas das competências do Conselho Nacional de Drogas - CONAD) antes da decisão. No ano seguinte, a norma já havia sido provisoriamente suspensa pela Resolução nº 06/86 do CONFEN e, um ano depois, recomendada a suspensão definitiva pelo grupo de trabalho responsável pelo estudo. Novos pareceres do órgão em 1987 e 1992 reiteraram a suspensão definitiva.

Após inúmeras denúncias para o CONAD, Polícia Federal e Ministério Público, foi instaurada a necessidade da criação de novo grupo de trabalho para averiguar a questão do uso legítimo da Ayahuasca, resgatado inicialmente o debate pela Resolução nº 26 de 31/12/2002. Importante destacar que a vedação à exportação e ao fornecimento da bebida para menores de 18 anos foram posteriormente suprimidas.

A Resolução CONAD nº 5, publicada em 04/11/2004, determinou a criação de um Grupo Multidisciplinar de Trabalho – GMT, cuja finalidade principal era a “elaboração de um documento que traduza a deontologia do uso da ayahuasca, como forma de prevenir o seu uso inadequado”. O relatório final produzido pelo GMT foi aprovado pelo CONAD em 06/12/2006. Em 25/01/2010 o relatório foi incorporado pela Resolução CONAD nº 1, cujo objeto não era precisamente autorizar o uso religioso da Ayahuasca, que há décadas já havia sido permitido, mas sim “prevenir seu uso inadequado”.

A Lei 11.343/06, no caput do art. 2º¹⁸, ao contrário de sua predecessora, previu a possibilidade de autorização legal ou regulamentar de plantas psicotrópicas

¹⁶ Nota-se a incompreensão do órgão estatal acerca da natureza das substâncias: a *Banisteriopsis Caapi* não possui DMT, mas sim a *Psychotria Viridis*, que não foi incluída na lista.

¹⁷ Art. 3º. O Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes compreende: § 1º. Os órgãos mencionados nos incisos II e seguintes ficam sujeitos à orientação normativa e supervisão técnica do Conselho Federal de Entorpecentes no que tange às atividades disciplinadas pelo Sistema, sem prejuízo da subordinação administrativa aos órgãos em cujas estruturas estiverem integrados.

¹⁸ Art. 2º 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,

para uso ritualístico-religioso, conforme a Convenção de 1971. A autorização do uso religioso da Ayahuasca no Brasil se deu por meio do poder regulamentar constitucionalmente previsto do poder executivo para complementar o sentido da lei. O CONAD, no uso de suas atribuições conferidas pela Lei 11.343/06 e pelo Decreto 9.926/2019, tem competência específica para editar resoluções relativas à política nacional de drogas. Portanto, a Resolução CONAD nº 1 é plenamente compatível com o ordenamento jurídico e com a hierarquia normativa constitucional.

2 A RESOLUÇÃO 01/2010 DO CONAD, ATIPICIDADE E LIBERDADE RELIGIOSA

2.1 A Resolução 01/2010 e o uso legítimo

A Resolução CONAD nº 1 de 25/01/2010, o último pronunciamento do Conselho Nacional de Drogas acerca do tema, determinou "que fique registrado em ata, para fins, inclusive de utilização pelos interessados, que não pode haver restrição, direta ou indireta, às práticas religiosas das comunidades, baseada em proibição do uso ritual da Ayahuasca".

Os debates do Grupo Multidisciplinar de Trabalho contaram com antropólogos, bioquímicos, cientista sociais, psiquiatras e membros representantes dos grupos religiosos que fazem uso do chá.

Importante mencionar que a garantia de participação de representantes de religiões diversas nos debates não implicou a ausência de divergências. As religiões ayahuasqueiras possuem vertentes diversas. Por exemplo: algumas repudiam o uso de todas as drogas ilícitas pelos membros da religião, em alguns casos até mesmo de tabaco e álcool. Por outro lado, algumas correntes associam o uso religioso da maconha com a bebida. As manifestas divergências ideológicas entre os grupos religiosos fizeram-se presentes na elaboração da Resolução:

É digno de nota que muitos dos problemas foram levantados pelos próprios grupos ayahuasqueiros, especialmente os que se consideram mais tradicionais. **Apesar de ter havido disputas e concessões de todos os lados durante o processo do GMT da Ayahuasca, alguns desses grupos**

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. Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

foram mais bens sucedidos em inscrever sua moralidade na ‘versão correta’ do uso da ayahuasca em um nível de política nacional. Interessantemente, a situação legal atual tem sido utilizada por grupos num nível de discussão pública e interna como evidência do caráter ‘sagrado’ de seu uso da ayahuasca. Ao mesmo tempo, esses grupos já têm apropriado a dinâmica acusatória da nova resolução que são características desse campo. (LABATE, 2011, p. 302, tradução nossa, grifo nosso)¹⁹

Seria, portanto, equivocado compreender a Resolução como um compêndio de normas e princípios absolutamente consensuais entre as diversas religiões e grupos que fazem uso do chá: na realidade as conclusões do GMT revelam apenas uma dentre as várias posições predominantes acerca de qual o uso “correto” da substância.

A questão jurídica central da Resolução é diferenciar o uso legítimo do chá, o qual seria amparado pela liberdade religiosa constitucionalmente prevista:

"A correta identificação do que é uso religioso, segundo os conceitos e práticas ditadas, a partir das próprias entidades que fazem uso da Ayahuasca, permitirá assegurar a proteção da liberdade de crença prevista na Constituição Federal. Considerando a ocorrência de registros de uso não religioso da Ayahuasca, sua identificação possibilitará prevenir práticas que não se amoldam à proteção constitucional. (...) Deve-se evitar práticas que possam pôr em risco a legitimidade do uso religioso tradicionalmente reconhecido e protegido pelo Estado brasileiro, incluindo-se aí o uso da Ayahuasca associado a substâncias psicoativas ilícitas ou fora do ambiente ritualístico" (CONAD, 2010)

A condição fundamental, portanto, para o uso e fornecimento legítimo da Ayahuasca no Brasil é a inserção no ambiente religioso. Porém, como mencionado na própria resolução, os conceitos e práticas que servirão de norte para a identificação serão definidos pelas próprias entidades que fazem o uso da substância. Em síntese: os que fazem uso da substância determinarão o uso legítimo.

A Resolução em nenhum momento define de forma categórica o que é religião ou como se dá o uso religioso da Ayahuasca. No entanto, fornece alguns apontamentos e pressupostos para o “uso religioso responsável”, como “presença de

¹⁹ "It is noteworthy that a lot of these issues were raised by the ayahuasca groups themselves, especially the ones that consider themselves more traditional. Even though there were disputes and concessions on all sides during the GMT Ayahuasca process, some of these groups were more successful in inscribing their morality on the 'right version' of ayahuasca use into national policy level. Interestingly, the current legal situation has been used by groups in public and internal discussion as evidence of the 'sacred' character of their use of ayahuasca. At the same time, these groups have already appropriated the new resolution accusatory dynamics that are characteristic of this field."

peessoas experientes, capacidade de identificar os vegetais e preparar a bebida e momento de servi-la, discernir quem é apto a tomá-la”. O padrão se repete pela extrema dificuldade na verificação empírica:

41. O uso religioso responsável da Ayahuasca pressupõe a presença de pessoas experientes, que saibam lidar com os diversos aspectos que envolvem essa prática, a saber: capacidade de identificar as espécies vegetais e de preparar a bebida, reconhecer o momento adequado de servi-la, discernir as pessoas a quem não se recomenda o uso, além de todos os aspectos ligados ao uso ritualístico, conforme sua orientação espiritual.

42. Embora se reconheça o ato de fé solitário e isolado, usualmente a prática religiosa se desenvolve coletivamente. É recomendável que os grupos constituam-se em organizações formais, com personalidade jurídica, consolidando a idéia de responsabilidade, identidade e projeção social, que possibilite aos usuários a prática religiosa em ambiente de confiança. (CONAD, 2010)

Além disso, a Resolução também reconhece o ato de fé isolado e afirma que a coletividade da prática religiosa não é uma *condição*, mas tão somente uma *recomendação*. Há o reconhecimento tácito, portanto, de que a criação de critérios externos para legitimação das práticas necessariamente acarretaria numa violação da liberdade religiosa.

O segundo critério estabelecido é o ato de fé em oposição à finalidade comercial, ressalvando, contudo, o custeio e pagamento de despesas que envolvem a produção da bebida. Assim, a venda da substância com a finalidade estritamente lucrativa se opõe à norma, exceto quando o lucro obtido visa ao custeio das despesas da cadeia produtiva.

Outros aspectos abordados pela Resolução são a utilização terapêutica – cujo reconhecimento da legitimidade está condicionado à “conclusão de pesquisas que a comprovem” –, a busca pela autossustentabilidade na extração dos vegetais, o repúdio ao turismo mercantil (que não se confunde com a propagação da fé), o procedimento para recepção de novos adeptos e a autorização para o uso de menores e grávidas.

Dentre os princípios deontológicos aprovados, destaca-se dois pontos relevantes: 1) o amparo ao uso religioso também contempla todo o processo de produção, armazenamento, distribuição e consumo da Ayahuasca, 2) A constituição das religiões em organizações jurídicas e a manutenção de fichas cadastrais dos usuários são, de forma explícita, tratadas como recomendações, desprovidas de caráter coercitivo.

O princípio deontológico que afirma fazerem parte do uso religioso a produção, armazenamento e distribuição da bebida é de extrema importância, na medida que afasta o elemento normativo do tipo previsto no art. 33, I²⁰ da Lei de Drogas. Dessa forma, a Resolução não considera uso como apenas a ingestão do chá, mas inclui também nesse conceito toda a sequência causal de atos que culminam no consumo da bebida.

Verifica-se, portanto, a impossibilidade da consumação do delito de tráfico de drogas pelo cometimento de condutas relativos aos vegetais destinados à liturgia ayahuasqueira. Isso se dá porque Resolução estende a proteção aos “atos preparatórios” da cerimônia religiosa.

2.2 A questão da atipicidade: entre o Conselho Nacional de Drogas, a *International Narcotics Control Board* e a Suprema Corte dos EUA

O alcance proibitivo da norma penal não pode ser constatado mediante uma simples operação lógico formal de dedução dos elementos que compõem o tipo. Deve haver uma análise do universo de normas – incluídos os princípios – que constituem o paradigma relativo àquele fato. É dizer, para averiguar a existência do crime de tráfico de drogas, não basta a simples análise da subsunção do fato ao tipo penal. Faz-se necessária a articulação dessa norma com princípios constitucionais, com outros ramos do direito público, com as normas editadas pelo poder executivo e até mesmo outras áreas de conhecimento para que seja possível determinar a tipicidade da conduta para além de seu aspecto formal. É exatamente esse o caso para o uso religioso de substâncias psicotrópicas: ainda que formalmente típica, a liberdade religiosa garante uma proteção constitucional a determinadas condutas que as tornam

²⁰ 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; (grifo nosso)

materialmente atípicas. Todavia, a forma pela qual se deu no ordenamento jurídico brasileiro a regulação da Ayahuasca pode revelar outras dimensões dessa questão.

No Brasil, não há uma definição pelo poder legislativo de quais substâncias são consideradas drogas. A Lei 11.343/06 determina que “consideram-se como drogas as substâncias ou produtos capazes de causar dependência”. Assim, embora a proibição do uso e tráfico de drogas se dê por esta lei, as “substâncias ou produtos capazes de causar dependência” são delimitados na Portaria 344/98 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Trata-se, então, de uma norma penal em branco heterogênea, na medida em que o complemento da lei penal advém de uma norma editada pelo poder executivo.

Foge do escopo deste trabalho, a discussão acerca da (in) constitucionalidade da norma penal em branco heterogênea²¹, ou seja, de uma lei penal que exige complementação por normas hierarquicamente inferiores decorrentes do poder regulamentar executivo (portarias, regulamentos, decretos). O fato é que, ao se tomar como pressuposto a validade e eficácia do modelo de controle das substâncias entorpecentes adotado no Brasil, é de crucial importância a análise minuciosa da portaria da ANVISA que determina quais são as substâncias proibidas. Além da análise do conteúdo da portaria, também é necessária a interpretação dos efeitos e contextos mediante os quais ocorrem a inserção e retirada dessas substâncias da lista proibitória, bem como quais são as relações entre os componentes entorpecentes.

Como dito, no final da década de 1985, a *Banisteriopsis caapi* foi incluída no rol de substâncias proibidas. No ano seguinte o vegetal foi removido da norma complementar à norma penal em branco incriminadora heterogênea editada pelo poder executivo. A DMT, princípio ativo responsável pelos efeitos alucinógenos do chá, jamais foi excluída de qualquer lista proibitória.

Diante do peculiar fato, poder-se-ia inferir duas conclusões: 1) Considerando a técnica utilizada pelo poder executivo para determinar quais substâncias são proibidas, não basta que o princípio ativo de uma substância esteja na lista de substâncias de uso proscrito, mas todos os seus componentes devem figurar no rol;

²¹ Sobre a tensão entre a lei penal em branco e o princípio da legalidade, conferir ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. v. 2. Rio de Janeiro, Revan, 2010.

2) A autorização do uso da Ayahuasca se deu formalmente com a retirada da *Banisteriopsis caapi*, utilizada na preparação do chá, do rol de substâncias proibidas.

Dessa forma, depreende-se uma adesão ao modelo de controle da Ayahuasca conforme delineado pela INCB, que foi inclusive expressamente considerado na Resolução CONAD nº 1²². Ao ser questionado pelo inspetor do Ministério da Saúde Pública da Holanda acerca da posição jurídica da Ayahuasca nas convenções internacionais, o secretário do comitê Herbert Schaepe teria afirmado:

Nenhuma planta (materiais naturais) contendo DMT é atualmente controlada nos termos da Convenção de Substâncias Psicotrópicas de 1971. Consequentemente, preparações (p. ex., decoções) feitas dessas plantas, incluindo ayahuasca, não estão sob controle internacional, portanto, não estão sujeitas a nenhum dos artigos da Convenção de 1971. (fax enviado por Herbert Schaepe em 17 de Janeiro de 2001)²³. (LABATE, 2014, p.4, tradução nossa).

Encontra respaldo jurídico e fático o argumento para justificativa da impropriedade material do objeto – que, cumpre destacar, é análoga à situação jurídica da *psilocibina*, princípio ativo dos “cogumelos mágicos”²⁴. Em síntese: embora haja proibição do DMT, não há uma vedação específica da *Banisteriopsis caapi* e *Psychotria Viridis*, vegetais utilizados na decoção da Ayahuasca.

Instada a pronunciar-se sobre o tema em 2006, a Suprema Corte dos Estados Unidos divergiu expressamente²⁵ do fundamento da *International Board Control of*

²² “Considerando a decisão do INCB (International Narcotics Control Board), da Organização das Nações Unidas, relativa à Ayahuasca, que afirma não ser esta bebida nem as espécies vegetais que a compõem objeto de controle internacional;” (CONAD, 2010)

²³ No plants (natural materials) containing DMT are at present controlled under the 1971 Convention on Psychotropic Substances. Consequently, preparations (e.g., decoctions) made of these plants, including ayahuasca, are not under international control and, therefore, not subject to any of the articles of the 1971 Convention.

²⁴ Segundo Júlio Delmanto, doutor em História social e pesquisador do proibicionismo no Brasil: “No fim, o que aconteceu no caso dos cogumelos é que a psilocibina é uma substância proibida, mas a planta (sic) não. No caso da maconha, a planta é proibida inteira, o caule, as folhas, e também as substâncias. O cogumelo é uma substância que está em um limbo, é uma ambiguidade jurídica. (...) Nunca ouvi falar de operações policiais contra cogumelos, nem que alguém que venda tenha tido problema.” Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2019/07/08/A-legaliza%C3%A7%C3%A3o-de-cogumelos-nos-EUA.-E-seu-status-no-Brasil#:~:text=Qual%20%C3%A9%20o%20status%20jur%C3%ADdico%20de%20cogumelos%20alucin%C3%B3genos%20no%20Brasil%3F&text=No%20fim%2C%20o%20que%20aconteceu,folhas%2C%20e%20tamb%C3%A9m%20as%20subst%C3%A2ncias>. Acesso em 15 de julho de 2020.

²⁵ 3. O Estado argumenta pouco persuasivamente que tem um interesse inafastável em cumprir a Convenção das Nações Unidas de 1971. **Enquanto este Tribunal não concorda com a Corte Distrital que a Convenção não abarca a ayahuasca**, isso não significa automaticamente que o Governo demonstrou um interesse inafastável em aplicar o Ato de Controle de Substâncias, que implementa a Convenção, ao uso sacramental da União do Vegetal. (US Supreme Court, 2006, grifo nosso, tradução nossa). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/546/418/>. Acesso em 02 out. 2020.

Narcotics, mas autorizou, por unanimidade, o uso religioso da Ayahuasca no país com base em um único fundamento: a liberdade religiosa.

Evidentemente, o principal fundamento utilizado pelo CONAD para determinar a legitimidade do uso religioso da Ayahuasca no Brasil também é a liberdade religiosa. Porém, além da explícita alusão ao argumento de que as decocções das plantas não estão sujeitas ao controle internacional, a técnica empregada pelo poder executivo foi a remoção dos vegetais utilizados no feitio do chá da lista de substâncias proibidas. Assim, embora o fundamento principal tenha sido a liberdade religiosa amparada pela constituição, a forma mediante a qual ocorreu a liberação revelaria também a atipicidade material. Sustenta-se, portanto, nesse trabalho, que a solução brasileira é mista: o uso, fornecimento, produção, armazenamento e distribuição da Ayahuasca, além de amparados pelo art. 5, VI, da Constituição Federal²⁶, configurariam crime impossível, pela impropriedade absoluta do objeto material – a decocção em si ou os vegetais utilizados em seu feitio. Ou seja, a substância não é proibida pela norma complementar que especifica o art. 1, parágrafo único²⁷, da Lei 11.343/06.

As consequências jurídicas da hipótese defendida implicam o reconhecimento de que, embora haja uma Resolução que determina o uso legítimo da Ayahuasca, em decorrência da ausência de proibição das plantas e vegetais que a compõem, a substância encontra-se em situação de legalidade, a despeito do uso que se faça. A deontologia do uso estabelecida pela Resolução 01/2010 do CONAD, portanto, como indica o próprio termo, seriam princípios de natureza ética, não dotados de coercibilidade no âmbito jurídico.

Sobre a questão há controvérsia por duas razões. Primeiramente, pois a decocção das plantas contém o princípio ativo de uso proscrito, preenchendo,

²⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

²⁷ Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

portanto, o elemento do tipo objetivo²⁸. Em segundo lugar, devido ao fato de que a Lei de Drogas também tipifica condutas relacionadas à matéria-prima destinada à produção de drogas, independentemente de não possuírem, por si só, o princípio ativo.

Contudo, o aprofundamento na interpretação do anexo 1 da portaria 344 da Anvisa corrobora a hipótese sustentada. A lista-E prevê as “plantas proscritas que podem originar substâncias entorpecentes ou psicotrópicas”, onde se encontram “1. Cannabis sativa L.” e “5. Lophophora Williamsii” (Peyote). A lista-F2, denominada “substâncias psicotrópicas”, contém, dentre outras, “81. DMT”, “113. Mescalina”, “131. Psilocibina” e “139. Tetrahydrocannabinol”. Sabendo-se que a mescalina é o princípio ativo do Peyote e o THC da maconha, pode-se perceber que, com relação a essas duas substâncias, houve a dupla proibição: do princípio ativo e da planta/vegetal que o veicula. Por outro lado, no que tange ao DMT e à psilocibina, há proibição do princípio ativo, sem haver proibição das plantas utilizadas na decocção da Ayahuasca ou fungos da família psilocibe. No caso dos cogumelos alucinógenos, a razão pode ser a existência de centenas de espécies distintas e muitas não catalogadas contendo a psilocibina. No caso da Ayahuasca, a mesma razão não subsiste.

Outro argumento favorável à hipótese advém de jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região em 2003²⁹, ou seja, no período entre a exclusão da *Banisteriopsis caapi* da lista do DIMED e a elaboração da Resolução 01/2010 do CONAD. Trata-se de Habeas Corpus para trancamento da ação penal de pacientes que estavam sendo investigados por terem tentado levar Ayahuasca para o exterior.

²⁸ “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, 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.” (VIANNA, 2019, p. 92)

²⁹ PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – LEI 6.368/76, ARTIGOS 12 C/C 18, INCISO I- CHÁ DE “SANTO DAIME” INQUÉRITO POLICIAL – TRANCAMENTO – AUSÊNCIA DE TIPICIDADE.

I – Tendo o Conselho Federal de Entorpecente mantida a exclusão da lista de substâncias tóxicas a ayahuasca, conhecida por Chá de Santo Daime, como também os dois vegetais de que deriva, fica evidente a falta de tipicidade do fato objeto da investigação policial.

II- Ordem concedida. Inquérito policial trancado.

TRF2. Habeas Corpus: HC 0023079-45.2002.4.02.0000. Relator: Desembargador Ney Fonseca. DJ: 27/02/2003

O desembargador corretamente entendeu ausente a tipicidade da conduta, sustentando

Inobstante o chá de “Santo Daime” **ter em sua composição o DMT**, substância proscrita, o **COFEN reiterou recomendação para que o aludido chá e os vegetais de que deriva permaneçam excluídos da lista de substâncias tóxicas** a que se refere o art. 36 da Lei nº 6.368. Assim, evidentemente **não se pode considerar típica a conduta dos pacientes**. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Habeas Corpus 0023079-45.2002.4.02.0000. Rel. Des. Ney Fonseca. DJ: 27/02/2003)

Dessa forma, embora os pacientes estivessem transportando substância que contém DMT, houve o trancamento da ação penal devido à exclusão do chá e dos vegetais da lista de substâncias tóxicas por reconhecimento da atipicidade. A liberdade religiosa foi irrelevante para a fundamentação da decisão.

Partindo, portanto, do pressuposto da constitucionalidade da norma complementar à norma penal em branco que determina as substâncias de uso proscrito no Brasil, poder-se-ia argumentar não ser razoável exigir que o órgão competente previsse todo e qualquer vegetal, substrato ou combinação deles que possa conter o princípio ativo, sob pena de tornar as disposições inócuas. Porém, a ausência de previsão explícita de certas plantas ou fungos que possam conter substâncias de uso restrito³⁰ – enquanto há para outras –, a forma de controle realizada pelo poder executivo, a explícita menção ao argumento do INCB acerca da ausência de controle internacional das plantas e decocções e a jurisprudência do Tribunal Regional Federal supracitada evidenciam que, no plano fático, as condutas envolvendo as plantas utilizadas na decocção da ayahuasca e o próprio chá são também atípicas pela impropriedade material do objeto.

2.3 O uso ilegítimo, a (des)caracterização do uso religioso e as consequências jurídicas

³⁰ Cumpre salientar que, no caso da venda de esporos, sementes ou plantas que não contenham, por si só, o princípio ativo, a atipicidade decorre do mesmo fundamento empregado no voto do ministro Celso de Mello no HC 143.890/SP, em que a posse e a importação “não se qualificam como fatores revestidos de tipicidade penal, essencialmente porque, não contendo as sementes o princípio ativo do tetrahydrocannabinol (THC), não se revelam aptas a produzir dependência física e/ou psíquica, o que as torna inócuas, não constituindo, por isso mesmo, elementos caracterizadores de matéria-prima para a produção de drogas.” STF. HABEAS CORPUS: HC 143890 SP. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe: 14/05/2019. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143.890SP.pdf>. Acesso em 03 set. 2020.

O limite entre o uso legítimo e ilegítimo da Ayahuasca conforme a Resolução 01/2010 do CONAD é a religiosidade, “segundo os conceitos e práticas ditadas, a partir das próprias entidades” que fazem uso da substância. Não há, contudo, uma definição rígida de quais são os aludidos conceitos e práticas que definem esse uso, mas tão somente apontamentos, como: a contradição entre a venda comercial para fins meramente lucrativos e a fé; a busca de uma identidade religiosa; presença de pessoas experientes e, normalmente, a coletividade da prática. Portanto, há uma zona de indeterminação entre o uso legítimo e ilegítimo, cuja observância deve ser verificada na prática dos usuários e das entidades, porquanto a norma não fornece uma distinção rígida, estreita e definitiva entre estes usos.

A Resolução não estabelece as consequências jurídicas para a inobservância dos preceitos estipulados, ou seja, ao “uso ilegítimo” da Ayahuasca. No final da norma, nas proposições³¹ “quanto à efetividade dos princípios deontológicos” há apenas a sugestão de que o CONAD “estude a possibilidade de fixar mecanismos de controle para o uso descontextualizado”.

O conceito de deontologia se repete diversas vezes no decorrer da Resolução 01/2010 do CONAD. O termo, cuja origem remonta ao estudo da ética na tradição filosófica ocidental, é tratado pela norma como “deon, do grego: ‘o que é preciso fazer’ + logos, também do grego: ‘estudo’”. Assim, os “princípios deontológicos” e a “deontologia do uso” consistem no estudo de quais são as obrigações dos usuários para o respeito aos preceitos estabelecidos e a prevenção do uso inadequado. Há, de forma explícita, um apelo à observância de valores sugeridos em oposição a regras jurídicas impositivas, o que fornece fortes indicativos a respeito da inexigibilidade da norma.

Diante da ausência de menção às consequências jurídicas do uso ilegítimo, existe uma margem de indeterminação absolutamente inaceitável no âmbito do direito penal. A princípio, duas interpretações seriam possíveis: 1) o fato de a norma apenas sugerir a criação de mecanismos de controle indica um caráter de recomendação da Resolução, de modo que o uso inadequado não teria consequências jurídico-penais;

³¹ 3. QUANTO À EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DEONTOLÓGICOS:

a) Sugere-se ao CONAD que estude a possibilidade de fixar mecanismos de controle quanto ao uso descontextualizado e não ritualístico da Ayahuasca, tendo como paradigma os princípios deontológicos ora fixados, com efetiva participação de representantes das entidades religiosas. (CONAD, 2010)

ou, numa interpretação mais rígida, 2) o desvio dos princípios deontológicos acarretará na imediata aplicação das sanções previstas na Lei de Drogas:

Eu entrevistei vários especialistas acerca da interpretação da nova resolução; alguns advogados e juizes relacionados ao universo da ayahuasca e alguns não. Parece haver duas linhas interpretativas principais. Uma linha afirma que as recomendações feitas na resolução são apenas 'recomendações' ou 'indicações'; portanto, não haveria sanções possíveis no caso de transgressão. A resolução meramente sugere mecanismos de controle, não tendo poder, nas palavras de um informante, de 'norma cogente'. Esta interpretação é reforçada pelo fato de que ao final da resolução é sugerida a criação de mecanismos de controle. Em outras palavras, não aconteceria muito em termos empíricos: o problema de não seguir os parâmetros estabelecidos na resolução seriam meramente de ordem moral. Isso não significa, no entanto, que seja uma forma de controle inexistente ou necessariamente mais fraca. se os parâmetros utilizados na nova resolução forem implementados, então as recomendações seriam na realidade legalmente vinculantes.

A segunda interpretação foca nos usos inapropriados da ayahuasca reportados: A Lei de Drogas 11.343/2006 puniria todos os usos de ayahuasca inconsistentes com aquele protegido pela Resolução do CONAD de 2010. Qualquer desvio do que é estabelecido nessa resolução receberia sanções equivalentes àquelas aplicadas a drogas ilegais como maconha, cocaína e outras. Esta linha de interpretação é bastante dura, e provavelmente levaria a consequências severas, incluindo multas e prisão."³² (LABATE, 2011, p. 302, tradução nossa)

Pelos argumentos expostos no capítulo anterior, adota-se neste trabalho a primeira corrente, ou seja, o desrespeito aos princípios deontológicos estabelecidos pela Resolução 01/2010 do CONAD não poderia ensejar a imediata aplicação da Lei de Drogas. Primeiramente pela impropriedade absoluta do objeto material, posto que as substâncias utilizadas na produção da Ayahuasca não figuram na Portaria 344/98 da ANVISA, conforme exposto no capítulo anterior. Em segundo lugar, ainda que

³² I have interviewed several specialists regarding the interpretation of the new resolution; some of them lawyers or judges related to the ayahuasca universe, and some not. There seem to be two main lines of interpretation. One line states that the recommendations made in the resolution are just "recommendations" or 'indication'; therefore, there would be no possible sanctions in case of transgression. The resolution merely suggests mechanisms of control, having no power, in the words of an informant, of 'cogent normative force'. This interpretation is strengthened by the fact that at the end of the resolution suggests the creation of mechanisms of control. In other words, not much would happen in empirical terms: The problem of not following the parameters established by the resolution would mainly be a moral one. This does not mean, however, that it is a non-existing or necessarily weak form of control. If the parameters of use present in the new resolution are implemented, then the recommendations would actually be legally binding.

The second interpretation focuses on the reported inappropriate uses of ayahuasca: Drug control law 11.343/2006 would punish all ayahuasca use that is inconsistent with what is protected by the 2010 CONAD Resolution. Any deviation from what is established in this resolution would receive sanctions equivalent to those applied to illegal drugs such as marijuana, cocaine, and others. This line of interpretation is quite hard, and would likely lead to severe consequences, including fines and imprisonment.

desconsiderado este argumento, a ausência de previsão das consequências jurídicas do “uso ilegítimo” não poderia acarretar a imediata aplicação das sanções mais severas previstas na lei brasileira. Não se desconsidera o fato de que tal solução jurídica poderia encontrar eventual resistência na jurisprudência, mas apresenta maior compatibilidade com uma análise garantista do direito penal.

2.4 Laicidade estatal, liberdade religiosa e o controle do uso religioso de substâncias alucinógenas

A laicidade estatal consiste na delimitação de uma esfera pública em que se exerce o poder político sob a qual não pode haver ingerência religiosa. É uma noção essencialmente negativa: “na exclusão da religião do Estado e da esfera pública” e na “imparcialidade do Estado com respeito às religiões” (RANQUETAT, 2008, p.5). Embora não esteja presente de forma explícita na Constituição Federal, trata-se de um fenômeno político histórico do qual decorre o arranjo institucional consolidado no Estado brasileiro.

A laicidade interfere na liberdade religiosa mais precisamente na dimensão da imparcialidade, na medida em que exige do Estado uma igual proteção da liberdade de crença, consciência, cultos religiosos e liturgias de todas as religiões, a despeito da suposta “imoralidade” de suas práticas. A laicidade não é uma condição de possibilidade para a existência da liberdade religiosa, afinal, na Constituição de 1824³³ havia a proteção do culto doméstico das religiões, embora a religião católica fosse a religião oficial do Estado. Porém, a laicidade concretamente impede com que o respeito constitucional à liberdade religiosa tenha como parâmetro interpretativo o viés de uma religião modelo. Noutros termos, a laicidade garante com que o âmbito público não seja coordenado por uma racionalidade religiosa.

O âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa previsto na Constituição foi, de forma explícita, alargado pela Resolução 01/2010 do CONAD. Ou seja, a despeito das discussões – que fogem do escopo deste trabalho – acerca do suporte fático da norma e a possibilidade de restrição a direitos fundamentais pelo

³³ Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.

Estado, há o reconhecimento normativo no Direito Brasileiro de que a liberdade religiosa pode abranger o uso de substâncias ilícitas. Esta é a premissa sob a qual deve se partir para investigação do objeto em análise.

No Brasil não há definição constitucional ou legal de religião ou liberdade religiosa. Trata-se de tema complexo, cujo aprofundamento exigiria esforços ambiciosos e multidisciplinares. Neste trabalho, portanto, não se pretende delimitar de forma positiva esses conceitos. O que se pretende averiguar, sem perspectiva de esgotamento do tema é: a partir do reconhecimento de que o uso religioso de substâncias psicotrópicas pode encontrar proteção constitucional, como se justificaria o Estado fazê-lo para algumas substâncias e religiões e não para outras?

2.4.1 Os Estados Unidos contra a *The Neo-American Church*

Em 1968, nos Estados Unidos da América, em meio à Guerra do Vietnã, no contexto de ascensão do movimento hippie e da contracultura no país, Judith H. Kuch foi condenada pela posse e venda de maconha e LSD. Em sua defesa, alegou estar amparada por seu direito constitucional ao livre exercício de sua religião: a acusada era membro da *The Neo-American Church*, uma religião criada em 1965, com cerca de 20.000 membros à época, que pregava o uso de substâncias psicodélicas como ferramentas para expansão de consciência e encontro com o divino.

Os fundamentos utilizados pela Corte Distrital de Columbia nos Estados Unidos para a condenação da acusada são úteis para demonstrar a tênue e complexa fronteira entre a laicidade estatal e a liberdade religiosa.

Primeiramente, fica evidente a preocupação do poder judiciário em conseguir distinguir uma “atividade religiosa legítima” de “códigos de conduta pessoais que carecem de valor espiritual”:

Por mais difícil e sutil que a investigação seja, não deve ser evitada por razões de conveniência. Há necessidade de desenvolver uma linha de demarcação mais precisa entre atividades religiosas e códigos de conduta pessoais que carecem de significado espiritual. Aqueles que buscam a proteção constitucional por sua participação em um estabelecimento religioso e liberdade para praticar suas crenças não devem ter permitidas as liberdades especiais que esse santuário pode promover mediante a mera adoção de nomenclaturas religiosas e seu uso cínico como um escudo para sua proteção quando participando em condutas antissociais que de outra forma estão condenadas. Em uma sociedade complexa onde os requisitos de segurança e saúde pública devem ser reconhecidos, aqueles que buscam imunidade desses requisitos com base na religião devem ao menos

demonstrar aderência a parâmetros éticos e uma disciplina espiritual.³⁴ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court for the District of Columbia. United States v. Kuch. Processo número 1473-67. Relator: District Judge Gesell, 01 jul. 1968., tradução nossa)

Posteriormente consta na fundamentação da decisão que, a despeito da possível existência de membros da *The Neo-American Church* que tenham tido experiências religiosas com o uso de substâncias psicodélicas, há pouca evidência de que os membros são “motivados ou associados em alguma preocupação religiosa”. Além disso, no entendimento da Corte faltariam como critérios legitimadores da religião a “evidência de uma crença em um ser superior, uma disciplina religiosa, ritual, ou princípios guiadores da existência cotidiana”³⁵. Diante da inexistência de uma definição constitucional acerca do que configura uma religião, resta clara a arbitrariedade dos postulados, que evidenciam apenas a percepção subjetiva dos Ministros da Corte nas características essenciais da experiência religiosa, ou seja, uma violação da laicidade estatal conforme anteriormente apresentada.

A Corte “recusou a argumentação de que a Igreja é uma religião conforme o significado da Primeira Emenda³⁶”. A estrutura da suposta religião não seria suficiente

³⁴ Subtle and difficult though the inquiry may be, it should not be avoided for reasons of convenience. There is need to develop a sharper line of demarkation between religious activities and personal codes of conduct that lack spiritual import. Those who seek the constitutional protections for their participation in an establishment of religion and freedom to practice its beliefs must not be permitted the special freedoms this sanctuary may provide merely by adopting religious nomenclature and cynically using it as a shield to protect them when participating in antisocial conduct that otherwise stands condemned. In a complex society where the requirements of public safety, health and order must be recognized, those who seek immunity from these requirements on religious grounds must at the very least demonstrate adherence to ethical standards and a spiritual discipline. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court for the District of Columbia. United States v. Kuch. Processo número 1473-67. Relator: District Judge Gesell, 01 jul. 1968.). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/288/439/1642100/>. Acesso em: 05 out. 2020.

³⁵ (...) (...) há pouca evidência neste registro para sustentar a visão de que a Igreja e seus membros são um organismo motivado ou associado em razão de qualquer preocupação religiosa comum. O fato de que o uso de drogas foi encontrado em algumas religiões antigas reconhecidas e noutras modernas é um ponto óbvio que erra o alvo. **O que falta demonstração da Neo-American Church é qualquer evidência sólida em uma crença num ser supremo, disciplina religiosa, ritual ou princípios que guiem a existência diária de alguém.** Está claro que o desejo de usar drogas e desfrutar dessas substâncias por sua própria natureza, independentemente da experiência religiosa, é o fundamento da organização e a razão de sua existência. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court for the District of Columbia. United States v. Kuch. Processo número 1473-67. Relator: District Judge Gesell, 01 jul. 1968., tradução nossa, grifo nosso)

³⁶ Primeira emenda. O Congresso não deverá fazer qualquer lei acerca de um estabelecimento de religião, ou proibir seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de peticionar ao Governo para a reparação de ofensas. (tradução nossa) Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-1/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

para comprovar a crença religiosa dos membros e os interesses na ingestão do entorpecente deveriam ceder espaço para o bem público.

Apesar de relativamente distante, temporal e geograficamente, o caso em análise guarda uma inequívoca semelhança com o objetivo de separar o uso religioso legítimo e ilegítimo pela Resolução 01/2010 do CONAD e revela a natureza fundamental da discussão acerca do uso religioso de psicodélicos: a separação entre direito e moral.

2.4.2 A separação entre direito e moral como parâmetro interpretativo

Segundo Luigi Ferrajoli (2002, p. 385), a ética iluminista e o liberalismo moderno trouxeram importantes avanços no âmbito do direito penal. Dentre eles, destaca-se a “interiorização da moral” e a “absoluta licitude dos atos internos”, configurando uma espécie de “direito natural à imoralidade”. Não cabe ao Estado considerar ilícitas condutas que carecem de repercussão externa, pois, se assim fizesse, haveria a imposição de um código de conduta ético, algo absolutamente incompatível com uma sociedade democrática: o direito penal funcionaria como arma ideológica. Portanto, a delimitação das áreas sob as quais é possível a intervenção estatal, excluída a esfera da moralidade interior do sujeito, é não apenas um direito, mas uma condição de possibilidade para o exercício de quaisquer outras liberdades.

Desta importante divisão entre ações externas – suscetíveis à persecução penal – e os atos internos, pensamentos, vícios e comportamentos individuais, surge a construção dogmática fundamental dos elementos objetivos do delito

(...) os atos internos, isto é, os pensamentos e as intenções, da mesma forma que os 'vícios' e a 'maldade de ânimo', não são prejudiciais a ninguém, e ninguém está interessado em sua punição, nem se preocupa vingá-lo. Com este ponto de partida, é necessária uma relação de causalidade entre a ação e o resultado danoso (ou perigoso), cujos elementos serão configurados pela dogmática do século XVIII como requisitos essenciais do denominado 'elemento objetivo' do delito (FERRAJOLI, 2002, p. 384)

A liberdade religiosa é uma decorrência da absoluta licitude dos atos internos. Por essa razão, é impossível que um Estado que respeite as garantias individuais determine quais religiões são legítimas. Retomando o debate da *The Neo-American Church*, o receio manifesto do poder judiciário é a utilização inadequada da liberdade

religiosa para participação em condutas “antissociais”. Percebe-se o caráter de um privilégio quase transcendental atribuído a esse direito, ofuscando o cerne jurídico do debate: o ponto não é a legitimidade ética da prática religiosa em questão (sob pena de imposição de uma moralidade hegemônica como critério de legalidade), mas sim a utilização desse argumento como um mero subterfúgio; ou seja, a “má-fé” processual e não a “má-fé” religiosa; a insinceridade da alegação, e não a insinceridade da crença em si. Noutros termos:

Não pode o Estado decidir pela falsidade ou verdade de determinadas crenças no sobrenatural, a ponto de fixar um conceito restrito de religião, sob pena de infringir o princípio da neutralidade estatal. Assim, o conceito de religião é por demais fluído e escapa de um controle mais apurado pelos órgãos estatais. No entanto, no direito comparado, a jurisprudência admite o controle da sinceridade religiosa pelos órgãos estatais. (TERAOKA, 2010, p. 46)

O reconhecimento do direito de povos e grupos poderem professar sua fé livremente fazendo uso de substâncias seguras que promovam estados alterados de consciência é uma consequência da separação entre o direito e moral. Esse debate se faz presente de forma contundente na Resolução 01/2010 do CONAD, mas revela, ainda que sutilmente, a pretensão normativa de categorizar as práticas e usos da Ayahuasca enquanto legítimos e ilegítimos, morais e imorais, numa tentativa tácita de discriminar os usos da substância que não se enquadrem no conceito aberto de “uso religioso” fixado pela norma estatal.

3 AYAHUASCA E OS TRIBUNAIS BRASILEIROS

3.1 O breve aceno do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 187

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 15 de junho de 2011, tinha por objeto a liberdade de expressão e de associação para manifestações favoráveis à descriminalização da maconha – “marchas da maconha”. Após inúmeras condenações de indivíduos envolvidos nestes movimentos pela prática do crime previsto no art. 287³⁷ do Código

³⁷ Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:
Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

Penal por tribunais inferiores, a Procuradoria-Geral da República acionou o STF visando a pacificar a interpretação conforme a constituição do dispositivo legal. Assim, as manifestações públicas destinadas à proposta de descriminalização seriam amparadas pelas proteções constitucionais da liberdade de manifestação e de pensamento.

Um ponto pertinente a este trabalho foi suscitado de forma incidental no julgamento da Ação pela Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos – ABESUP. A entidade, na qualidade de *Amicus Curiae*, sustentou a íntima conexão entre o tema central da ADPF 187 e a liberação do uso cerimonial e religioso de plantas e substâncias alucinógenas nas celebrações litúrgicas, arguindo que seria uma decorrência necessária da proteção das liberdades de expressão e religiosa em suas múltiplas projeções.

Embora na ocasião o Ministro Celso de Mello tenha reconhecido a relevância e relativa aproximação entre os temas, apresentando uma breve e sucinta argumentação sobre o uso de psicotrópicos em contexto religioso, entendeu que a ABESUP “ampliou, indevidamente, o objeto da presente demanda (...) não tendo pertinência, portanto, na presente sede processual” (STF, 2011, p. 21, on-line).

Em sua argumentação, embora desvinculada do tema principal da Ação, o Ministro retoma a Resolução do 01/2010 do CONAD que reiterou a legitimidade do uso religioso da Ayahuasca, bem como a possibilidade de “reserva” presente na Convenção de Viena de 1971 para que os Estados permitam a utilização lícita de plantas psicotrópicas em rituais mágicos e religiosos. A Corte, na figura do Ministro Celso de Mello, assume na ocasião uma posição de reconhecimento do âmbito de proteção normativa internacional e nacionalmente, com base no art. 35 da Convenção de Viena e do art. 2 da Lei 11.343/06. Contudo, reconhece nesses dois dispositivos a necessidade de autorização legal ou regulamentar.

O voto do Ministro³⁸ na ocasião acerca do uso ritualístico-religioso de plantas ou substâncias alucinógenas, ainda que de forma incidental e "sem pertinência" pelo alargamento do tema central, fornece apontamentos para o estabelecimento de uma

³⁸ Em entrevista posterior o Ministro Relator sugere que o STF seja acionado para manifestar-se de forma definitiva acerca do uso ritualístico-religioso de substâncias psicotrópicas “Eu, mais ou menos, sugeri isso [a ação] em meu voto, lamentando não poder fazê-lo naquele momento por questões meramente processuais”. Disponível em: <https://exame.com/brasil/ministro-sugere-que-acionem-stf-para-liberacao-de-ilicitos-em-cultos-religiosos/>. Acesso em 21 de Agosto de 2020.

regra geral: o reconhecimento da possibilidade do uso de bebidas ou plantas alucinógenas – em sentido amplo – em cerimônias religiosas, desde que haja compatibilidade entre a prática e as concepções teóricas teológicas e espirituais de determinada comunidade

O exame do preceito legal ora reproduzido revela que se trata de expressiva inovação introduzida em nosso sistema de direito positivo, pois reflete a **preocupação do Poder Público em respeitar a liberdade religiosa** e, notadamente, em manter incólumes os rituais e as celebrações litúrgicas de qualquer denominação confessional, em ordem a **excluir a possibilidade de intervenção repressiva do Estado motivada por atos que, registrados durante o culto, possam culminar em utilização cerimonial de bebidas ou de plantas alucinógenas cujo consumo seja dogmaticamente qualificado como prática essencial, em termos espirituais, segundo os cânones e as concepções teológicas formulados com apoio no corpo doutrinário que dá sustentação teórica a uma particular comunidade de fiéis.** (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 187. Rel. Min. Celso de Mello. DJ, 15 jun. 2020, grifo nosso)

A lacônica abordagem do tema no voto não permite inferir de forma definitiva qual será o pronunciamento definitivo da Corte Superior quando – e se – o tema for efetivamente julgado pelos onze ministros componentes do Tribunal. Pode-se, não obstante, perceber um certo enfoque do Ministro no papel do Poder Executivo ou Legislativo para a autorização específica de cada uso. Desse breve posicionamento do Ministro da Corte, é possível traçar o caminho interpretativo de que, enquanto o consumo de substâncias psicotrópicas tiver conexão com as práticas religiosas da comunidade específica, a liberdade religiosa prevalece sobre o direito penal. Porém, a autorização dar-se-ia, para cada religião e substância, por via legislativa ou mediante a elaboração de novos estudos multidisciplinares como aquele já feito pelo CONAD no caso da Ayahuasca.

3.2 O problema da exportação

Em decorrência do estatuto peculiar da Ayahuasca no ordenamento jurídico brasileiro, algumas decisões proferidas pelos tribunais demonstram uma certa zona de indeterminação no que tange à adequação típica da conduta, especialmente em casos envolvendo exportação da substância.

Desde a Convenção de Viena de 1971 a DMT, princípio ativo do chá, é considerado substância psicotrópica de uso proscrito, sendo objeto de controle na

maior parte dos países do mundo. Embora a Resolução 01/2010 do CONAD não aborde o tema explicitamente, sustenta-se, com base nos argumentos do capítulo anterior, que a conduta de exportação ou importação do chá de Ayahuasca no Brasil seria atípica. Mas isso não significa que o outro país envolvido não possa instaurar processo criminal conforme suas próprias leis.

Num caso emblemático ocorrido em 2016, Eduardo Chianca, terapeuta holístico, foi preso em Moscou pela suposta prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes por carregar consigo 8 litros do chá de Ayahuasca. Dois anos depois, em 2018, mediante um acordo internacional celebrado entre o Brasil e a Rússia, foi extraditado e beneficiado pelo instituto da transferência de execução da pena, previsto no art. 100 da lei 13.445/2017 (lei de migração)³⁹.

Consta na sentença proferida nos autos nº 0804150-14.2018.4.05.8300 da execução penal pelo Justiça Federal de Pernambuco:

(...) foi condenado pelo Tribunal Municipal de Domodedovo da região de Moscou com alterações introduzidas pelo acórdão de recurso do Tribunal Regional de Moscou, em 12/09/2017, com fundamento no item "b", parágrafo 4 do artigo 229.1, parágrafo 3 do artigo 30, parágrafo 5 do artigo 228.1 do Código Penal da Federação Russa, à pena de 3 (três) anos de prisão efetiva (reclusão), cujo cumprimento se iniciou em 31/08/2016.

Impende registrar que a conduta imputada ao sentenciado corresponde àquela tipificada no artigo 33 c/c o artigo 40 da Lei n.º 11.343/2006, tratando-se, portanto, de crime equiparado a hediondo.

Com base no princípio da reciprocidade, os Governos da República Federativa do Brasil e da Federação Russa promoveram a transferência ativa da sobredita pessoa condenada para cumprimento da pena remanescente no território nacional. (PERNAMBUCO. Justiça Federal de Pernambuco. Sentença. Processo nº 0804150-14.2018.4.05.8300. 36ª Vara/PE. 07 dez. 2018. Execução da pena. PJE, 2018.)

A decisão e o acordo internacional contêm uma imprecisão jurídica. Primeiramente, a conduta efetivamente não se amolda ao tipo penal mencionado na

³⁹ Art. 100. Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que observado o princípio do non bis in idem.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a transferência de execução da pena será possível quando preenchidos os seguintes requisitos: I - o condenado em território estrangeiro for nacional ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil;

II - a sentença tiver transitado em julgado;

III - a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir for de, pelo menos, 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação;

IV - o fato que originou a condenação constituir infração penal perante a lei de ambas as partes; e

V - houver tratado ou promessa de reciprocidade.

decisão. Em segundo lugar, o parágrafo único do art. 100 da lei 13.445/2017 exige o preenchimento concomitante de várias condições para a possibilidade de transferência da pena a ser cumprida no estrangeiro para o Brasil. Um dos requisitos é aquele previsto no inciso IV, a saber, o fato deve ser considerado infração penal em ambos os países. Como demonstrado neste trabalho, a exportação de Ayahuasca não configura crime no ordenamento jurídico brasileiro.

Noutro caso, *Habeas Corpus* julgado no ano de 2013 pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região⁴⁰, o paciente, cidadão estadunidense, foi preso preventivamente em primeiro grau, sob o seguinte fundamento:

(...) a quantidade de matéria-prima destinada à preparação da “ayahuasca” é expressiva, perfazendo 1,265Kg. Além disso, o autuado afirmou em seu interrogatório que ‘se prepara para ser xamã’ e que o ‘ayahuasca é para a realização de cerimônias em Manaus’ (fl. 07), o que deixa evidente que a substância apreendida não era para consumo pessoal, mas que seria distribuída para outras pessoas, o que caracteriza, dada a quantidade apreendida, a gravidade da conduta típica verificada, com forte e pernicioso impacto na ordem pública, cuja garantia é expressamente consagrada como um dos fundamentos autorizadores da constrição preventiva da liberdade. (BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. Habeas Corpus Criminal HC 0079526-31.2012.4.01.0000. Relatora: Monica Sifuentes, 26 fev. 2013.)

Em primeiro lugar, é importante mencionar que, em sede preliminar do juízo de tipicidade, a conduta praticada foi enquadrada no tipo penal de tráfico internacional de entorpecentes de maneira absolutamente equivocada, tendo em vista a atipicidade da conduta.

⁴⁰ HABEAS CORPUS. TRÁFICO. AYAHUASCA. DESACATO. PRISÃO PREVENTIVA. LAUDO PERICIAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. O paciente foi preso em flagrante quando transportava 1,265 (mil, duzentos e sessenta e cinco) gramas de Ayahuasca.

2. O laudo pericial atesta que o vegetal apreendido com o paciente não contém substância proibida DMT, tendo inclusive o Conad – Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas mantido a exclusão da ayahuasca da lista de substâncias tóxicas, razão pela qual não há como prosperar a acusação da prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes.

3. Para configuração do crime de desacato é necessária a comprovação do dolo específico, não sendo o suficiente a indignação do paciente com a atitude dos policiais quando da abordagem.

4. Ordem de habeas corpus que se concede para determinar o trancamento da ação penal, e, em consequência, restituir a liberdade do paciente. TRF-1 - HC: 79526 AM 0079526-31.2012.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA SIFUENTES, Data de Julgamento: 26/02/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p. 580 de 08/03/2013

A decisão foi reformada em segunda instância. Na decisão do remédio constitucional que determinou o trancamento da ação penal, a Desembargadora Federal Mônica Sifuentes fundamenta:

Assim, tenho que **não há como prosperar a ação penal quanto ao crime de tráfico, considerando a decisão do CONAD**, que admite o uso da Ayahuasca para fins religiosos, **bem como das conclusões constantes no laudo pericial**, que afirma que **as substâncias identificadas não estão relacionadas em nenhuma lista da Resolução da Diretoria Colegiada RDC n.º 39, da Anvisa, de 3/7/2012, e em conformidade com a portaria n.º 344-SVS/MS, de 12/5/98**, republicada no DOU de 01/02/1999. (BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. Habeas Corpus Criminal HC 0079526-31.2012.4.01.0000. Relatora: Monica Sifuentes, 26 fev. 2013.)

A argumentação da Desembargadora é relevante em duas dimensões: 1) a quantidade da substância ou o uso “xamânico”, utilizados em primeira instância para inferir um suposto desvio do uso religioso “legítimo”, são argumentos rebatidos pela julgadora, que corretamente identificou a proteção da liberdade religiosa como inafastável no caso em questão; 2) é corroborada a hipótese da solução mista adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, já que, com base no laudo pericial, afirma-se que as substâncias identificadas não constam na norma penal em branco heterogênea, embora, conforme dito pelo próprio acusado, os vegetais eram destinados ao feitiço da Ayahuasca.

Estes casos exemplificativos demonstram a ainda frágil situação em que a Ayahuasca e seus usuários se encontram, em decorrência da ausência de regulação específica acerca de assuntos como a exportação e da insegurança jurídica demonstrada pela falta de compreensão do escopo da autorização pelo poder judiciário.

4 O PL 179/2020 E A DISPUTA PELO USO LEGÍTIMO

A Resolução 01/2010 do CONAD estabelece a inserção do consumo da Ayahuasca no ambiente religioso como condição de legitimidade do uso e distribuição da substância. Diante da pluralidade de crenças e práticas dentro das próprias comunidades ayahuasqueiras e da impossibilidade de definição de diretrizes estáticas, tem-se apenas o estabelecimento de princípios gerais. Na prática, se percebe uma coerente inversão na ordem: não é a religião que autoriza o uso legítimo da substância, mas o uso configura a própria religiosidade.

Por esta razão, apesar de diversos veículos midiáticos⁴¹ criarem uma imagem de deturpação normativa com usos não-religiosos da substância em determinados locais, não se tem notícia até então de uma empreitada estatal sistemática pelo aparato punitivo estatal para averiguar e catalogar a teleologia do uso da Ayahuasca por diferentes grupos.

O Projeto de Lei 179/2020, apesar de reconhecer a legitimidade do uso religioso da ayahuasca, busca alterar o ordenamento jurídico para restringir a permissão do uso religioso apenas nos locais determinados pelas entidades previamente autorizadas⁴², além controlar de forma mais incisiva as instituições, mediante a imposição de formalização jurídica⁴³ e a necessidade da criação de uma ficha cadastral com os membros⁴⁴ – o que na Resolução 01/2010 do CONAD já havia sido rechaçado, pois os componentes do GMT entenderam configurar violação ao direito de privacidade.

O propósito do Projeto de Lei manifestado na pretensão de “reconhecer as entidades que fazem uso religioso do chá” faz exatamente o contrário. Ao transformar alguns dos princípios deontológicos da Resolução 01/2010 do CONAD em normas cogentes, delimitar os locais e catalogar os usuários, afasta a possibilidade de usos religiosos da Ayahuasca que não se conformam nos estreitos limites da normatividade estatal.

No que tange à formalização jurídica das entidades religiosas, a escolha do verbo “solicitar” – em oposição a requisitar ou requerer – é bastante significativa: parece implicar que o deferimento dependeria de autorização discricionária do poder

⁴¹ Algumas chamadas de notícias recentes como exemplo: “Ayahuasca: de ritual alucinógeno a item de luxo”; “Chá de ayahuasca pode, sim, causar psicose e até matar”; “A droga amazônica ayahuasca seduz celebridades e psiquiatras nos EUA”. Disponíveis em: <https://super.abril.com.br/sociedade/ayahuasca-de-ritual-alucinogeno-a-item-de-luxo/>; <https://veja.abril.com.br/saude/cha-de-ayahuasca-pode-sim-causar-psicose-e-ate-matar/>; <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/a-droga-amazonica-ayahuasca-seduz-celebridades-e-psiquiatras-nos-eua.ghtml>. Acesso em 4 de setembro de 2020.

⁴² Art. 2º. Fica permitido o uso religioso, em todo o território nacional, nos locais previamente autorizados pelas respectivas direções das entidades, da Ayahuasca, obtido pela decocção do cipó banisteriopsis caapi e da folha psychotria viridis.

⁴³ Artigo 1º. As entidades que utilizam a ayahuasca em seus cultos ou rituais são reconhecidas como entidades religiosas, sendo-lhes asseguradas o livre exercício de suas atividades e manifestações, a proteção aos locais de culto e às suas liturgias. Parágrafo único. A partir da aprovação da presente lei as entidades mencionadas no caput deste artigo terão o prazo de até 180 (cento e oitenta) dias para solicitarem sua formalização jurídica.

⁴⁴ Art. 3º. As entidades que utilizam a ayahuasca deverão manter ficha cadastral com dados dos seus membros, informando-os sobre os princípios do ritual ou culto, horários, normas e sobre os possíveis efeitos a respeito da ingestão da ayahuasca.

público, o que poderia acarretar numa discriminação de práticas religiosas dissidentes e, na realidade, contrária frontalmente a disposição do Código Civil acerca da criação de organizações religiosas⁴⁵.

Na exposição de motivos do referido Projeto de Lei, destaca-se

O presente projeto de lei, por sua vez, busca prestigiar e incentivar a formalização jurídica destas entidades que utilizam a ayahuasca como ingrediente de seus cultos e rituais. Esta formalização, inclusive, é recomendável para a finalidade de reconhecimento de direitos, como o direito à imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, alínea “b”, da CF. **Mais que isso, a formalização irradia um conceito de responsabilidade e identidade, diferenciando as entidades que utilizam a ayahuasca em seus cultos, o que é legítimo e protegido pelo Estado, daquelas pseudo-entidades que fazem o mau uso do chá, muitas vezes relacionando seu uso a práticas recreativas ou outras que nada tem haver (sic) com a legítimo exercício da religião.** (BRASIL, 2020, grifo nosso)

O problema já havia sido formulado na supramencionada Resolução do CONAD. O objetivo principal do projeto de lei é claro: diferenciar o “legítimo exercício da religião” das “pseudoentidades que fazem o mau uso do chá, muitas vezes relacionando seu uso a práticas recreativas”. A pretensão de colocar o Estado na posição de verificador da fé e religião verdadeira e legítima é absolutamente inconstitucional. Em síntese, a empreitada de distinguir o “bom” e o “mau” uso da Ayahuasca necessariamente culmina numa atividade moralista e arbitrária que viola a laicidade estatal e a liberdade religiosa. Tal aporia reside, em última instância, na indevida intromissão do Estado na moralidade interior, base inafastável da liberdade religiosa.

A distinção entre o “mau uso do chá para práticas recreativas” e a atividade “verdadeiramente religiosa” necessariamente envolve uma categorização do que seria a religião legítima, o que implica a restrição da proteção constitucional da liberdade religiosa. Como não existem critérios legais ou constitucionais para definição de religião, o Projeto de Lei busca contornar a complexidade do debate mediante a exigência da formalização das instituições, sendo que apenas aquelas autorizadas em locais pré-determinados – portanto, aptos a fiscalização pelos órgãos de controle seriam autorizados.

⁴⁵ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: § 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

Acerca da necessidade de registro e da autorização prévia dos locais de culto, é possível traçar um paralelo com a perseguição do Candomblé na Bahia durante o Estado Novo. Embora as práticas da religião de matriz africana tenham sido descriminalizadas na Era Vargas, havia a necessidade de obtenção de um alvará de funcionamento perante a Delegacia Especial de Jogos e Costumes. A comunicação do local perante as autoridades facilitava a ocorrência de batidas policiais motivadas por manifesto preconceito religioso que, frequentemente, culminavam na detenção de praticantes da religião e seus instrumentos de culto (SILVA, 2009, p. 4).

Não se pretende afirmar que uma desregulamentação absoluta seja uma política pública adequada para o tratamento da complexa questão. Contudo, o Projeto de Lei desconsidera as relevantes discussões ocorridas durante o GMT que culminou na elaboração da Resolução 01/2010 do CONAD. O desrespeito do direito à privacidade dos usuários, a criação de procedimentos de formalização burocráticos e a prévia autorização dos locais de culto apresentam entraves para o exercício pleno da liberdade religiosa pelos usuários, especialmente nos cultos e religiões em que as práticas não se adequem à normatividade social. O Projeto de Lei, portanto, evidencia a vulnerabilidade da solução encontrada pela comissão responsável pelo estudo da Ayahuasca no Brasil e a permanente disputa sob a qual se encontra o uso religioso de psicotrópicos.

CONCLUSÃO

O proibicionismo é algo relativamente recente na história humana. O controle internacional de substâncias psicotrópicas é caracterizado por processos interdisciplinares complexos intimamente relacionado às disputas políticas conjunturais. A proibição dessas substâncias entra em um conflito imediato com a liberdade religiosa, na medida em que diversos grupos no mundo as utilizam como uma ferramenta litúrgica essencial em seus cultos.

O Brasil, por meio do Conselho Nacional de Drogas, adotou uma solução inovadora em âmbito internacional para compatibilização da liberdade religiosa com o uso de substâncias psicotrópicas proibidas no caso da Ayahuasca: um estudo multidisciplinar envolvendo pessoas de diversas áreas e saberes, bem como membros

das religiões usuárias do chá. O estudo orientou a elaboração da Resolução 01/2010 do CONAD.

A Resolução revela uma preocupação com a compreensão da especificidade da substância, seus impactos na saúde, seu uso social e, principalmente, com o respeito à liberdade religiosa sob a perspectiva dos usuários. Entretanto, a norma não abordou explicitamente assuntos importantes e, como a exportação, as consequências da inobservância dos princípios deontológicos e as repercussões no âmbito do direito penal.

Não obstante a proteção das religiões ayahuasqueiras e dos usuários da Ayahuasca no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que a questão do uso religioso de substâncias psicotrópicas se encontra em permanente disputa, não apenas pela incompreensão do diferente que caracteriza a intolerância religiosa em nossa sociedade, mas também pela insegurança jurídica decorrente de incompreensões no âmbito do poder judiciário e pelas tentativas legislativas de mudança do paradigma normativo.

Considerando as aludidas lacunas e a imprescindibilidade da taxatividade da norma que envolve assuntos penais, mediante um estudo interpretativo acerca da Resolução, dos procedimentos administrativos adotados pelos órgãos executivos competentes para complementação da norma penal em branco heterogênea (lei de drogas) e de algumas dimensões da liberdade religiosa, foi possível constatar que o “uso legítimo” da ayahuasca é um referencial de cunho ético e moral. Dessa forma, usos que supostamente seriam “ilegítimos”, por não se enquadrarem em uma estrutura religiosa predeterminada não configuram condutas penalmente relevantes. Isso se dá por duas razões principais: a atipicidade da conduta, tanto pela proteção constitucional da liberdade religiosa como pela impropriedade material do objeto; e pelo fato de que, em decorrência da separação entre direito e moral e da ausência de delimitação legal ou constitucional do conceito de religião, a persecução *a priori* de práticas religiosas envolvendo Ayahuasca consideradas divergentes de um parâmetro estabelecido é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 5, n. 20, p. 129-146, out./dez., 1997. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 179/2020*. Disciplina o uso religioso do chá Ayahuasca e reconhece as entidades que fazem seu uso ritualístico como entidades religiosas, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=223674>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991*. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Brasília, 26 jun. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm#:~:text=DECRETO%20No%20154%20DE,de%20Entorpecentes%20e%20Subst%C3%A2ncias%20Psicotr%C3%B3picas. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 20.930, de 11 de janeiro de 1932*. Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comitê Central Permanente do Opio da Liga das Nações, e estabelece penas. Rio de Janeiro, 11 jan. 1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 24.505, de 29 de junho de 1934*. Modifica as arts. 1º, 3º, 5º, 14, 22, 25, 26 e 58, do decreto n. 20.930, de 11 de janeiro de 1932. Rio de Janeiro, 7 jul. 1934. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24505-29-junho-1934-508459-norma-pe.html>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921*. Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morfina e seus derivados; cria um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas; estabelece as formas de processo e julgamento e manda abrir os créditos

necessarios. Rio de Janeiro, 6 jul. 1921. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 79.388, de 14 de maio de 1977*. Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Brasília, 14 mai 1977. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 85.110, de 2 de setembro de 1980*. Institui o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes e dá outras providências. Brasília, 2 set. 1980. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-85110-2-setembro-1980-434379-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 9.926, de 19 de julho de 2019*. *Dispõe sobre o Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9926.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968*. Da nova redação ao artigo 281 do Código Penal. Brasília: Coleção de Leis do Brasil, 1968. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-385-26-dezembro-1968-378122-norma-pe.html>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938*. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Rio de Janeiro, 28 nov. 1938. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-891-25-novembro-1938-349873-norma-pe.html>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos. Portaria nº 02 DIMED de 08 de março de 1985. Baixa instruções sobre limitação, proibição, fiscalização e controle de obtenção, preparo, transformação, manipulação, destruição, produção, fabricação, depósito, armazenamento, guarda, posse, venda ou compra, importação, exportação, reexportação, prescrição, aplicação, entrega e uso para qualquer fim, de substâncias que determinem dependência física e/ou psíquica, suas

fontes e dos medicamentos e demais produtos que a contenham. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 mar. 1985. p. 4421. Disponível em <https://www.bialabate.net/wp-content/uploads/2008/08/Portaria-02-de-marco-de-1985-da-DIMED.pdf>. Acesso em 02 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 23 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Brasília, 25 mai 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971*. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Brasília, 29 out. 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5726.htmimpressao.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. *Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976*. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Brasília, 22 out. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htmimpressao.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Portaria/SVS nº 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Brasília, 13 jul. 2020. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/PRT_SVS_344_1998_COMP2.pdf/1e9badf3-44f9-47a6-9c61-7eb70aed231a. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 187 DF*. Relator: Ministro Celso de Mello, 15 jun. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=227098436&ext=.pdf>. Acesso em: 04 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC 143890 SP. Relator: Celso de Mello, 14 mai 2019. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143.890SP.pdf>. Acesso em: 03 set. 2020

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. Habeas Corpus Criminal HC 0079526-31.2012.4.01.0000. Relatora: Monica Sifuentes, 26 fev. 2013. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00795263120124010000&pA=&pN=795263120124010000>. Acesso em: 04 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 2. Habeas Corpus: HC 0023079-45.2002.4.02.0000. Relator: Desembargador Ney Fonseca. 26 mar. 2003. Disponível em https://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:DbBYtdhH-GYJ:trf2nas.trf.net/iteor/TXT/RJ0106110/1/77/89236.rtf+ch%C3%A1+de+santo+daim+e+e+trancamento&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8. Acesso em 11 de Setembro de 2020.

CALLAWAY, Jace G. Fitoquímica e neurofarmacologia da ayahuasca. In: METZNER, R. (Ed.). *Ayahuasca: Alucinógenos, consciência e o espírito da natureza*. Rio de Janeiro: Gryphus, 2002. 270 p.

CARNEIRO, Henrique. *Drogas: A História do Proibicionismo*. São Paulo: Autonomia Literária, 2019. 514 p.

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização)*, 1996. 331 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996.

CAVALCANTE, Carlos Henrique de Aragão. *A concretização do direito fundamental à liberdade religiosa: política do reconhecimento e legalização do uso religioso da ayahuasca*, 2011. 91 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

CONSELHO FEDERAL DE ENTORPECENTES. Presidente do Conselho Federal de Entorpecentes. *Resolução nº 06, de 04 de fevereiro de 1986*. Dispõe sobre a suspensão provisória da inclusão do "Banisteriopsis Caapi" na Portaria nº 02/85, da DIMED. Brasília: Conselho Federal de Entorpecentes, 1986. Disponível em: https://www.bialabate.net/pdf/texts/resolucao_06.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL ANTIDROGAS. Dispõe sobre o uso religioso e sobre a pesquisa da ayahuasca. *Resolução CONAD nº 5 de 04/11/2004*. Brasília: Conselho Nacional Antidrogas, 2004. Disponível em https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-5-2004_100836.html. Acesso em 24 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL ANTIDROGAS. Gabinete de Segurança Institucional. Resolução n. 26, de 31 de dezembro de 2002. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-26-2002_98087.html. Acesso em: 10 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA SOBRE DROGAS. Presidente do Conselho Nacional de Política Sobre Drogas. *Resolução CONAD nº 26 de 31 de dezembro de 2002*. Dispõe sobre a apresentar à deliberação deste Conselho, proposta de medidas de controle social e outras sugestões que se façam oportunas, haja vista a necessidade de trazer para a prática pela sociedade, dentro do princípio da responsabilidade compartilhada, normas e procedimentos que preservem manifestação cultural religiosa consagrada, observados os objetivos e normas estabelecidos pela Política Nacional Antidrogas e pelos diplomas legais pertinentes. Brasília: Conselho Nacional de Política Sobre Drogas, 2002. Disponível em <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/conad/conteudo/resolucao-n-26-de-31-12-2002.pdf/view>. Acesso em: 24 ago. de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS. Presidente do Conselho Nacional de Políticas Sobre Drogas. *Resolução CONAD nº 1 de 25/01/2010*. Dispõe sobre a observância, pelos órgãos da Administração Pública, das decisões do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas - CONAD sobre normas e procedimentos compatíveis com o uso religioso da Ayahuasca e dos princípios deontológicos que o informam. Brasília: Conselho Nacional de Políticas Sobre Drogas, 2010. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-1-2010_113527.html. Acesso em: 2 set. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos. *Primeira Emenda*. 15 dez. 1791. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-1/>. Acesso em: 10 set. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court for the District of Columbia. United States v. Kuch. Processo número 1473-67. Relator: District Judge Gesell, 01 jul. 1968.

Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/288/439/1642100/>. Acesso em 24 ago. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal, Processo número 546 U.S. 418, 04-1084. Relator: Chief Justice Roberts. 21 fev. 2006. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/546/418/>. Acesso em: 03 set. 2020.

FÁBIO, André Cabette. A legalização de cogumelos nos EUA: e seu status no Brasil. *Jornal Nexo*, 08 jul. 2019. Caderno Expresso. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/07/08/A-legaliza%C3%A7%C3%A3o-de-cogumelos-nos-EUA.-E-seu-status-no-Brasil#:~:text=Qual%20%C3%A9%20o%20status%20jur%C3%ADdico%20de%20cogumelos%20alucin%C3%B3genos%20no%20Brasil%3F&text=No%20fim%20o%20que%20aconteceu,folhas%2C%20e%20tamb%C3%A9m%20as%20subst%C3%A2ncias>. Acesso em: 10 set. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 764p.

GOULART, Sandra Lucia. Estigmas de grupos ayahuasqueiros. In: CARNEIRO, Henrique; FIORE, Mauricio; GOULART, Sandra Lucia; LABATE, Beatriz Caiuby; MACRAE, Edward (Orgs.). *Drogas e cultura: novas perspectivas*. Salvador: EDUFBA, 2008. p. 251-289.

KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. Rio de Janeiro: Luam, 1991.

LABATE, Beatriz Caiuby. Comments on Brazil's 2010 Resolution Regulating Ayahuasca Use. *Journal of Medical Anthropology*, v. 34, ed. 4, p. 298-305, 2011. Disponível em: https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/labate_conad_resolution_curare_2011.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

LABATE, Beatriz Caiuby. Legal, Ethical and Political Dimensions of Ayahuasca Consumption in Brazil. *Erowid.org*, v. 2, jun. 2014. Disponível em: Erowid.org/chemicals/ayahuasca/ayahuasca_law30.shtml. Acesso em: 02 set. 2020.

LABATE, Beatriz Caiuby; ARAÚJO, Wladimir Sena. *O Uso Ritual da Ayahuasca*. Campinas: Mercado de Letras; FAPESP, 2002.

LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra Lucia. *O Uso Ritual das Plantas de Poder*. Campinas: Mercado de Letras, 2005.

LETCHER, Andy. Shroom. *A cultural history of the magic mushroom*. New York: Harper Collins Publisher, 2007.

PERNAMBUCO. Justiça Federal de Pernambuco. Sentença. *Processo nº 0804150-14.2018.4.05.8300*. 36ª Vara/PE. 07 dez. 2018. Execução da pena. PJE, 2018. Disponível em: <https://pje.jfpe.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=6a38703e21e7eb31f69f84e8fd67834c>. Acesso em: 04 set. 2020.

PRESSE, France. A droga amazônica ayahuasca seduz celebridades e psiquiatras nos EUA. *Portal G1*, 02 jan. 2017. Caderno Ciência e Saúde. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/a-droga-amazonica-ayahuasca-seduz-celebridades-e-psiquiatras-nos-eua.ghtml>. Acesso em: 10 set. 2020.

RANQUETAT, César Jr. *Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos*. Revista Sociais e Humanas, V. 21, N. 1, 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/773/532>. Acesso em: 29 set. 2020.

SAYURI, Juliana. Ayahuasca: de ritual alucinógeno a item de luxo. *Super Interessante*, 30 ago. 2017. Atualizado em 13 set. 2019. Caderno Sociedade. Disponível em: <https://super.abril.com.br/sociedade/ayahuasca-de-ritual-alucinogeno-a-item-de-luxo/>. Acesso em: 10 set. 2020.

SILVA, Maria Alice Pereira. Candomblé. Revista VeraCidade, Ano IV, Nº 5, 2009. Disponível em: <http://www.veracidade.salvador.ba.gov.br/v5/pdf%5Cartigo6.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro*. 2010. 282 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council of the United Nations. *Convention on Psychotropic Substances*. Viena, 21 fev. 1971. Disponível em https://www.unodc.org/pdf/convention_1971_en.pdf. Acesso em: 04 set. 2020.

UNITED NATIONS. International Narcotics Control Board. *Report of the International Narcotics Control Board for 2010*. [S. l.], 2010. Disponível em: http://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2010/AR_2010_Chapter_II.pdf Acesso em: 27 ago. 2020.

VIANNA, Rafael Ferreira. *Uso da Ayahuasca: fundamentos religiosos e limites da criminalização do tráfico de drogas em sociedades multirreligiosas*. 2019. 334 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2019.

VIDALE, Giulia. Chá de ayahuasca pode, sim, causar psicose e até matar. *Veja*, 10 mar. 2016. Caderno Saúde. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/cha-de-ayahuasca-pode-sim-causar-psicose-e-ate-matar/>. Acesso em: 10 set. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. v. 2. Rio de Janeiro, Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legislación anti-droga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario. In: PALADINES, Jorge Vicente; VITERI, Juan Pablo Morales (Ed.). *Entre el control social y los derechos humanos: los retos de la política y la legislación de drogas*. Ecuador: Ministerio de justicia y derechos humanos, 2009.

ZAMPIER, Débora. Ministro sugere que acionem STF para liberação de ilícitos em cultos religiosos. *Exame*, 17 jun. 2011. Caderno Brasil. Disponível em: <https://exame.com/brasil/ministro-sugere-que-acionem-stf-para-liberacao-de-ilicitos-em-cultos-religiosos/>. Acesso em: 10 set. 2020.