

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

JAIR ARAÚJO FACUNDES

Pluralismo, Direito e Ayahuasca:

Autodeterminação e legitimação do poder no mundo desencantado

Brasília – 2013

JAIR ARAÚJO FACUNDES

Pluralismo, Direito e Ayahuasca:

Autodeterminação e legitimação do poder no mundo desencantado

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Álvaro Ciarlini

Brasília

2013

JAIR ARAÚJO FACUNDES

Pluralismo, Direito e Ayahuasca:

Autodeterminação e legitimação do poder no mundo desencantado

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

Professor Doutor Álvaro Ciarlini - Orientador

Professor Doutor Gilmar Mendes - IDP

Professor Doutor Delamar José Volpato Dutra - UFSC

Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

Brasília, 29 de maio de 2013

Dedico este trabalho a
João Rodrigues e Alícia Araújo, meus pais, porque me ensinaram, com suas vidas, que a existência tem sentido, para além de suas lutas e dificuldades, e porque me presentearam
com o *amor divino*.

AGRADECIMENTOS

Foram tantos. Temo esquecer alguns. Façamos assim. Se o Mestrado fosse um lugar muito distante ao qual eu desejasse intensamente conhecer, e onde só me fosse possível chegar pelo mar, um lugar em que a aplicação do Direito se dá com inteligência e com atenção à mais excepcional qualidade do ser humano, justamente aquela que nos torna iguais: a diversidade. Então eu agradeço:

A João Rodrigues e Alícia Araújo, meus pais, pelo dom da vida e pelo exemplo de determinação, decência e coragem que me serviu e serve de guia no navegar da vida;

A Val, não só pelo apoio incondicional, necessário para superar as tempestades do caminho, mas por tornar a viagem, do mestrado e da vida, singularmente agradável;

Jair Júnior e Lucas, filhos amados, luzes de alegria e inteligência que me impulsionam a tentar sempre ser um homem melhor e digno do amor deles, e que me fizeram sonhar a possibilidade de uma sociedade de que possamos todos nos orgulhar;

A David Wilson, mestre e doutor em Direito, juiz federal, professor e dileto amigo, navegante ousado, que fez a viagem e me deu a notícia de que no além-mar do positivismo dogmático, há vida inteligente no Direito, tirando-me, com certa dificuldade, do comodismo intelectual;

Ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por seu Presidente, Desembargador Federal Olindo Medeiros, e Corregedor, Desembargador Cândido Medeiros, cujo apoio no programa de aperfeiçoamento de magistrados permitiu-me os víveres indispensáveis;

Ao professor e Orientador Álvaro Ciarlini, magistrado, mestre e doutor em Direito, feliz referência que me deu o norte e não me permitiu sair de rota, de quem sou devedor e a quem aprendi a respeitar pelo conhecimento, inteligência e integridade de caráter;

Aos colegas de viagem, com quem compartilhei bons e maus ventos, pelo prazer da convivência e dos debates: Cosmo, Rogério, Flávio, Ignácio, Fernanda, Fernando, Beatriz e Luiz;

A Raimundo Irineu Serra, pelo barco.

There are many of us, and we disagree about justice.

Jeremy Waldron

A parte mais decisiva de um argumento jurídico é seu elemento moral.

Dworkin (2010b, p. 252).

A aprovação da presente dissertação não implica o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP às ideias e opiniões que a fundamentam ou que nela são expostas.

RESUMO

Os indivíduos e grupos utilizam a expressão direitos fundamentais ou equivalente em suas reivindicações políticas e jurídicas, mesmo quando tais direitos não são reconhecidos pela ordem jurídica contra a qual às vezes se insurgem para o fim de pleiteá-los e garanti-los. Ainda quando reconhecidos em constituições e tratados internacionais, intérpretes qualificados divergem quanto ao seu significado, extensão ou sentido, ao fundamento de que conceitos como democracia, liberdade, igualdade, dignidade são termos vagos e necessariamente ensejam ampla discricionariedade do intérprete na sua aplicação. A pesquisa recusa essa visão e oferece uma alternativa teórica que dê conta desses diversos aspectos relacionados aos direitos fundamentais, e o faz a partir do estudo de uma reivindicação concreta do direito à liberdade consubstanciada no caso Ayahuasca: o controvertido uso ritual de uma bebida psicoativa que contém uma substância (o alcaloide dimetiltryptamina – DMT) proibida em tratado internacional e na legislação de vários países. Examina decisões proferidas no âmbito administrativo e judicial e em dois sistemas judiciais diferentes: *common law* e *civil law*. Defende que os conceitos como liberdade e democracia não são vagos nem indeterminados e são melhor compreendidos como interpretativos. Sustenta que a leitura moral de tais direitos e liberdades oferece a melhor interpretação do seu uso nos diversos contextos, capaz de proporcionar uma concepção consistente e operativa de tais termos numa sociedade desencantada (Weber) caracterizada pelo pluralismo. Conclui que permitir ou negar o exercício de uma prática religiosa somente se justifica quando amparada por uma teoria política mais ampla acerca de como os bens, espaços e liberdades escassos devem ser ordenados no interior de uma comunidade política que busca se organizar por princípios que garantam a todos a mesma consideração e o mesmo respeito por parte do governo e da comunidade.

Palavras-chave: Direitos. Conceitos interpretativos. Liberdade religiosa. Ayahuasca. Pluralismo. Legitimidade do exercício do poder. Igualdade.

ABSTRACT

Individuals and groups use the term fundamental rights or its equivalent in making political and judicial claims, even when such rights are not recognized by the judicial system against which they sometimes arise for the purpose of seeking them and guaranteeing them. Even when such rights are recognized in constitutions and international treaties, qualified interpreters differ as to their significance, reach, and meaning, based on the fact that such concepts as democracy, liberty, equality, and dignity are vague terms and necessarily offer the interpreter wide discretion in their application. This work rejects this vision and offers a theoretical alternative that takes into account these various aspects related to fundamental rights, and does so based on a study of a concrete demand for the right to liberty presented in the case of Ayahuasca: the controversial ritual use of a psychoactive drink that contains a substance (the alkaloid dimethyltryptamine--DMT) prohibited under international treaty and the laws of various countries. It examines decisions rendered in administrative and judicial contexts and in two different judicial systems: common law and civil law. It argues that concepts such as liberty and democracy are not so vague or indeterminate, and are better understood as interpretative. It suggests that a moral reading of such rights and liberties offers the best interpretation of their use in various contexts, capable of providing a consistent and workable conception of such terms in a disenchanted society (Weber) characterized by pluralism. It concludes that permitting or denying the exercise of a religious practice is only justified when empowered by a wider political theory of how scarce goods, spaces, and liberties should be ordered within a political community that seeks to organize itself by principles that guarantee to all the same consideration and the same respect on the part of the government and the community.

Keywords: Rights. Interpretative concepts. Religious liberty. Ayahuasca. Pluralism. Legitimacy of the exercise of power. Equality.

Sumário

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - DIREITO, LIBERDADE DE RELIGIÃO E AYAHUASCA	18
Leôncio	22
Ayahuasca – breve histórico	29
Ayahuasca – Decisões	30
Daime - as decisões governamentais brasileiras.....	31
CONFEN 1987	32
CONFEN 1992	34
CONFEN 1995	35
CONFEN 1997	36
CONAD 2002	36
CONAD 2004/2010	37
Hoasca	38
CAPÍTULO 2 - A DIVERGÊNCIA NO DIREITO	43
Por que divergimos	46
Fundamentos do Direito	48
Conceitos interpretativos.....	51
Duas dimensões	60
Integridade	62
CAPÍTULO 3 - O DIREITO NO MUNDO DESENCANTADO	67
O mundo desencantado: a sociedade moderna	67
Diálogo racional sobre o poder e a igualdade.....	70
A lei e a justificativa do uso da força.....	73
As condições morais da democracia: sobre lobos e ovelhas	76
Os direitos fundamentais e seu caráter contramajoritário	80
Limitações aos direitos fundamentais	86
A legitimidade da lei e da decisão judicial.....	89
A moralidade política na interpretação.....	93
CAPÍTULO IV - A LIBERDADE DE RELIGIÃO	100
A leitura moral.....	110
A liberdade de religião como trunfo e a Ayahuasca – retornando às decisões	114
Leôncio	114

Daime - as decisões governamentais brasileiras.....	116
CONFEN 1987	120
CONFEN 1992	122
CONFEN 1995	125
CONFEN 1997	126
CONAD 2002	128
CONAD 1/2010.....	129
Hoasca 2006 – Ayahuasca na Suprema Corte dos Estados Unidos.....	130
Uma jornada circular – o <i>locus</i> da liberdade	133
CONCLUSÃO	142
BIBLIOGRAFIA	145

INTRODUÇÃO

As pessoas falam de direitos, dizem possuir direitos e se empenham para fazer valer seus direitos, vão à guerra pelo que acreditam ser seus direitos, para ter leis asseguradoras de seus direitos, mas de que categoria jurídica estamos tratando quando nos referimos a direitos? Quando alguém, reportando-se ou não a uma norma jurídica, diz possuir um direito, o que isso significa? Há algum sentido na alegação de pessoas que reivindicam direitos quando não há norma assegurando tais direitos? Como devemos entender as reclamações de indivíduos e grupos que dizem ter seus direitos violados justamente pelo Direito¹ vigente num país?

Tratados, declarações de organismos internacionais, cartas de direitos, constituições, pactos e leis são aprovados para o fim de se garantirem direitos fundamentais ou básicos frente ao poder soberano ou à própria comunidade, e reflete uma histórica e longa trajetória da humanidade para limitar o arbítrio de quem detém a prerrogativa de utilizar a força pública para impor decisões. Todavia, a despeito do consenso quanto à existência de direitos, há enorme divergência acerca do significado e extensão de tais direitos. Sabemos que a Carta Magna de 1.215 estabeleceu a garantia de que nenhum homem livre perderia seus bens ou liberdade sem o devido processo legal (cláusula 39²), mas não sabemos se esta cláusula permite que alguém seja preso antes do julgamento definitivo de sua causa.

¹ A palavra “direito” é plurívoca. Denota posição oposta à esquerda; aquilo que é justo ou reto; significa a ciência ou área do conhecimento que estuda o ordenamento, como na frase “o direito é uma das ciências humanas”; designa uma pretensão juridicamente tutelada (“eu tenho o direito de me vestir como quiser”); refere-se ao ordenamento ou direito objetivo (“o direito brasileiro não prevê a pena de morte”); às vezes assume um caráter sociológico ou antropológico sem conexão com os sentidos anteriores, como na frase: “quando o direito surgiu independentemente da religião nas sociedades tribais primitivas”; é utilizado de modo taxonômico ou classificatório para distingui-lo de outros sistemas normativos, como a religião ou a moral: “A moral não deve influenciar o direito” etc. Não é aqui o espaço para se definir o que é Direito; em larga medida essa dissertação tem o objetivo de dizer o que é o Direito, e não tardaremos em fazer alguns recortes. Todavia, para fins didáticos, grafaremos “Direito” (com inicial maiúscula) para nos referirmos ao conjunto de normas de um ordenamento ou que reputamos dele decorrer, facilitando a distinção. Sobre a multiplicidade de sentidos: NINO, 2010, p. 14/15; DWORKIN, 2010b, p. 6/8.

² A Magna Carta foi redigida sem divisões nem parágrafos, mas é tradicionalmente apresentada como composta de preâmbulo e de 63 cláusulas (COMPARATO, 2011, p. 83, 94 e 97).

A Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, para quem uma sociedade somente possui Constituição se assegurar os direitos (art. 12), estatuiu que todos os homens são iguais em direitos (art. 1º), mas essa disposição, por si só, não esclarece, por exemplo, se uma sociedade que se deixa governar por tal princípio deve ou não atribuir o status de casamento à união entre pessoas do mesmo sexo. No mesmo compasso, a Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, garante o direito à vida (art. III) e à liberdade de religião (art. XVIII), porém, a despeito da clareza de tais disposições, há grande controvérsia quanto a saber se o governo deve intervir ou não diante de uma pessoa que se recusa a receber transfusão de sangue por motivo de fé; ou se o estado deve proibir a circuncisão, enquanto prática religiosa judaica, para o fim de proteger as crianças³.

Verifica-se assim uma situação paradoxal. Mesmo quando as pessoas não diverjam quanto à existência em abstrato de direitos, especialmente daqueles previstos numa norma, dissentem agudamente quanto aos efeitos e extensão dos direitos em concreto, suscitando a questão de por que, diante de textos constitucionais e declarações internacionais de direitos que asseguram explicitamente direitos e liberdades fundamentais, as pessoas divergem profundamente sobre a existência daqueles direitos e liberdades em casos concretos. Se pessoas e governos concordam acerca do direito à igualdade, por que dissentem se esta igualdade é realizada ou negada com o sistema de cotas raciais para ingresso em universidades públicas? Qual a razão para que juízes de todas as instâncias, órgãos públicos e cidadãos diante de um mesmo texto normativo tenham opiniões diferentes sobre seu alcance e sentido? Que papel deve desempenhar os direitos e liberdades fundamentais quando se delibera sobre esses direitos? Que força tem essas liberdades frente a leis ou atos normativos que as restringem, direta ou indiretamente? O significado de direitos e liberdades fundamentais é encontrado na própria norma que os enunciam? Se não são autoexplicativos, de onde provém seu sentido, peso e valor?

Esta pesquisa objetiva *i)* identificar as razões do dissenso através do exame de uma particular liberdade, a religiosa, assegurada em todas as cartas internacionais de direito e em todas as constituições democráticas, *ii)* verificar como o intérprete aborda uma liberdade fundamental e quando podemos afirmar que essa abordagem é correta ou

³ *The Economist*, edição 7.7.2012: *Circumcision in Germany. Incisives arguments*. Disponível também em <<http://www.economist.com/node/21558299>> Acesso em 6.9.2012.

justificada perante um ordenamento que garante dita liberdade e perante os princípios que assume como estruturantes da sociedade implícitos ou pressupostos pelo ordenamento *iii*) resumir algumas possibilidades teóricas que tentam explicar o fenômeno e identificar critérios pelos quais possamos nos posicionar frente a cada uma delas, e obter uma concepção teórica funcional para resolver os conflitos relativos aos direitos fundamentais nas sociedades contemporâneas caracterizadas pelo pluralismo religioso, social, filosófico, científico, cultural e econômico.

Para tanto, analisaremos como o conceito de direito fundamental foi e é utilizado num caso considerado difícil (*hard case*), no qual houve e há enorme polêmica no tempo e em lugares diversos, em sistemas jurídicos diferentes (*common law* e *civil law*), por envolver temas sensíveis junto à opinião pública (drogas, autonomia individual, saúde, criança e adolescente, proteção do feto etc.) e se mostra um desafio aos limites da liberdade de credo, revelando como tais temas são enfrentados e superados (ou não). Será examinado nesta pesquisa o uso religioso da bebida psicoativa conhecida, entre outros nomes, por *Yagé, Caapi, Ayahuasca, Mariri, Huni, Nixi-pae, Nátema, Mihi, Hoasca, Vegetal, Daime, Santo-Daime* etc., que contém na sua composição, entre outros, o alcaloide Dimetiltriptamina (DMT), listado como substância alucinógena proibida no Anexo I da Convenção de Viena de 1971, tratado internacional firmado para reprimir o uso e tráfico de substâncias psicotrópicas ali enumeradas⁴.

Por esse Tratado, os países signatário se obrigam a *i) proibir todo* o uso das substâncias incluídas na Lista I, na qual consta o DMT, contido na Ayahuasca (art. 7º, alínea *a*), e *ii) tipificar* como delito punível a conduta contrária à lei proibitiva (art. 22, §1, *a*). Cada país, ao incorporar aquela Convenção ao seu ordenamento, proibiu as substâncias ali elencadas, às quais passaram a ser submetidas a controle governamental administrativo (art. 7º e alíneas). Mas as substâncias constantes da Lista I, além do controle administrativo, devem ser submetidas à tutela penal, nos termos do Tratado, exigindo a edição de leis penais, descrevendo condutas e estabelecendo penas. O alcaloide DMT tem o potencial de produzir visões ou alucinações, entre outros efeitos.

⁴ No Brasil o DMT consta da lista F2 – Substâncias Psicotrópicas, da Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1988 e atualizações posteriores, que enumera as substâncias de uso proscrito no Brasil para fins de repressão criminal (art. 1º, parágrafo único c/c 66, lei 11.343/06). Esta Portaria está disponível: <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/controlados/rdc40_atualizacao30.pdf?id=34859&word> Acesso em 10 de novembro de 2012.

Ayahuasca desafia pesquisas em vários ramos do saber: há enorme polêmica acerca da sua licitude em razão de alguns aspectos farmacológicos (por exemplo: a substância que constitui seu princípio ativo, o DMT, se encontra abaixo da quantidade *isoladamente* necessária para sua ativação pela via oral); sociológicos, psicológicos, médicos, antropológicos, farmacológicos etc⁵. Todavia, a despeito de o Direito ser a arena, por excelência, na qual foram e são travados os embates tendentes ao reconhecimento desta prática cultural e onde comparecem todos aqueles saberes e argumentos, há poucas pesquisas nesse campo tendentes a analisar tais embates entre indivíduos e governos com o objetivo de saber se é possível o estabelecimento de um marco teórico a partir do qual possamos criticar tais decisões.

Esta investigação acadêmica tem uma finalidade mais específica, já exposta, jurídico-normativa: quando podemos reputar justificada a decisão que restringe uma prática religiosa. Com a finalidade de implementar direitos fundamentais previstos em constituições e tratados internacionais, importa saber por que agentes públicos que concordam quanto à existência e legitimidade de tais direitos divergem agudamente acerca do que exige tais direitos e liberdades em casos difíceis submetidos a deliberação. Saber onde reside a controvérsia e oferecer uma proposta operativa para sua composição é importante para a efetivação dos direitos fundamentais, pois todo o esforço da comunidade internacional e de cada sociedade em particular para assegurar direitos se esvaece diante da dificuldade de reconhecê-los e aplicá-los concretamente.

O caso Ayahuasca será útil ao salientar, de modo agudo, questões complexas que, para serem solucionadas, exigirão uma visão coerente envolvendo vários aspectos de nossa moralidade política e uma noção mais clara do que é um direito fundamental se quisermos oferecer soluções não arbitrárias para nossos conflitos relativos à distribuição de bens, espaços, direitos e oportunidades escassos.

O capítulo 1 traça um panorama geral da controvérsia, e elenca alguns problemas relacionados com a questão dos direitos e que demandam posicionamento por parte do intérprete. Os direitos são utilizados como indicativos do uso legítimo do poder, inspiraram e inspiram guerras e revoluções, cabendo alguma menção quanto a estes

⁵ LABATE, 2008 traz um levantamento bibliográfico de algumas pesquisas produzidas em diversas áreas.

aspectos inter-relacionados. Faz-se também um recorte da pesquisa, com descrição sumária de aspectos históricos ligados à Ayahuasca e de algumas decisões que retratam como o tema foi tratado em tempo, sistemas judiciais e âmbitos diferenciados, com soluções divergentes.

O capítulo 2 explora justamente a divergência e desenvolve uma reflexão teórica sobre as razões que conduzem juízes e intérpretes qualificados a dissentirem intensamente acerca de uma mesma cláusula constitucional. Se há tanta divergência, não é suficiente que uma pesquisa aponte mais uma interpretação sem fornecer algum critério que nos permita adotar uma posição entre as várias interpretações. Se os direitos fundamentais estão presentes em todas as constituições democráticas do mundo e nas cartas de direitos e tratados internacionais sobre direitos, além de referidos rotineiramente nos debates acerca do uso legítimo do poder, existindo uma verdadeira gramática dos direitos fundamentais, uma linguagem dos direitos, bem evidenciando sua importância, então não podemos ser indiferentes aos vereditos envolvendo controvérsias relativas aos direitos fundamentais e os requisitos que as decisões precisam ostentar para serem consideradas bem fundadas. Além disso, os direitos são elementos centrais quando se examina o desenvolvimento de uma sociedade sob o aspecto social e político, e a maneira como se implementa e se garante tais direitos são índices daquele desenvolvimento.

Após um estudo teórico sobre a divergência que nos permita emitir um juízo sobre a interpretação de um direito fundamental, esboçamos no capítulo 3 uma justificação dos direitos em mira das exigências de uma interpretação bem fundada. Essa justificação se volta para a característica que cada vez mais se intensifica nas sociedades contemporâneas: a diversidade cultural, política, religiosa, racial e étnica, ou, simplesmente, o pluralismo. Que características deve ter um diálogo sobre o poder para que possamos ter decisões justificadas. A justificação dos direitos deve ser capaz de captar este tipo de conflito e oferecer alguma elaboração teórica a título de sugestão para sua compreensão.

Oferecido um arcabouço teórico e justificados os direitos no interior daquela estrutura, aplica-se aquele aporte teórico às decisões expostas inicialmente que sintetizam os problemas e os argumentos utilizados no tema, possibilitando-nos uma nova percepção e exame. É esse o conteúdo do capítulo 4.

A pesquisa se propõe a indicar um sentido operativo de direito fundamental, qual a relação que deve existir entre os direitos fundamentais elencados ou não em constituições e as demais leis, e como esse conceito de Direito explica o uso dos direitos não só no âmbito jurídico mas nos debates relativos à legitimidade do poder político. Especificamente, a pesquisa objetiva delinear algumas diretrizes ou questões que necessariamente devem abordadas ao se decidir se dada prática religiosa deve ser permitida ou restringida.

CAPÍTULO 1 - DIREITO, LIBERDADE DE RELIGIÃO E AYAHUASCA

Numa frase que já se tornou célebre, Norberto Bobbio afirmou que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”⁶. A consideração isolada desta frase induz a pensar que há um reconhecimento unânime da importância dos direitos fundamentais, os quais já se encontrariam justificados, faltando apenas protegê-los. Desse sentido atribuído a essa frase, divergimos. Justificar algo é expor as razões pelas quais devemos aceitá-lo, valorizá-lo, protegê-lo enfim; que há razões para aceitarmos algo e essas razões são valiosas por algum motivo. Se não somos capazes de mostrarmos o valor relativo de algo, de justificá-lo, teremos justamente as razões para não o protegermos em dadas situações. Suponhamos uma comunidade que se comprometeu a oferecer, entre outros, esportes, cultura e assistência médica aos seus cidadãos, que se vê afetada por grande tragédia (inundação, terremoto, grave epidemia etc.), levando seu governo a escolher, diante da súbita escassez de recursos, entre fornecer subsídios para times de futebol e teatro e alimentação, remédios e vacinas. Uma classe desses direitos tem prioridade, no exemplo, e *se justificam* e inclusive justificam o não oferecimento da outra classe.

Governos são acusados de despóticos justamente por serem incapazes de apresentar uma razão plausível para a circunstância de não assegurarem aos seus cidadãos direitos fundamentais políticos e sociais que se mostram exigíveis exatamente porque se reputam justificados. A justificação dos direitos – compreendida como a exposição das razões pelas quais eles se mostram exigíveis no âmbito de uma sociedade que se organiza a partir de certos princípios – revela quando sua negação deve ser considerada imotivada, quando a recusa em protegê-los deve ser considerada como um ato ilegítimo e inaceitável.

A só listagem de direitos em constituições e cartas não é suficiente. De fato, saber, por exemplo, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem assegura o direito à vida (art. III) e a liberdade religiosa (art. XVIII), tal como a Constituição brasileira (art. 5º, *caput* e inciso VI), pouco ou nada contribui para saber se o Estado deve intervir ou não na hipótese de os pais (ou responsáveis) impedirem que uma criança receba transfusão de

⁶ BOBBIO, 2004, p. 23. Grifos do original.

sangue como tratamento último para garantir sua vida⁷; ou decidir se *i*) a família, por razões religiosas, pode descumprir a lei que obriga os menores a freqüentar escola pública⁸, ou *ii*) se os judeus, que preservam o sábado (*shabat*) enquanto dia sagrado no qual não trabalham, poderiam, em compensação, desobedecer à lei que obriga o fechamento do comércio aos domingos⁹; ou, ainda, *iv*) se a mesma liberdade impõe seja acatada a bigamia (pela sociedade e pelo Governo) vivenciada sob inspiração religiosa¹⁰ etc. Esses exemplos revelam a necessidade de justificação dos direitos, de saber quando um direito se encontra justificado ou, inversamente, saber as razões pelas quais um direito pode ser restringido ou mesmo negado de modo aceitável a alguns membros de uma comunidade. Impõe-se assim perquirir que razões podem justificar um direito, para que possamos concretizar os direitos previstos nas constituições.

Os direitos fundamentais são indispensáveis para a compreensão de todas as dimensões do ser humano (vida íntima, política, liberdades, imagem, honra etc.) e dependendo de como interpretados decorrem outros (educação, saúde, emprego etc.). Não é objeto desta pesquisa o estudo amplo dos direitos individuais. Será útil um recorte e analisarmos como uma liberdade em particular é tratada quando indivíduos, grupos e governos divergem quanto ao seu exercício, oportunizando verificar como são articulados os argumentos das partes quando um direito é contestado firmemente. Investigaremos, especificamente, a liberdade religiosa. Nicola Matteuci diz que “a liberdade religiosa é a mãe de todas as liberdades”¹¹, porque a tolerância religiosa, ao fim de intermináveis guerras entre pessoas que compartilhavam um mesmo espaço, estimulou a ideia de constitucionalismo¹² e de direitos nele compreendida.

Essa liberdade hoje está prevista em vários tratados internacionais e em praticamente todas as constituições, escritas em várias formas. Ora se apresenta em termos taxativos “é inviolável a liberdade de crença” (Brasil: art. 5º, VI, CF) ou “o Congresso não

⁷ Por exemplo: TRF4, AC 2003.71.02.000155-6, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, DJ 01/11/2006. Um estudo sobre as várias implicações suscitadas pelo tema: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf>

⁸ *Wisconsin vs. Yoder* 406 U.S 205 (1972).

⁹ *Braunfeld vs. Brown*, 366, U.S. 599 (1961).

¹⁰ *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878). Decidiu-se que a bigamia, mesmo quando praticada sob fundamento religioso entre os mórmons, constitui crime, e não se encontra amparada pela liberdade religiosa.

¹¹ “la libertad religiosa es la madre de todas las libertades” (1998, p. 37). Traduzimos.

¹² MATTEUCI, p. 43 e 260; também RAWLS, 2011, p: 544/545.

legislará proibindo o livre exercício dos cultos” (Primeira Emenda, EUA) ou “toda pessoa tem direito à liberdade de religião” (ONU: art. XVII, Declaração Universal dos Direitos dos Homem). Algumas cartas e tratados às vezes condicionam seu exercício à observância da lei, segurança pública, ordem, saúde (Pacto de São José¹³, Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais – CEDH¹⁴) etc.

De qualquer forma, estipule ou não o próprio tratado ou Constituição a hipótese de restrição à liberdade de credo, exige-se que o intérprete diga quando saúde, moralidade ou segurança pública limitam aquela liberdade: o ato de distribuir as hóstias com as mãos justifica a intervenção do Estado para obrigar o uso de luvas esterilizadas para evitar contaminação de doenças infectocontagiosas? A transfusão de sangue deve ser realizada, em benefício da saúde, mesmo contra a vontade do paciente em pleno gozo de suas faculdades mentais? O uso de cachaça nos ritos de candomblés deve ser acompanhado por copos descartáveis e controle do teor alcoólico? Devem ser proibidos os rituais pentecostais que utilizam serpentes venenosas como demonstração de fé? Deve ser imposto limites à quantidade de vinho consumida por um padre durante a missa para preservar-lhe a saúde ou, talvez, restringir a quantidade de missas que um mesmo sacerdote pode celebrar num mesmo dia? Os artefatos utilizados para autoflagelação devem ser esterilizados e fiscalizados pelos órgãos de vigilância sanitária?

Por outro lado, o que significa “moralidade” enquanto fundamento para restringir uma religião? Refere-se à moralidade convencional, conjunto de ideias sobre certo e errado de um grupo ou classe de uma comunidade? Ou refere-se a uma moralidade ideal e crítica? Se uma constituição, como a americana ou a brasileira (1988) não especificam as hipóteses abstratas de restrição, previstas em outras constituições ou tratados, essa liberdade de culto deverá ser considerada absoluta?

¹³ “Art. 18, 2. A liberdade de manifestar sua religião ou crença estará sujeita somente a limitações tais que estejam *previstas em lei* e sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança pública, *para a proteção da ordem pública, saúde ou moralidade*, ou para a proteção dos direitos e liberdades de outrem.” (Grifo nosso).

¹⁴ “art. 9º, 2. A liberdade de manifestar sua religião ou crença estará sujeita somente a *limitações tais que estejam previstas em lei* e sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança pública, *para a proteção da ordem pública, saúde ou moralidade*, ou para a proteção dos direitos e liberdades de outrem.” (Grifo nosso).

Esses aspectos dos direitos fundamentais afloram e serão estudadas quando examinarmos esta liberdade específica no seu confronto com uma legislação que proíbe um elemento central de uma prática religiosa. Este estudo concreto nos possibilitará refletir sobre o que é um direito fundamental e como ele se relaciona com as leis ordinárias, e que critérios são aceitáveis para dizer que uma dada restrição é correta ou bem fundada. Possibilitará também uma perspectiva importante: algumas reivindicações não se apoiam apenas na liberdade prevista nos textos constitucionais ou legais, mas apelam a outra esfera de padrões discursivos aos quais se atribui caráter e força jurídicos. Cabe-nos identificar esta reivindicação e tentar contextualizá-la no âmbito de uma teoria capaz de oferecer uma resposta adequada e satisfatória do problema.

Será importante, já agora, verificarmos como essas e outras questões relacionadas aos direitos fundamentais são articuladas concretamente, a partir dos discursos dos envolvidos nas controvérsias, pois todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma constitucional é quem primeiro a interpreta e a atualiza, como assinala Peter Häberle (1997, p. 15). Isso será feito a partir do exame da prática religiosa que faz uso de Ayahuasca, bebida psicoativa que contém (DMT), substância cujo uso é vedado em tratado internacional por seu potencial de provocar visões¹⁵. A partir do exame concreto dos casos levantaremos

¹⁵ Sobre a farmacologia (efeitos, composição química, ação no sistema nervoso central) da Ayahuasca há rica bibliografia, com várias abordagens. Uma introdução didática com vasta indicação bibliográfica pode ser obtida em MCKENNA, Dennis J.: Ayahuasca: Uma história farmacológica (p. 172/194); GROB, Charles S: A psicologia da Ayahuasca (p. 195/225); e CALLAWAY, Jace C.: Fitoquímica e Neurofarmacologia da Ayahuasca (p. 226/250). in MEZTNER, 2002. Entre outros estudos específicos: Riba J, Rodriguez-Fornells A, Urbano G, Morte A, Antonijuan R, Montero M, Callaway JC, Barbanoj M (2001). **Subjective effects and tolerability of the South American psychoactive beverage Ayahuasca in healthy volunteers.** *Psychopharmacology* 154:8595; Callaway JC, McKenna DJ, Grob CS, Brito GS, Raymon LP, Poland RE, Andrade EN, Andrade EO (1999). **Pharmacology of Hoasca alkaloids in healthy humans.** *Journal of Ethnopharmacology* 65(3):243-256; Callaway JC and Grob CS (1998). **Ayahuasca preparations and serotonin reuptake inhibitors: a potential combination for adverse interaction.** *Journal of Psychoactive Drugs* 30(4):367-369; McKenna DJ, Callaway JC, Grob CS (1998). **The scientific investigation of Ayahuasca: A review of past and current research.** *The Heffter Review of Psychedelic Research* 1:6577; Callaway JC (1999); Callaway JC, Raymon LP, Hearn WIL, McKenna DJ, Grob CS, Brito GS, Mash DC (1996). Quantitation of NN-dimethyltryptamine and harmala alkaloids in human plasma after oral dosing with Ayahuasca. *Journal of Analytical Toxicology* 20:492-497; Grob CS, McKenna DJ, Callaway JC, Brito GS, Neves ES, Oberlander G, Saide OL, Labigalini E, Tacla C, Miranda CT, Strassman RJ, Boone KB (1996). **Human psychopharmacology of Hoasca, a plant hallucinogen used in ritual context in Brazil.** *Journal of Nervous and Mental Disease* 184(2):86-94; Callaway JC (1996). **A report from the International Conference of Hoasca Studies.** *MAPS (Multidisciplinary Association for Psychedelic Studies) Bulletin* 6(3):36-43; Callaway JC (1995). **Pharmahuasca and Contemporary Ethnopharmacology;** *Curare* 18(2):395-398; Callaway JC (1995). **DMTs in the Human Brain.** In *Jarbuch für Ethnomedizin und Bewusstseinsforschung (Yearbook for Ethnomedicine and the Study of Consciousness)* 4:45-54. Callaway JC (1995). **Ayahuasca, Now and Then.** *Eleusis, SISSC Information Bulletin* 6(3):36-43; (Società Italiana per lo Studio degli Stati di Coscienza) 1:4-10 (parallel texts in English and Italian); Callaway JC (1994). **Pinoline and Other Tryptamine Derivatives: Formations and Functions;** 122 PP., a doctoral dissertation for the

as questões pertinentes, e tentaremos identificar como os argumentos são articulados não só pelas autoridades, mas pelos praticantes, e verificar se nesse diálogo é possível encontrarmos uma referência segura que possa nos propiciar elementos de avaliação.

Leôncio

Em 1974, na zona rural de uma pequena cidade na Amazônia, Rio Branco, no Estado do Acre, Leôncio Gomes, dirigente de uma igreja, foi intimado pela Polícia Federal para que se abstinhasse de fazer uso de uma bebida psicoativa de origem indígena, feita a partir do cozimento de duas plantas, conhecida, entre outros nomes, por Ayahuasca, Yagé, Uascar, Huni, Daime etc. A notificação policial relatava que várias “organizações altamente especializadas e laudos foram elaborados que comprovam, sem margem de dúvidas, a periculosidade de tal xarope¹⁶”. Qualificava a bebida como droga, e afirmava que seu uso causa mal “não só físico mas à mente”.

Leôncio move uma ação contra o governo, pedindo à Justiça Federal a proteção do que compreendia como seu direito de praticar livremente sua religião, conforme a liberdade de religião assegurada na Constituição. Diz se tratar de prática religiosa secular entre os indígenas e que, no meio urbano e arredores, contaria com mais de 50 anos de uso; que se tratava de uma religião popular e que nos dias de grandes festejos compareciam as autoridades locais, como governadores, prefeitos, parlamentares federais e estaduais, pessoas de todas as classes sociais, evidenciando que se tratava de uma religião integrada à paisagem moral e cultural da região, sem registro de malefícios à saúde física ou mental de seus adeptos.

O Juiz Federal Ilmar Galvão¹⁷ determinou que a Polícia Federal explicasse as razões daquela proibição. A Polícia Federal justificou seu ato ao fundamento de que a bebida

Department of Pharmaceutical Chemistry at the University of Kuopio, Finland. Kuopio; Rästsch, Christian: **the encyclopedia of psychoactive plants – ethnopharmacology and its applications** (Rochester, Vermont: Park Street Press, 2005) com inúmeras referências; Seizi Oga *et al*: **fundamentos de toxicologia** (São Paulo: Atheneu Editora São Paulo, 2008); Uma revisão bibliográfica é feita por SANTOS, Rafael Guimarães dos. Ayahuasca: neuroquímica e farmacologia. **Revista eletrônica Saúde Mental álcool e drogas**. Vol. 3, n. 1, artigo 6. 2007.

¹⁶ Autos 1.110/1974, fl. 17. Arquivo da Justiça Federal - Seção Judiciária do Estado do Acre.

¹⁷ Foi nomeado Juiz Federal em 1967 e iniciou seu ofício no Acre, onde exerceu a judicatura até 1979, quando foi transferido para a Seção Judiciária do Distrito Federal. Em 1985 foi nomeado membro do Tribunal Federal de

continha substância capaz de causar dependência psíquica. Juntou três laudos *divergentes* quanto à composição da bebida. A sentença reconheceu que os laudos eram imprestáveis tanto para demonstrar a composição química da bebida quanto sua periculosidade ou nocividade, de sorte que não se sabia se alguma das substâncias proibidas se encontrava presente na bebida. Todavia, a proibição foi mantida, com a afirmação de que a ausência de prova da periculosidade não ensejava a conclusão de que o preparo e uso da bebida fossem lícitos.

Leôncio é a decisão mais antiga que se teve acesso ao seu inteiro teor relacionada ao uso de Ayahuasca e seu uso ritual proferida por uma autoridade governamental nos autos de um procedimento público instaurado com o objetivo de dirimir um conflito entre indivíduos que sustentavam ter o direito de usar ritualmente a Ayahuasca e representantes do governo que afirmavam que a liberdade de religião prevista na Constituição devia se submeter a restrições legais (moral, bons costumes) e à própria lei¹⁸. A despeito do tempo decorrido e dos termos em que proferida, as questões nela suscitadas ainda são debatidas e bastante atuais, como bem reflete a prisão de pessoas em diversos países (Itália, Espanha, Portugal etc.) e mesmo no Brasil¹⁹ transportando ou mantendo em depósito Ayahuasca para fins religiosos ou as plantas utilizadas em sua elaboração²⁰.

Leôncio sintetiza, de modo potencializado, importantes aspectos relativos aos direitos fundamentais e sua implementação. As partes não divergiam quanto à existência de uma norma constitucional que assegurava a liberdade de religião, mas controvertiam quanto ao peso, caráter ou papel que tal liberdade ostenta no âmbito de um discurso jurídico: um

Recursos - TFR (posteriormente STJ), corte com a função, entre outras, de uniformização do direito infraconstitucional. Em 1991 foi nomeado integrante do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário brasileiro e responsável pelo exame de constitucionalidade. Informação obtida em 5.9.2012 em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=31>>

¹⁸ Provavelmente *Leôncio* não foi a primeira decisão relacionada ao tema proferida pelo poder público. Há relatos de que em ocasiões anteriores e/ou lugares diversos houve embate entre autoridades policiais locais e pessoas que faziam uso ritual de Ayahuasca, porém sem formalização, ou, se houve algum procedimento, extraviou-se. As proibições teriam sido contornadas através do apoio popular à prática, atuação de políticos simpáticos à causa etc. Mais detalhes: BEBE-SE um chá (2011, p. 10); FABIANO (2012, p. 131/138), MACRAE (2011, *passim*, em especial: p. 216/221; MACRAE, 1992, p. 65).

¹⁹ Um americano foi preso em novembro 2012 e ficou detido por mais de três meses por transportar ayahuasca em Tabatinga, Amazonas. Negada a liminar, no mérito a ação foi penal foi trancada ante a atipicidade da conduta: HC 795263120124010000. Disponível: <<http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=0079526-31.2012.4.01.0000>> Acesso em 9.03.2013.

²⁰ Há notícias de pessoas detidas com Ayahuasca na Itália, Espanha, Portugal, Chile etc. O caso *Hoasca*, que descreveremos em breve, teve início com a apreensão de Ayahuasca nos Estados Unidos pela polícia, com busca e apreensão etc. Fernando Ribeiro narra sua própria prisão na Espanha em “Os incas, as plantas de poder e um tribunal espanhol”, Rio de Janeiro: Mauad, 2005.

direito deve ceder à lei regularmente aprovada por um congresso? Ou um direito fundamental, como a liberdade de expressão, a liberdade religiosa ou de consciência é absoluto e não deve se curvar ante uma lei ordinária?

Esta questão pode ser refeita em outros termos políticos: se uma maioria decide, em mira de seu bem-estar, por uma política pública que proíba o uso de substâncias psicoativas, a minoria vencida na deliberação pública, por si ou por seus representantes, pode se insurgir contra esta decisão política? A maioria de uma comunidade, à luz do ideal de autogoverno, não tem a prerrogativa de determinar os rumos e os objetivos últimos a serem atingidos, como expressão do regime democrático ao qual todos convergem e buscam realizar? Se concordamos que um dos objetivos de qualquer governo, senão o principal, é adotar medidas para promover o bem comum, então que argumentos teríamos para criticar uma lei que objetiva justamente promover o bem coletivo consubstanciado na prevenção ao uso de substâncias psicoativas? Por outras palavras, ainda que o governo comprove que certa substância tem o potencial de causar prejuízo à saúde física ou mental, isto por si só autoriza sua proibição? Que razões teríamos para afastar a política governamental tendente à proteção da saúde dos governados?

Há uma resposta simples. Se uma proibição foi aprovada por uma comunidade no exercício lícito de seu autogoverno, em observância aos procedimentos previamente estabelecidos, esta lei deve ser cumprida, e os insatisfeitos, caso queiram, devem se utilizar do processo político para revogá-la ou criar as exceções à sua observância, em postura a um só tempo estimuladora do exercício da cidadania e mobilização popular e, também, da obediência à lei enquanto condição para a paz e ordem sociais. Para essa resposta, lícito e permitido é o que o ordenamento, as leis assim permitem. Essa resposta “simples” se mostra sedutora, mas não é uma boa resposta, por duas razões. Primeiro porque é uma fuga, e não uma resposta, da questão discutida, qual seja, o que o ordenamento permite e proíbe, e responder a essa questão pressupõe explicar qual o papel dimensão ou peso que a liberdade de religião prevista nesse ordenamento possui: tanto *Leônicio* quanto a autoridade policial não queriam descumprir a lei ou o ordenamento jurídico. Muito ao contrário. Ambos sustentaram seus atos com base no ordenamento. *Leônicio* disse que não descumpria a lei, pois a liberdade de religião, que é lei também, amparava sua prática; a autoridade policial, referindo-se às mesmas disposições jurídicas, afirmava que a liberdade de religião não

amparava aquela prática. Logo, a resposta “simples” antes dissimula do que explica a questão que se propõe a resolver concernente à relação entre as leis ordinárias e os direitos fundamentais.

A segunda razão para afastarmos a resposta “simples” é um pouco mais complexa e remete a uma das maiores questões relativas ao Direito. A resposta “simples” preconiza o cumprimento da lei ou sua modificação pela via política, em atenção à democracia e à ordem pública. Esta resposta tem forte apelo popular e pressupõe um princípio aparentemente irrecusável, ao enunciar, em síntese, que devemos *sempre* obedecer às leis, ou alterá-las segundo as regras do sistema político sob a qual vivemos. Esse princípio, a despeito de seu apelo imediato, apresenta fragilidade quando submetido a exame histórico. De fato, em geral as pessoas acreditam que os funcionários públicos e soldados nazistas não deveriam ter observado as leis antissemitas, por exemplo. É possível dizer que este fato histórico, conquanto verdadeiro, é o clímax de uma insanidade e algo tão doentio que não serve de referência, mostrando-se mais como um argumento *ad terrorem*, de modo que a perversão e crueldade presentes no nazismo e que autorizaria o descumprimento de tais leis já não é possível de ocorrer ante o desenvolvimento e consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto diretriz obedecida pelos povos modernos.

Contudo, exemplos recentes nos mostram que a “pureza racial ou étnica” ainda é utilizada para justificar mortandades e ordens de extermínio ainda são cumpridas: Iraque (curdos, 1987/8), Bósnia (1992), Ruanda (hutus e tutsis, 1994), Kosovo (1995/8) etc²¹. Talvez se diga que seriam casos extremos, excepcionais e não seriam aptos para afastar aquela regra que orienta sempre observar as leis. Ainda que se admita que esses casos são extremos, são também um convite premente para se saber qual a linha ou momento em que passam a ser extremos: se a ordem de extermínio é extrema, a ordem para executar uma sentença judicial de morte também o será? Todavia, não só na hipótese de ordens absurdamente iníquas podemos concordar que em certas ocasiões algumas normas não devem ser cumpridas. Mesmo quando não há um direito à vida, mas supostos direitos

²¹ Para mais detalhes, inclusive com listagem de outros casos recentes de extermínio v. Samantha Power: **Genocídio: a retórica americana em questão**, Companhia das Letras, 2004.

políticos, liberdade de expressão, entre outros, nossa história recente continua a ilustrar situações nas quais reputamos correto o descumprimento.

Putin foi eleito em 2012 presidente da Rússia em eleições suspeitas de fraude, uso da máquina pública em benefício próprio e manipulação de resultados eleitorais. Para evitar grandes protestos populares de repúdio, *Putin* obteve a aprovação de lei que tornava crime justamente a participação em tais manifestações. Apesar da lei e da forte repressão, as pessoas foram às ruas e passeatas²². No Brasil, durante o regime militar, a ordem jurídica proibia manifestações políticas populares favoráveis à redemocratização do país²³, bem como leis que proibiam greves. A restauração da democracia no Brasil ocorreu com enormes manifestações populares e greves gigantescas em confronto aberto com aquelas normas, e dificilmente alguém defenderia a regularidade da prisão dos participantes daqueles eventos históricos. Os eventos iniciados em 2011 e que perduram até 2013 conhecidos como *primavera árabe* mostram povos de vários países árabes se rebelar contra regimes ditatoriais existentes há décadas (Egito, Tunísia, Iêmen, Síria, Líbia), insurgindo-se contra a tradição e a lei de tais países, sob a alegação de que tais ordens jurídicas não mereciam/merecem observância por carecerem de legitimidade popular ao não reconhecer, entre outros, o direito de seus cidadãos de participarem das escolhas fundamentais daquelas sociedades²⁴.

Todos esses exemplos revelam, ao longo do tempo e no espaço, pessoas morrendo, ferindo-se, aprisionadas ao afirmarem e agirem segundo o que acreditavam e acreditam ser um direito (de participação e manifestação política, dignidade, igualdade etc.) que não é reconhecido pelo direito positivo nas leis e constituições de seus países, como se existisse algo além da norma legislada servindo como referência para julgar se uma dada ordem jurídica ou uma norma em especial merecem tal título e status. Dito de outra forma: mesmo que a sentença em *Leôncio* se mostrasse ancorada numa norma, num exemplo perfeito de silogismo que caracteriza a subsunção, o que não foi o caso, os exemplos históricos mostram que quando se trata de certos direitos a só referência à legislação em

²² Jornal *Folha de São Paulo*, edições dos dias 7.5.12, 7.6.12 e 13.6.12, Caderno *Mundo*.

²³ Ato Institucional n. 5, art. 5º, III, de 13.12.1968 (AI 5). Atos institucionais foram a denominação dada pelo regime militar aos decretos que impuseram uma nova ordem jurídica e política no país com o Golpe Militar de 1964. Eram puros atos de força bruta, e, por definição e segundo seus termos, sobrepuseram-se às constituições vigentes ao tempo de suas edições, autoproclamando-se o fundamento de validade destas. No caso AI 5, sobrepôs-se à Constituição de 1967.

²⁴ Entre inúmeras matérias: *Folha de São Paulo*, edição do dia 9.7.2012, Caderno *Mundo*.

vigor não é suficiente para mostrar uma decisão como justa ou correta, merecedora de respeito e acato. Tendemos a exigir um *plus*, a ser explicitado e examinado.

A resposta “simples” então não é uma resposta satisfatória. *Leôncio* chama atenção não só pela circunstância de sua sentença não decorrer das premissas lançadas²⁵, mas também pela ausência de maior consideração quanto a inúmeros aspectos eloquentes suscitados pela causa, a começar pela relação que existe entre direitos fundamentais e legislação ordinária, como a só existência dessas categorias jurídicas sugere. De fato, a só previsão em constituições e tratados de um catálogo de direitos ao lado do procedimento para elaboração de leis exige que o intérprete aponte uma razão para isso: isso pode ser visto como indicando que as leis devem considerar os direitos; ou que os direitos precisam de leis para serem operativos; ou que o legislador, sempre que puder e não houver maior incômodo ou custo social, preserve os direitos etc. Logo, uma pesquisa sobre liberdade de religião e sua aplicação sobre uma prática concreta exige antes o delineamento de algumas respostas e posicionamento sobre essas questões, mesmo que a título de um esboço ou ideia geral. Se os exemplos mostram que a noção popular do Direito – como aquilo, e somente aquilo, que é aprovado pelo parlamento - não é suficiente para retratar o que compreendemos como Direito, ou pelo menos como Direito a ser cumprido, devemos oferecer uma explicação mais satisfatória, que dê conta de todos esses paradoxos.

Leôncio suscita outra ordem de perguntas, anterior às expostas: por que devemos ter direitos? Por que não poderíamos sustentar um modelo de sociedade sem direitos, exceto aqueles reconhecidos pela legislação ordinária, ou pelo menos sem o direito à liberdade de religião? A história já nos ofereceu várias experiências nos quais os direitos não existiram, ou eram dependentes da boa vontade e capricho do rei, monarca, governo ou partido majoritário. Em diversos países não se reconheceu nem se reconhece a liberdade de religião, mesmo em sua forma abstrata; em outros não são admitidos direitos políticos plenos, como votar e ser votado ou participar do processo de escolha dos governantes; em outros não houve ou não há direitos individuais, mas apenas concessões do rei a seus súditos. Saber se devemos ter direitos (ou mesmo se temos) diz respeito à justificação dos

²⁵ Se a premissa maior é “a lei proíbe substâncias psicoativas contidas em rol” e a premissa menor “o governo não comprovou que substância(s) compõe(m) a Ayahuasca”, a conclusão “Ayahuasca deve ser proibida” se revela logicamente insustentável.

direitos ou à sua dimensão normativa, implica refletir sobre o fundamento de tais direitos e se tal reflexão é possível e necessária.

Uma vez esboçada uma resposta a tais indagações e delineado o papel de um direito no interior de um discurso jurídico, teremos elementos para avaliar se uma prática religiosa que faz uso de uma bebida psicoativa que produz visões, *borracheira* ou *mirações* (na linguagem dos adeptos), ou alucinações (na linguagem médico-farmacológica) é protegida (ou não) pela liberdade de religião não só no Brasil, mas também em outros países²⁶. Mais: se os direitos fundamentais se mostrarem exigíveis independentemente da circunstância de estarem previstos no ordenamento de uma sociedade e se derivarem de razões outras passíveis de aceitação e existência em outras sociedades, então, por hipótese, seria possível o reconhecimento desse direito em outros países que eventualmente aceitem seus pressupostos de base.

Evidenciamos algumas questões relativas ao que significa liberdade de religião extraída do caso *Leôncio*. Tentar construir uma resposta nos dirá algo sobre os direitos fundamentais, e que condições devem existir para seu reconhecimento. Com esta finalidade, antes de examinar as questões suscitadas em *Leôncio*, como acima exposto, será útil o relato de alguns aspectos históricos, farmacológicos e sociológicos sobre a Ayahuasca, e de decisões proferidas em sistema judicial diverso do *civil law* e no âmbito administrativo, como a decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos [*Gonzalez v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal* 546 US 418 (2006)]²⁷ e uma série de decisões proferidas no âmbito administrativo pelo órgão responsável pela política antidrogas no Brasil, CONFEN/CONAD.

²⁶ *Visão* ou *alucinação*? É fato que DMT, e a Ayahuasca em particular, proporciona como um dos efeitos a produção de percepções sensoriais (visuais ou imagens, olfativas, gustativas, táteis), sentimentos, raciocínios etc. Como denominar esses efeitos? Alguns pesquisadores evitam o uso do termo *alucinação* e *alucinógeno* (por ex.: MCRAE, 1992, p. 16; LABATE, 2004, p. 33), ante o caráter depreciativo embutido no termo, do que decorreria que os praticantes da religião seriam *alucinados*; Bordin *et all* questiona a adequação do termo *alucinação* pela dificuldade em se defini-lo sob a perspectiva médico-farmacológica e distingui-la de outros estados ou percepções (2010, p. 105/6). Também RÄTSCH, 2005, P. 10, MCKIM, p. 336/9. V. também Cazenave e Costa 2008, p. 450. Usarei *visões*, preferencialmente, porque o termo *alucinação*, além de induzir à depreciação de uma minoria religiosa, não goza de um consenso científico, mesmo no meio médico, acerca da adequação de seu uso para algumas situações, como exposto, nem capta algumas distinções, como por exemplo, a *visão* (ou *alucinação*?) de espíritas ou kardecistas, adeptos do candomblé ou mesmo de evangélicos e católicos (como na “aparicação” de Fátima, em Portugal).

²⁷ A referência à jurisprudência americana indica, respectivamente, as partes, o volume onde a decisão se encontra (546), a fonte ou repositório (U.S. United States Supreme Courts Reports), a página (418) onde inicia a decisão e, entre parênteses, o ano da decisão (2006). As decisões referidas neste trabalho podem ser acessadas no sítio <<http://laws.findlaw.com/us/000/04-1084.html>>

Essas decisões nos permitirão perceber que, a despeito do longo tempo decorrido desde a primeira sentença em 1974, as questões foram e continuam sendo, em essência, as mesmas, embora mude o lugar e o âmbito da discussão: o que é um direito? Por que existe ou deve existir? Qual seu peso ou papel numa deliberação judicial? A circunstância de uma bebida conter uma substância psicoativa listada como proibida na legislação e tratados internacionais, com potencial de causar algum malefício, implica a proibição de seu uso em rituais religiosos?

Ayahuasca – breve histórico

O nome Ayahuasca provém da língua quíchua e significa cipó, liana dos espíritos ou da alma (SCHULTES, 1986, p. 12). Tem suas origens na Amazônia em período incerto, entre os povos indígenas. É elaborada a partir de duas plantas (a folha de um arbusto – *Psychotria viridis* e um cipó – *Banisteriopsis caapi*). Inicialmente restrita ao uso indígena, Ayahuasca teve lentamente seu uso alargado para caboclos e seringueiros, alastrando-se, a partir da segunda década do século XX, para os arredores das cidades amazônicas, até se expandir, na atualidade, por todos os estados brasileiros, vários países sul-americanos, EUA, Canadá, Japão e vários países europeus. O uso da Ayahuasca por não-indígenas ocorreu de várias formas e em lugares diversos. Todavia, algumas tradições ou doutrinas religiosas conquistaram maior visibilidade e se consolidaram com características próprias, conhecidas como linhas ou doutrinas. A primeira delas nasceu no estado do Acre, por volta de 1920, com o seringueiro Raimundo Irineu Serra (conhecido como Mestre Irineu), nascido no estado do Maranhão. Ele teve contato com Ayahuasca no Peru, na fronteira com o Acre, e implementou uma nova forma de elaborar e ministrar aquela bebida, a que deu o nome de Daime²⁸. *Lêoncio* foi o dirigente deixado por Mestre Irineu na direção da entidade que criou.

No final da década de 40, Daniel Pereira de Matos, outro maranhense, seguidor de Raimundo Irineu Serra, dá início a uma nova doutrina, conhecida por *Barquinha*, com

²⁸ Cada grupo indígena em regra atribuiu um nome à sua tradição, implicando cada nome um modo de fazer, uma cultura e um ritual próprio: RÄTSCH, 2005, p. 86, enumera mais de 30 denominações; METZNER, 2002, p. 1. Em LABATE, 2009, (org.) há vários estudos sobre algumas práticas específicas. A Resolução do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas – CONAD, ao regulamentar o uso religioso através da Resolução n. 1/2010, mencionou exemplificativamente os termos *Hoasca*, *Vegetal* e *Santo Daime* (BRASIL, 2010, item 5), referindo-se às denominações mais comuns e urbanas, adotando genericamente o termo *Ayahuasca* para se referir às diferentes denominações. Adotaremos nesta pesquisa preferencialmente as expressões utilizadas na Resolução: Ayahuasca, Hoasca, Vegetal e Daime ou Santo Daime.

ritual e características próprios, embora mantendo a denominação de Daime para a bebida. A terceira linha é a da União do Vegetal (UDV), ou Vegetal, fundada por José Gabriel da Costa, no início da década de 60, sediada em Porto Velho, Rondônia (posteriormente a sede da UDV foi transferida para Brasília). A UDV é a entidade religiosa ayahuasqueira mais institucionalizada e presente em todos os Estados brasileiros, além dos Estados Unidos e alguns países europeus.

A quarta linha doutrinária iniciou-se por volta de 1974, também no Acre, com Sebastião Mota de Melo, como um desdobramento da doutrina originalmente criada por Raimundo Irineu Serra, e se organizou sob o nome de CEFLURIS. Conquanto atribua o mesmo nome para a bebida (Daime), a mesma farda, simbologia básica, calendário, o Cefluris possui doutrina e rituais diferentes daqueles preconizados por Raimundo Irineu Serra, dando azo a vários equívocos, pois uma mesma palavra – Daime ou Santo Daime - passou a designar doutrinas com diferenças bem acentuadas. Mais recentemente, especialmente a partir do seminário realizado pelo Conselho Nacional Antidrogas - CONAD em 2006, essa entidade assumiu-se como mantenedora de doutrina distinta daquela deixada por Raimundo Irineu Serra, embora usando o mesmo nome de Daime (MACRAE, 2008, p. 298). Na atualidade, Daime remete, junto ao grande público, mídia e bem assim nas investigações acadêmicas, à doutrina e prática do Cefluris²⁹, e não à doutrina criada por Raimundo Irineu Serra (LABATE, 2004, p. 66-68; 2009, p. 268; MACRAE, 1992, p.72; CEMIN, 2001, p. 69).

Essas “linhas”, segmentos ou doutrinas (Daime, Barquinha, UDV e Cefluris) se dividiram e originaram outras entidades e “linhas”, mas ainda são representativas do universo religioso ayahuasqueiro no Brasil, e foram utilizadas pelo CONAD em 2006, na escolha de representantes das entidades ayahuasqueiras.

Ayahuasca – Decisões

Ayahuasca tem sido objeto de várias decisões, tanto no âmbito administrativo quanto no judicial, em países com tradições jurídicas distintas, como Chile, EUA, Reino

²⁹ Em 1998, CEFLURIS se divide em duas organizações distintas. Uma se transmuta em organização não governamental destinado a preservação ambiental, mantendo o nome de Instituto de Desenvolvimento Ambiental – Ida – CEFLURIS. Juridicamente a igreja passa se denominar ICECLU – Igreja do Culto Eclético da Fluente Luz Universal. Apesar da mudança, continua sendo conhecido como CEFLURIS (LABATE, 2008, p. 26).

Unido, Holanda, Alemanha, Japão, França, Itália, Espanha, Peru, Israel, Canadá etc³⁰. No campo jurídico, repercute em matéria tributária (na remessa de Ayahuasca de uma igreja para outra, localizadas em Estados diferentes incide o imposto sobre circulação de mercadorias? A remessa para outros países acarreta imposto de exportação?), direito de família (o fato de um dos pais fazer uso de Ayahuasca o descredencia para a guarda de filhos menores?), civil e médica (a mulher grávida pode tomar Ayahuasca? Pessoas que tomam Ayahuasca podem doar sangue em hemocentros públicos?); administrativo (o Governo Federal, Estadual ou Municipal, por qualquer de seus órgãos, pode editar e distribuir nas escolas cartilhas com o fim de prevenir drogas e incluir a Ayahuasca, ou isto constitui discriminação contra uma minoria?). Optamos por decisões que mostram como intérpretes, em locais, tempos e sistemas jurídicos diversos, empregam a liberdade religiosa ao deliberar casos concretos. Esses casos traçam um panorama representativo das questões que o tema suscita e demonstram que em suas categorias centrais, a controvérsia assume contornos que não mudam ao longo do tempo e no espaço, embora mude o papel e a relevância atribuída àquela liberdade, com repercussão no veredito.

Daime³¹ - as decisões governamentais brasileiras

Leôncio representou demanda individualizada. A proibição do Governo, pelo modo como se deu, restringia-se às três igrejas³² ou entidades no Acre que faziam uso de Ayahuasca. Até 1985, não havia nenhuma decisão formal por parte do governo sobre o assunto. Há notícias de que os grupos que faziam uso ritual da Ayahuasca encontravam resistência de representantes do poder público, mas as objeções findavam, por várias formas, contornadas. Até que a Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos do Ministério da Saúde – DIMED incluiu na portaria 2, de 08.03.85 (publicada no Diário Oficial

³⁰ Uma exposição de sua expansão, com descrição de sua situação jurídica em alguns países pode ser obtida na coletânea de artigos editada por Beatriz Labate e Henrik Jungaberle: *The Internacionalization of Ayahuasca*.

³¹ Como se verá, quem se insurgiu contra a proibição foi o Centro Beneficente União do Vegetal – UDV, que utiliza nos seus rituais o *Vegetal*, nome que ali recebe a Ayahuasca. Todavia, uma vez iniciado o procedimento, *Daime* acaba sendo a denominação mais utilizada para se referir à Ayahuasca. Com o tempo e em razão de várias polêmicas, reportagens e escândalos, *Daime* ou *Santo-Daime*, denotando a doutrina professada por uma entidade, *CEFLURIS*, praticamente passou a ser sinônimo de Ayahuasca perante o Governo e a opinião pública em geral. Vide seção Ayahuasca – *breve histórico*.

³² As entidades religiosas que fazem uso de Ayahuasca em geral não utilizam a denominação igreja, própria do cristianismo, mas *Sede*, *Centro* e *Núcleo* (conforme o segmento), o que contribui para a afirmação da identidade, assim como a denominação *terreiro*, *centro espírita*, mesquita, sinagoga integra a identidade dos cultos afros, kardecistas, muçulmano e judaico, respectivamente. Usaremos indistintamente entidade, centro ou igreja.

da União – DOU de 13.8.85), o cipó *Banisteriopsis caapi* como espécie vegetal proscrito, ao fundamento de que continha dimetiltriptamina (DMT) em sua composição, substância proibida (tratou-se de um erro: o DMT está presente na folha *Psychotria viridis* e não no cipó *Banisteriopsis*³³).

No dia 23 de julho de 1985, a entidade religiosa denominada “Centro Espírita Beneficente União do Vegetal” peticionou ao então Conselho Federal de Entorpecentes - CONFEN, pleiteando a revisão da inclusão do cipó utilizado na elaboração da Ayahuasca na Lista de Produtos e Plantas proscritas, alegando que a questão devia ser examinada sob a perspectiva sociológica, química, farmacológica, cultural e jurídico-constitucional ante a liberdade de religião, destacando, ainda, que seus integrantes são pessoas ordeiras e que a entidade já havia sido reconhecida como de utilidade pública em vários lugares. Esta petição³⁴ é o marco inicial da questão relativa à Ayahuasca no CONFEN. A partir de então Ayahuasca foi objeto de várias deliberações, pareceres, recomendações, estudos, pesquisas etc. O relato que se segue é um resumo das principais decisões, com ênfase nas justificações apresentadas.

CONFEN 1987

Em resposta ao pedido de revisão da proibição, subscrito pela UDV, o CONFEN publicou a Resolução 4/85, de 8.8.85, constituindo grupo de trabalho para examinar, sob a perspectiva “sociológica, antropológica, química, médica e de saúde” a questão da produção e consumo de substâncias derivadas de espécies vegetais que, conquanto não incluídas em listas internacionais, constavam em portaria da DIMED como proscrita. Determinou ainda que se analisasse a suspensão provisória de tais substâncias no rol das proscritas.

Dois integrantes do grupo de trabalho visitaram o Acre, sede de diversas comunidades usuárias de Ayahuasca, e elaboraram relatório da viagem, que registrou, entre

³³ Ayahuasca, segundo Jace C. Callaway, professor de Farmacologia e Toxicologia da Universidade de Kuopio, na Finlândia, sob a perspectiva farmacológica “é uma das drogas mais sofisticadas e complexas que se tem conhecimento” e “é uma benção da natureza” (2002, p. 232 e 235). Sua farmacodinâmica impressiona: o DMT, presente na folha, não é ativo oralmente, não produzindo efeito, em razão da enzima MAO, presente no trato digestivo, metabolizá-lo. Porém, os alcaloides presentes no cipó inibem a MAO, permitindo a absorção e ação do DMT. Em síntese: a ayahuasca só tem efeitos psicoativos em razão de uma combinação rara e improvável de plantas que possuem substâncias que interagem de modo excepcional *entre si e com o organismo humano*. Os pesquisadores não sabem explicar como os indígenas descobriram essa associação nem se o fizeram de modo deliberado. Para outra exposição didática e breve: SANTOS, 2007.

³⁴ Petição UDV, protocolada no CONFEN em 23.6.85 e despachada em 15.7.85. Arquivo UDV.

outras percepções: o uso ritual de ‘Daime’ há décadas sem notícia de prejuízo social e a adoção de “padrões morais e éticos de comportamento em tudo semelhantes aos existentes e recomendados na nossa sociedade”. Lastreado em tal relatório de viagem, o CONFEN, em decisão unânime de 4 de fevereiro de 1986 (Resolução 6/86³⁵), excluiu provisoriamente (até conclusão das atividades do grupo de trabalho) o cipó *Banisteriopsis caapi* como substância proscrita. Reconheceu, ainda, que sua inclusão na lista DIMED não observou o procedimento correto (prévia anuência do CONFEN).

O Grupo de Estudo submeteu seu relatório final e parecer ao plenário do CONFEN em setembro de 1987, resultado de estudos, outras visitas às entidades e exames ao longo de dois anos, opinando pela exclusão das espécies vegetais que integram a elaboração da Ayahuasca, obtendo aprovação unânime. O parecer foi firmado pelo advogado Domingos Bernardo Gialluisi da SILVA SÁ, e, baseado no relatório do grupo de trabalho, descreve as visitas dos integrantes do grupo de trabalho às comunidades e rituais, o clima de normalidade e ordem, às diferentes doutrinas e entidades religiosas; a ausência de qualquer circunstância que indique causar a Ayahuasca malefício à saúde física ou psíquica das pessoas que a usam ritualmente; aborda aspectos farmacológicos, sociológicos, psicológicos, jurídicos, filosóficos no exame das questões centrais que envolvem a causa: o que é alucinógeno e se é possível admitir seu uso pelo homem da cidade tendo em vista as diferentes “culturas” urbana e rural; diz da dificuldade humana de aceitar aquilo que se afasta do paradigma vigente numa sociedade; contextualiza esta questão no âmbito de uma sociedade inspirada no lema da “guerra total contra as drogas”, imposto pelo DEA (*American Drugs Enforcement*, agência federal americana de combate ao narcotráfico); faz uma abordagem antropológica sobre a característica que têm as diversas culturas de se comunicarem, se interpenetrarem como condição de evolução e adaptação etc.

Na decisão CONFEN/87, que reconheceu a legitimidade do uso religioso da Ayahuasca, sobressai ainda importante esclarecimento quanto à razão que levou a inclusão do cipó *Banisteriopsis caapi* na lista de substâncias proscritas. Narra que dia 30 de setembro de 1981 a Polícia Federal prendeu em flagrante, na cidade de Rio Branco-Acre, um rapaz com 22 anos portando maconha, residente na “Colônia Cinco mil”, comunidade rural que

³⁵ Aprovada na Sessão Plenária do CONFEN no dia 31.01.86.

fazia uso da Ayahuasca associada à maconha. No dia seguinte, 1º.10.1981, a Polícia Federal apreendeu pés, sementes e folha de maconha naquela comunidade. Segundo o relatório,

“pode-se dizer, portanto, que o ‘Banisteriopsis’ entrou, posteriormente, na lista da DIMED, por causa da ‘maconha’ que estava sendo usada, à época, na ‘colônia cinco mil’ [...]. O fato é que, somente a partir da prisão de Eder, por porte de maconha, repita-se, foram desencadeadas diversas investigações nos diversos grupos usuários da beberagem, em especial na comunidade liderada pelo ‘Padrinho Sebastião’³⁶. O fato sob exame tem suma importância posto que não pôde o Grupo de Trabalho apurar, ao menos até o momento, um único registro, objetivamente comprovado, que levasse à demonstração inequívoca de prejuízos sociais causados, realmente, pelo uso que vem sendo feito, até esta parte, da Ayahuasca” (SILVA SÁ, 1987, p. 27. Sublinhados do original. Nota explicativa acrescida).

CONFEN 1992

A questão foi reaberta no CONFEN em 1991, a partir de denúncia anônima descrevendo supostos fatos alarmantes: haveria mais de 10 milhões de fanáticos, crianças submetidas a visões por mais 72 horas em razão do uso de Daime; Daime exposto como seita de ex-toxicômanos e ex-guerrilheiros; trabalho escravo etc. Após novas pesquisas, novo parecer foi elaborado, enfatizando a ausência de dados objetivos que recomendassem a proibição e que “a tendência [dos adeptos] mais notada é a de promover estilos de vida recatados e austeros, voltados para o culto à espiritualidade e aos valores familistas e comunitaristas” (fl. 13).

Em 02/06/92, o CONFEN decide pela manutenção da liberação do uso ritual da ayahuasca³⁷, consigna que a Administração Pública deve zelar pela segurança jurídica e estabilidade das relações criadas a partir das decisões administrativas, as quais geram direitos para os destinatários de seus atos, de modo que é vedado o reexame, sem novos fundamentos, de questão já apreciada, e determina a instituição de uma comissão mista integrada por representantes do CONFEN e das entidades que fazem uso ritual da ayahuasca

³⁶ Como ficou conhecido Sebastião Mota de Melo, contemporâneo e seguidor de Raimundo Irineu Serra, seringueiro maranhense fundador da primeira doutrina que fez uso urbano da Ayahuasca, por volta de 1920, no Acre. Raimundo Irineu faleceu em 1971, deixando uma entidade em funcionamento, denominada CICLU. Em 1974, Sebastião Mota se afasta desta entidade e acrescenta várias inovações ritualísticas, entre elas, a maconha, dando origem a uma nova doutrina, diferente da deixada por Raimundo Irineu Serra (MACRAE, 1992, p. 72). Porém, o fato de usar o mesmo nome para a bebida, daime, tem propiciado muitos equívocos na mídia, Poder Público e junto à comunidade acadêmica.

³⁷ Ata da 5ª Reunião Ordinária do CONFEN, realizada 2.6.92. D.O.U. 24.8.1992, p. 11.467. Disponível: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=67&data=24/08/1992>>

“com o objetivo de consolidar os princípios e regras básicas, comuns às diversas entidades referidas, para fins, entre outros, de acompanhamento da Administração Pública”³⁸.

CONFEN 1995

Em 1994, Alice Castilho³⁹ pede providências ao CONFEN quanto à “seita do Santo Daime” ou CEFLURIS, afirmando que sua filha, menor de idade, teria sido levada do Rio de Janeiro para uma comunidade do Acre, em claro descumprimento a ordem judicial. Nessa comunidade, sua filha estaria submetida a “lavagem cerebral”, com uso de Ayahuasca, para odiar sua mãe e convencida a sabotar sua vida [da mãe] e profissão. Refere matérias jornalísticas que noticiam uso de Ayahuasca com maconha e comércio internacional da bebida e imputa responsabilidade àquela entidade por um caso de distúrbio mental, dois suicídios e “uma promessa de cura da AIDS, sem êxito”.

A denúncia foi objeto de parecer firmado pelo Conselheiro José Costa Sobrinho, em 2.6.1995, no qual se reporta à decisão do CONFEN de 1987 e à legitimidade do uso religioso da Ayahuasca aí reconhecido, destacando que já naquela decisão havia a informação de que uma entidade, o CEFLURIS, usava maconha associada à Ayahuasca nos seus rituais. Conclui recomendando várias providências, entre as quais: a) instituição de mecanismos de controle para efetivação das regras contidas em Carta de Princípios⁴⁰ elaborada pelas entidades que fazem uso de Ayahuasca, ante a possibilidade de transgressão às regras ali estampadas; b) vedação de Ayahuasca a portadores de distúrbio mental; c) recomendação para que menores de idade não tomem Ayahuasca; d) sugestão de uma comissão mista integrada pelo CONFEN e representantes das entidades religiosas etc.

Esse parecer foi aprovado pelo CONFEN, por unanimidade, em 2 de junho de 1995⁴¹.

³⁸ Esse último item restou inobservado e foi retomado na Reunião do dia 10.7.92, com indicação dos nomes. D.O.U. 9.9.92. Disponível em: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=7&data=09/09/1992>

³⁹ A denunciante escreveu um livro no qual narra suas experiências: *Santo Daime – fanatismo e lavagem cerebral*. Rio de Janeiro: Imago, 1995.

⁴⁰ Carta firmada em 1991 pelas principais entidades que fazem uso da Ayahuasca pela qual se comprometiam a observar alguns princípios, tais como o uso exclusivo de Ayahuasca elaborada somente com o cipó *Banisteriopsis caapi* e a folha *Psychotria viridis* e sem associação com substâncias psicoativas ilícitas; não comercialização etc.

⁴¹ Conforme ata CONFEN publicada no D.O.U de 11.8.1995, seção I, p. 12121. Disponível: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=9&data=11/08/1995>

CONFEN 1997

Em 1997, no Estado de Roraima, um membro da UDV requereu autorização ao Juiz da Infância e Juventude para que seu filho menor de idade participasse do ritual da igreja a que pertencia, com ingestão de Ayahuasca. Não havia nenhuma previsão legal para que um pai pedisse autorização à Justiça para que um filho menor tomasse Ayahuasca, e outras crianças participavam sem autorização governamental, segundo a compreensão das leis de regência da época. Todavia, o Juiz da Infância e Juventude solicitou informações ao CONFEN, que emitiu parecer elaborado por um único membro, recomendou que Ayahuasca fosse proibida para menores de idade sob a consideração de que se cuidava de substância psicoativa e, portanto, tinha potencial para interferir na sua formação da criança ou adolescente. Não citou pesquisa nem caso concreto no qual houvesse indícios de prejuízo para o desenvolvimento físico, biopsíquico, moral ou intelectual de menor⁴².

CONAD⁴³ 2002

Diversas denúncias deram origem a novo procedimento no CONAD⁴⁴. A Resolução nº 26, de 31 de dezembro de 2002 do CONAD, nos seus considerandos, refere-se àquela *recomendação* como de observância cogente, e, lastreada em laudo do Instituto Nacional de Criminalística (que confirma a presença dos alcalóides DMT, harmalina e harmina), em nota técnica da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (que sumaria a composição química da Ayahuasca e as deliberações que a tiveram como objeto e que resultaram na legitimidade do uso ritual), e parecer da Associação Brasileira de Psiquiatria (sugere redimensionar o documento que autoriza o uso religioso em face de novas pesquisas, do uso descontextualizado da religião, da ausência de segurança quanto ao uso de qualquer substância psicoativa e psicotrópica), determina a instalação de grupo de trabalho constituído por instituições e organizações sociais, por representantes das entidades religiosas, para apresentar à deliberação daquele Conselho propostas de medidas de controle social da Ayahuasca, na perspectiva do princípio da responsabilidade

⁴² BRASIL, 1997. A decisão foi publicada no D.O.U de 8.7.1997. Disponível: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=7&data=08/07/1997>>

⁴³ A Medida Provisória 1.689-1, de 29.6.1998, no seu art. 2º, transformou o CONFEN (Conselho Federal de Entorpecentes) no *Conselho Nacional Antidrogas* – CONAD, mantendo sua competência e transferindo-o do Ministério da Justiça para a Secretaria Nacional Antidrogas da Casa Militar da Presidência da República. A lei 11.343/06 manteve a nomenclatura. A Lei 11.754/08 alterou seu nome para *Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas*, mantendo a sigla CONAD (art. 6º). O Decreto 7.426, de 7 de janeiro de 2011 (art. 1º) transferiu o CONAD para o Ministério da Justiça, retirando-o do âmbito da Presidência da República.

⁴⁴ Relatório GMT/CONAD de 23 de novembro de 2006, p. 5. Publicado no D.O.U de 26.01.2010.

compartilhada, que preservem a manifestação cultural religiosa. Não há registro de que este grupo de trabalho tenha sido constituído⁴⁵.

CONAD 2004/2010

Em 17 de agosto de 2004, o plenário do CONAD aprova parecer da Câmara de Assessoramento Técnico-Científico sobre o uso religioso da Ayahuasca, apresentado à 3ª reunião do CONAD. Elaborado por vários especialistas, o parecer se reporta às decisões e estudos anteriores do CONFEN/CONAD, reiterando-os; refere o pronunciamento da ONU, através do INCB (*International Narcotics Control Board*), relativamente à Ayahuasca, de que sendo a planta utilizada praticamente *in natura*, não cabe nenhum controle, pois não haveria purificação, concentração ou isolamento de substâncias. Em relação a crianças, adolescentes e grávidas, menciona que, nos termos da legislação brasileira, insere-se no pátrio poder e na autonomia individual a decisão a respeito. Em cumprimento daquela deliberação plenária, foi editada a Resolução CONAD n. 5 (DOU 18.11.2004), que instituiu Grupo Multidisciplinar de Trabalho - GMT para levantamento e acompanhamento do uso religioso da Ayahuasca, bem como para a pesquisa de sua utilização terapêutica; criou o cadastro nacional de todas as instituições que adotam o uso religioso da Ayahuasca; indicou como objetivo final a elaboração de documento que traduza a deontologia do uso da Ayahuasca, como forma de prevenir seu uso inadequado; determinou a consolidação de todas as decisões do CONFEN e CONAD sobre o uso religioso da Ayahuasca para acesso público.

O GMT é constituído por pesquisadores da área de antropologia, farmacologia/bioquímica, social, psicologia, psiquiatria e jurídica e por igual número de representantes dos vários grupos que fazem uso de Ayahuasca, num total de 12 membros. São realizadas seis reuniões, ao longo de cinco meses, em Brasília, com elaboração de relatório final em 23.11.2006, aprovado pelo CONAD em 6.12.2006. Em 26 de janeiro de 2010, é publicada no D.O.U⁴⁶ a Resolução CONAD n. 01/2010, que acolhe o relatório final do GMT, mantendo a legitimidade do uso religioso da Ayahuasca. Entre outros princípios, declara que tal uso é incompatível com a associação com substâncias psicoativas ilícitas, com sua mercantilização, turismo religioso, uso terapêutico e a propaganda de seus efeitos; que a

⁴⁵ Relatório GMT/CONAD 2006, p. 5.

⁴⁶ In <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=57&data=26/01/2010>>

participação de crianças e adolescentes nos rituais deve permanecer como objeto de deliberação do poder familiar (art. 1.634, CC), bem assim que o uso por grávidas se insere no âmbito da autonomia individual; sugere medidas que reprimam o uso não ritual, entre várias outras providências e deliberações.

Hoasca

Ayahuasca na Suprema Corte dos Estados Unidos [*Gonzalez v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal* 546 US 418 (2006)]

Em 1999, a alfândega dos Estados Unidos apreendeu uma remessa, originada do Brasil, contendo três recipientes de Hoasca, destinada a membros do Centro Espírita Beneficente União do Vegetal – UDV, entidade que faz uso religioso da Ayahuasca. Os inspetores apreenderam a bebida ao argumento de que na sua composição havia dimetiltriptamina (DMT), alcalóide com uso, comercialização e distribuição vedados pelo Ato de Substâncias Controladas, e advertiram aos membros da UDV que seriam processados criminalmente, caso insistissem em fazer uso daquela bebida. Frente a essa ameaça, a UDV propôs ação judicial junto à Corte Federal, a fim de garantir sua prática religiosa, sustentando, essencialmente, que a proibição do Governo Americano violava a garantia de livre exercício da religião assegurado pelo *Religious Freedom Restoration Act* – RFRA (Ato de Restauração da Liberdade Religiosa). Esta lei de 1993 dispõe que o Governo não pode limitar o exercício de qualquer religião, a menos que demonstre legítimo interesse na limitação adotada. Além disso, deve demonstrar que esta limitação é o meio menos gravoso de atingir aquele interesse coletivo.

O Governo compareceu em juízo e reconheceu, por primeiro, a sinceridade⁴⁷ da prática religiosa da UDV; por segundo, que a aplicação do ato de substâncias controladas seria ônus pesado imposto ao exercício daquela religião e que inviabilizaria sua prática. Porém, sustentou a existência de relevante interesse público a justificar a proibição: a) a proteção da saúde dos membros da UDV; b) prevenção de eventual uso recreacional da

⁴⁷ O próprio Governo reconheceu que as pessoas acreditavam praticar uma religião. As Cortes Americanas ao longo do tempo tiveram de examinar vários casos nos quais o indivíduo pleiteava proteção judicial para dada prática. Ao decidir, o juiz, preliminarmente, analisava se a prática era de boa-fé (*bona-fide*), se poderia ou não ser considerada uma religião sincera ou se se tratava apenas de um estilo de vida ou ardil para se furtao cumprimento da lei. Um caso emblemático pode ser visto em *US v. Meyers* 178 L. Ed. 2d 436 2010 U.S., no qual o juiz negou proteção a indivíduo que alegava uso religioso da *canabis sativa*. Esta decisão pode ser encontrada em <<http://caselaw.findlaw.com/us-10th-circuit/1074566.html>> Acesso em 08/09/2012.

Hoasca, com conseqüente utilização do DMT enquanto substância proibida; c) o cumprimento da convenção da ONU de 1971, relativa ao uso de substâncias psicotrópicas, da qual os EUA são signatários.

Desenvolveu-se ampla produção de provas. O Governo apresentou evidências de que o DMT presente na Ayahuasca pode causar reações psicóticas, alterações cardíacas e interações diversas com outras substâncias. A UDV juntou estudos científicos que demonstram que o uso ritual da Hoasca não causava problemas concretos. No curso do processo, a UDV pediu medida cautelar para garantir sua prática religiosa, enquanto durasse o processo. Após a instrução preliminar da causa, a Corte Federal concedeu ordem para suspender a proibição governamental de uso da Ayahuasca. O Governo recorreu à Corte de Apelações do 10º Circuito, em Denver, Colorado, EUA. Este Tribunal de Apelações manteve a decisão da Corte Federal de origem, por seus próprios fundamentos.

O Governo Americano, representado pelo Procurador Geral dos Estados Unidos, Alberto Gonzalez, e outras autoridades interessadas no caso⁴⁸, então peticiona à Suprema Corte, pleiteando a reforma da decisão, repetindo, essencialmente, a argumentação exposta no Juízo de origem.

A decisão proferida pela Suprema Corte inicia sua fundamentação referindo os precedentes que deram origem ao RFRA, especialmente o caso *Employment Div. v. Smith*, 494 U. S. 872 (1990). Alfred Smith era índio e lhe foi negado benefício de seguro desemprego porque usava peiote (cacto que contém mescalina, substância psicoativa que também integra a lista do ato de substâncias controladas, tal como o DMT presente na Ayahuasca), conforme a tradição cultural indígena da qual era nativo. Em *Smith*, a Suprema Corte decidiu, por maioria, que a Primeira Emenda⁴⁹ (que assegura a liberdade religiosa) não proíbe o Governo de impedir práticas religiosas através de leis que podem ser aplicadas genericamente, isto é, se a lei não visa a diretamente criar embaraço a qualquer religião, eventual limitação advinda da aplicação de lei a uma prática religiosa é constitucional. O Congresso americano reagiu a essa decisão da Suprema Corte e promulgou em 1993 o RFRA,

⁴⁸ DEA – Drug Enforcement Administration, representado por *Karen P. Tandy*; *John Snow*, Secretário do Tesouro; *David Iglesias*, Procurador Federal no Estado do Novo México; *Hugo Martinez*, pela Agência de Imigração no Estado do Novo México.

⁴⁹ "O congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas."

dispondo que o Governo não pode criar limitação ao livre exercício de qualquer religião, mesmo sob a alegação de estar cumprindo lei de aplicação genérica, salvo a exceção já explicitada (satisfação de interesse geral).

Assim delimitada a questão, o Tribunal consigna que o Governo não demonstrou concretamente o potencial ofensivo da Hoasca ou o risco de propagação indevida (uso recreativo). Refere que o Governo não juntou estudo conclusivo que demonstrasse risco no uso ritual da Ayahuasca e que, ao contrário, a UDV juntou pesquisas científicas enfatizando a ausência de perigo concreto. Reafirma que, nos termos do Ato de Restauração da Liberdade Religiosa, a prática de uma religião só pode ser tolhida caso se demonstre, concomitantemente, que há interesse público na proibição e que a proibição é o meio menos ofensivo para se atingir aquele interesse coletivo, e, assim, não basta a só alegação governamental de que há risco em potencial.

O Governo repisou que as substâncias elencadas na Tabela I do (RFRA), como o DMT, têm alto potencial de abuso, nenhum uso médico aceitável e risco para a segurança dos usuários e há precedente enunciando que somente as exceções previstas pela própria lei são admissíveis [*Gonzales v. Raich*, 545 U. S. ___, ___ (2005)]. Disse também o Governo que não poderia atuar com o necessário rigor se sujeito às exceções judiciais. Defendeu que a exceção judicial poderia levar a população a duvidar do caráter perigoso das substâncias proibidas pelo Congresso.

Respondendo àquela argumentação governamental, a Suprema Corte admite que as substâncias catalogadas na lista I do Ato de Substâncias Controladas são perigosas, mas nada indica que o Congresso, ao aprovar o Ato de Substâncias Controladas, quis se referir ao uso ritual da Hoasca, proibindo-o. Ao contrário, a exceção prevista para o uso ritual do cacto peiote pelos indígenas americanos, que contém a mescalina, substância igualmente prevista na lista I do Ato de Substâncias Controladas, faz presumir que o Congresso admitiu exceções que estejam de acordo com a segurança e saúde de todos. Se há exceção para a mescalina, presente no peiote, pode haver também para o DMT, presente na Ayahuasca. Enfatiza que a circunstância de ser permitido o uso religioso da mescalina não impediu o Governo de reprimir o uso recreativo ou ocasional.

Reconhece o Governo a exceção para o uso ritual do peiote, mas diz que esta exceção se justifica em razão da “relação única” existente entre os Estados Unidos e os indígenas nativos e, portanto, não se aplicaria à Ayahuasca. A Corte rejeita essa alegação: se o fundamento da proibição é o risco à saúde, a alegada relação histórica entre os indígenas e o Governo Americano, de per si, não tornaria os indígenas imunes ao risco proveniente do uso do peiote.

O Governo replica: a exceção prevista pelo Congresso para uso do peiote pelos nativos não autoriza a criação judicial de outras exceções: somente o Congresso poderia criar exceções. A Suprema Corte afirma que o RFRA expressamente estabelece que o Judiciário deve reconhecer exceções: 42 U. S. C. §2000bb.1(c)⁵⁰.

Sustenta também o Governo que o ato de substâncias controladas deve ser aplicado uniformemente, sem privilégio para uso religioso. O Tribunal destaca, para afastar essa objeção, que a exceção do peiote, contudo, tem estado em vigor desde a edição do Ato de Substâncias Controladas, e não há evidência alguma de que isso reduziu a ação governamental em banir o uso do peiote por usuários não indígenas e que, além disso, a legislação deve ser interpretada e aplicada considerando o equilíbrio entre a liberdade religiosa e os interesses governamentais.

Outro argumento manejado pelo Governo diz respeito à necessidade de observância à Convenção da ONU para drogas psicotrópicas, subscrita pelos EUA e implementada através do ato de substâncias controladas. A Corte Distrital afirmou que aquela Convenção internacional não se aplicava à Ayahuasca: que as plantas e a própria bebida são suficientemente distintas do DMT sozinho e, em consequência, não estariam proibidas. Diversamente da Corte de Apelação, a Suprema Corte proclamou que a Hoasca, por conter DMT, está incluída sim naquele Tratado Internacional, e que a circunstância de ser elaborada mediante simples cozimento, em oposição a métodos mais sofisticados, não altera isso. Contudo, embora tenha reconhecido que a Hoasca se encontra sob a égide da Convenção de Viena de 1971, diz que este só fato não é suficiente para legitimar a aplicação, pelo Governo, do Ato de Substâncias Controladas em detrimento de uma prática religiosa.

⁵⁰ “Qualquer pessoa que tenha o exercício de sua religião restringido em violação ao disposto nesta seção poderá declarar essa violação como forma de reivindicação ou defesa em um procedimento judicial e obter o apropriado resguardo de seu direito em face de imposição governamental (...)” (tradução livre).

Conquanto válidos os interesses do Governo do EUA em cumprir os tratados internacionais e promover a saúde, aplicando o Ato de Substâncias Controladas, tais interesses não se sustentam sozinhos: se a aplicação generalizada de uma lei ameaça o livre exercício de uma religião, cabe ao Judiciário harmonizar os interesses governamentais e a liberdade religiosa.

Ficou mantida assim, pela Suprema Corte, a decisão cautelar que assegurou o uso ritual da Ayahuasca pelos integrantes da UDV.⁵¹ O processo retornou para a Corte Federal de origem no Distrito de Novo México, Estados Unidos, e seu trâmite foi interrompido pela proposta de acordo do Governo Americano, firmado pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, e aceita pela UDV em 14 de julho de 2010. O acordo se restringiu a estabelecer critérios de importação da bebida, armazenagem e registro das entidades da UDV autorizadas a usar a bebida e definiu o valor que o Governo Americano ressarciria à UDV pelos custos decorrentes do processo⁵².

⁵¹ Para mais informações: Suprema Corte (texto integral da decisão): <<http://search.access.gpo.gov/supreme-court/SearchRight.asp?ct=Supreme-Court-Dockets&q1=vegetal>> Um relato mais detalhado sobre aspectos processuais pode ser obtido em Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy: A suprema corte norte-americana e o julgamento do uso de huasca pelo centro espírita beneficente União do Vegetal (UDV). Em *Revista Jurídica, Brasília, volume 8, n. 79, jun/jul de 2006*. Também em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_79/index.htm> e www.neip.info. EISGRUBER, 2007, p. 264/267 aborda a liberdade de religião no âmbito da prática constitucional americana. Em www.udvusa.com, site mantido pela UDV, há reprodução de vários documentos do processo, decisões, comentários, precedentes e informações quanto à situação processual atual. Acerca do método utilizado pela Suprema Corte, origens, fundamentação teórica, entre outros: MARTEL, 2005; TRIBE, 2007, DWORKIN, 2005, cap. 12, em especial.

⁵² LABATE, 2011 traz uma análise sobre esse acordo. Disponível também em <<http://informahealthcare.com/doi/abs/10.3109/09687637.2011.606397>> V. também: <<http://www.udv.org.br/blog/acordo-negociado-finaliza-a-acao-da-udv-contra-o-governo-norte-americano/>>

CAPÍTULO 2 - A DIVERGÊNCIA NO DIREITO

As decisões relacionadas à Ayahuasca descritas no capítulo anterior foram tomadas em países diversos (Brasil e Estados Unidos), em âmbitos diferentes (administrativo e judicial), e em épocas distintas. Todavia, apesar dessas diferenças, apresentam enormes similitudes, pois foram equacionadas na forma de um conflito entre indivíduos e o Estado tendo como eixo a liberdade de religião, seus limites e função. Nenhuma das partes envolvidas negava a existência da liberdade de culto, mas lhe conferiram significados diferentes: um significado fraco, como em *Leôncio*, no qual a liberdade foi negada mesmo quando o juiz reconheceu a inexistência do requisito legal para proibir o uso de uma substância (consistente na identificação do princípio ativo vedado em lei), bastando um temor, fundado ou não, para limitar uma prática religiosa; um sentido forte, como em *CONFEN 1987* e *Hoasca USA*, em que a mesma prática religiosa foi permitida apesar da ciência de que Ayahuasca continha uma substância psicoativa (DMT), cujo uso era vedado em tratados internacionais e na legislação de cada país em razão de seu potencial de provocar visões, *borracheira* ou *miração* (na linguagem dos praticantes), entre outros efeitos.

A percepção de que intérpretes atribuem sentidos diferentes para uma mesma liberdade se reveste de grande importância ao se constatar que o veredito é influenciado em grande medida pelo caráter atribuído a essa liberdade. Se a controvérsia foi equacionada como um conflito entre um direito individual e outros interesses, seu deslinde dependerá da definição do que é um direito, da força atribuída àquele direito, de sua capacidade de resistir ou não a certas pretensões contrárias.

A divergência quanto ao sentido e definição de um direito verificada no caso Ayahuasca não é algo isolado, podendo ser visualizada em praticamente todas as grandes questões constitucionais. Concordamos com a liberdade de expressão, mas temos dúvida se esta liberdade permite ou proíbe a publicação de livros preconceituosos contra judeus, nos quais se afirma que esta “raça” deve mesmo ser perseguida (STF: caso *Ellwanger* HC 82.424/RS) ou se ampara a “marcha da maconha”⁵³ (ADPF 187 e ADI 4274); aceitamos o

⁵³ “Marcha da maconha” é o nome dado a manifestações em várias cidades brasileiras pela descriminalização do uso da maconha. Foi permitida em algumas cidades e proibida em outras, ao argumento de que configuraria o

princípio da igualdade, mas divergimos se o estabelecimento de cotas para negros, índios e/ou pobres a promove ou a nega (ADPF 186); aquiescemos com o direito à vida e à liberdade, mas dissentimos se tais direitos são compatíveis com o aborto, a eutanásia ou a antecipação do parto de anencéfalos (ADPF 54/DF); acolhemos o princípio da dignidade da pessoa humana, mas dissentimos quanto a saber se esse princípio impede o uso de células tronco em pesquisas (ADI 3.510).

Às vezes esse dissenso assume tons contundentes. No HC 71.373-4/RS, o STF debatia se a dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional permitia a retirada coercitiva de material orgânico (sangue, saliva ou cabelo) de uma pessoa, para o fim de realizar exame DNA em ação cível destinada a investigar e identificar a paternidade de um indivíduo que alegava ser seu filho. A intensidade do dissenso pode ser aferida no cotejo dos votos do Min. Francisco Resek, que concordava com a medida coercitiva, e do Min. Marco Aurélio, que a qualificou de “extravagante abuso de poder⁵⁴”. Aquilo que um ministro considerava motivo suficiente para restringir um direito constitucional, outro considerava um abuso. Embora eles reconhecessem o princípio da dignidade e o direito e à intimidade, não só atribuíram pesos diferentes a estes direitos mas divergiram também, em decorrência do tipo de força que conferiam à dignidade, quanto a saber se e quando deveriam sucumbir ao interesse contraposto (identificação da paternidade).

Compreender essa divergência é importante porque diz respeito à própria efetivação dos direitos individuais. Os intérpretes não negam os direitos, não sustentam sua inobservância ou descumprimento da constituição ou carta de direitos que os garante, mas divergem profundamente na sua aplicação, suscitando a relevante questão de saber quando essa negação é pertinente, adequada ou correta, ou mesmo se essa questão (da correção, adequação ou pertinência) tem algum sentido.

O desacordo detectado nos julgamentos choca-se com uma visão bastante difundida sobre o que é o Direito. Essa visão assume duas formas. Uma noção popular, mais recorrente junto às pessoas sem formação acadêmica, que pensa que o Direito é pura e

delito previsto na Lei antidrogas, consistente na conduta de induzir ou instigar alguém ao uso de drogas (art. 33, §2º da lei 11.343/06), e no Código Penal (apologia de crime, art. 287).

⁵⁴ “[...] jamais pensei que, tendo assento no Supremo Tribunal Federal, pudesse defrontar-me com um quadro de tão extravagante – sob minha ótica e com a devida vênua dos Srs. Ministros que me antecederam – abuso de poder, [...]”. STF, HC 71.373-4 RS. Trecho do voto do Min. Marco Aurélio.

simplesmente *uma questão de fato* (isto é, Direito é aquilo que foi aprovado pelos órgãos com competência legislativa), e que há uma norma explícita regendo cada situação. Saber se alguém deve ser multado por transitar acima de 110 km/h, *segundo essa visão*, é apenas uma questão de conferir se existe uma lei fixando o limite de velocidade. O Direito, identificado com o Direito positivado em leis, teria uma resposta para todo conflito. Há outra noção, muito difundida na seara acadêmica, que compartilha a ideia de que Direito é aquilo e somente aquilo que foi aprovado pelos órgãos legislativos, sem qualquer referência à justiça ou moralidade, mas, diferente da versão popular, reconhece que o Direito não tem uma resposta prévia em todo e qualquer caso: quer pelo uso de expressões “vagas”, quer pela linguagem ambígua da lei, o ordenamento deixaria dúvidas ou “lacunas”, as quais seriam colmatadas ou preenchidas pelo juiz⁵⁵. Para preencher tais “lacunas” do Direito, o juiz poderia recorrer a várias possibilidades: *i)* preservar o espírito do ramo do Direito em questão através da identificação desse “espírito”; *ii)* procurar refletir o que o povo pensa sobre o assunto, ao fundamento de que se há dúvida, é mais democrático observar a opinião da maioria; *iii)* tentar tornar o Direito resultante tão justo e sábio quanto possível em *sua* opinião; *iv)* imaginar o que a legislatura faria se tivesse deliberado a propósito etc.

Tanto a versão popular quanto a acadêmica, todavia, são incapazes de oferecer uma resposta satisfatória para vários aspectos de nossa prática jurídica. Quando os juízes interpretam e decidem sobre dignidade, liberdade, vida ou igualdade, decidiram com base naquilo que acreditaram ser o Direito, sem qualquer menção a eventual lacuna a ser preenchida. Entre duas ou mais interpretações disponíveis, cada intérprete opta por uma que acredita expressar o verdadeiro Direito.

Há pelo menos outro aspecto em nossa prática não explicado pela concepção do *Direito como simples questão de fato*. Esta concepção, ao limitar o Direito a somente aquilo que foi legislado, não é capaz de explicar interpretações que reputamos corretas, mas que parecem não decorrer da lei ou mesmo confrontá-la. Sem dificuldade, por exemplo, podemos concordar que se uma lei fixou o limite de 110 km/h, esse é o limite de velocidade a ser observado. Mas hesitamos em afirmar se uma pessoa deve ser penalizada por transitar a 220 km/h se estiver fugindo de assaltantes, a despeito da evidente violação da lei. Se um

⁵⁵ ALEXY, 2005, p. 33; HART, 2007, p. 134 e cap. VII, em especial p. 148.

juiz mantivesse a penalidade, acharíamos que ele incorreria em grave erro, porque ao condutor do veículo não era exigível outra conduta; mas se aceitamos que o motorista não deve ser punido, evidencia-se uma falha da teoria do *Direito como simples questão de fato*: é que não há um dispositivo legal isentando do limite de velocidade na hipótese de fuga de assalto, de modo que aceitar a decisão de que o motorista não deve ser punido é aceitar que o ordenamento não é composto exclusivamente de leis aprovadas pelo legislativo.

Se queremos compreender o Direito e a controvérsia que em seu nome se instaura sobre direitos fundamentais, devemos buscar uma elaboração teórica que não só ofereça uma explicação mais satisfatória do que é o Direito mas seja capaz de explicar a própria controvérsia. Antes de oferecermos uma interpretação da liberdade de religião a ser aplicada a Ayahuasca, impõe-se a construção de alguma referência teórica para que possamos nos posicionar frente às várias possibilidades interpretativas, se entendemos e queremos que a prática do Direito seja permeada pela racionalidade e não como expressão de discricionariedade ou idiosincrasia do intérprete.

Por que divergimos

Um processo judicial pode suscitar três diferentes tipos de questões. Pode suscitar questões de fato, questões de direito e questões interligadas de moralidade política ou fidelidade. Por primeiro, podemos dissentir acerca de como os fatos ocorreram, com repercussão na aplicação do direito. Dependendo de como o fato “morte” ocorreu podemos ter uma legítima defesa, um homicídio privilegiado, um homicídio simples ou um homicídio qualificado e classificado como hediondo, variando, em cada caso, desde a ausência de pena até imposição de pena mínima de doze anos sem direito à fiança, anistia ou graça⁵⁶. A segunda questão refere-se à identificação da lei pertinente ou aplicável e do seu conteúdo. Diz respeito a saber o que é a lei, o Direito, e se ele se restringe às palavras da lei ou se admite alguma extensão; em caso positivo, quando esta extensão é válida: a liberdade de religião permite o uso ritual de uma substância psicoativa proibida em lei? A liberdade de expressão permite a publicação de textos intensamente discriminatórios contra um grupo social?

⁵⁶Art. 121 (homicídio simples), §3º (homicídio culposo) c/c art. 23, II (legítima defesa), Código Penal Brasileiro; art. 5º, XLIII, CF e lei 8.072/90 (crimes hediondos).

A terceira questão surge quando se reputa a lei injusta e indagamos se o juiz deve ou não cumpri-la. Os juízes americanos deviam cumprir a legislação segregacionista, tanto quanto os juízes da África do Sul em relação ao *apartheid* ou os juízes nazistas em relação às leis discriminatórias contra os judeus? Se não deviam, por que não deviam? Que casos autorizam a inobservância de lei? Basta que a lei seja considerada imoral segundo suas convicções? Toda vez que um juiz considerar uma lei imoral, em qualquer medida, deve descumpri-la? A moralidade possui medida ou intensidade? Se sim, qual é o parâmetro?

Nas decisões relacionadas à Ayahuasca e nos demais casos constitucionais relatados não houve qualquer discussão quanto à matéria fática, nenhum juiz alegou ser a norma injusta nem mencionou qualquer dúvida acerca de seu dever de cumprir o mais fielmente possível a lei. Os juízes divergiram a respeito do conteúdo da norma. Isso merece detença. É preciso distinguir a “letra da lei”, texto ou dispositivo legal, da “lei” ou “norma” ou Direito propriamente dito criado pelo texto legal. Uma coisa é a sequência de palavras aprovada pelo órgão legislativo; outra é o “Direito” criado ao se promulgar o documento, o que é algo bem mais complexo⁵⁷. Os juízes compartilhavam o texto da Constituição, sabiam das palavras lá constantes (texto da lei), mas divergiam quanto ao Direito ou norma criado por tais palavras: uns afirmaram que a liberdade de culto protege o uso ritual da Ayahuasca, outros negaram; eles divergiam quanto a saber o que o Direito é.

Por que ocorre essa divergência? Por que juízes e intérpretes autorizados divergem sobre o que diz ou o que é o Direito? Podemos compreender melhor essa questão refazendo-a, para enfatizar sua essência. Para tanto, consideremos a seguinte definição. Assentemos como *proposições jurídicas* “todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza” (DWORKIN, 2010a, p. 6). As proposições podem ser muito genéricas, do tipo “a Constituição assegura a liberdade de expressão”, ou pouco genéricas: “a liberdade de expressão permite a publicação de textos racistas contra os judeus”; ou muito concretas: “*Elwanger* não pode ser processado nem preso por publicar livros racistas”. Adaptando essas proposições à nossa pesquisa, obtemos: a) a liberdade de religião permite o uso ritual da Ayahuasca; b) a liberdade de

⁵⁷ MÜLLER (2010, p. 57) distingue norma e texto da norma, assim como CANOTILHO (1998, p. 1091). BARROSO (2009, p. 193/5) menciona dispositivo e norma; BARCELLOS (2005, p. 103) prefere enunciado normativo e norma.

religião não permite o uso ritual da Ayahuasca. O que torna uma ou outra proposição verdadeira ou bem fundada, ou falsa e sem fundamento?

Fundamentos do Direito

Quem elabora uma proposição jurídica o faz com fundamento em algo que a torna verdadeira. Ninguém propõe algo com base em seu querer ou desejo. Se alguém apenas falasse “todas as pessoas têm direito a uma viagem de férias” compreenderíamos essa declaração como um desejo, uma quimera, e a diferenciaríamos de outra afirmação, do tipo “a liberdade de expressão proíbe a censura”. Essa segunda afirmação depende de outro tipo de proposição para ser verdadeira, qual seja, depende de um fundamento (no caso, que exista a liberdade de expressão com o alcance pretendido). Chamemos aquilo que torna uma proposição jurídica verdadeira de *fundamento do direito*. A maior parte das pessoas acredita que o limite de velocidade é de 110 km/h no Brasil porque o Código de Trânsito brasileiro assim determina. Logo, o *fundamento* da afirmação de que o limite de velocidade é de 110 km/h, nesse exemplo, é o fato de existir uma lei assim estabelecendo. Lastreado em raciocínios dessa natureza a maioria das pessoas crê que o *fundamento* de validade de uma proposição jurídica é um fato histórico puro e simples: a aprovação de uma lei.

Ocorre que discordamos justamente sobre o que é a lei, de modo que dizer que a lei é o fundamento não resolve a questão, pois divergimos se do texto “o limite de velocidade é 110 km/h” decorre a proposição “quem ultrapassar aquele limite fugindo de assaltante não deve ser punido”. Precisamos saber o que torna a segunda proposição bem fundada ou verdadeira, pois esse dissenso é idêntico ao de nossa pesquisa: da cláusula que assegura a liberdade de religião decorre a liberdade para o uso ritual de Ayahuasca?

Com base na noção de *proposições jurídicas e fundamentos do Direito* é possível distinguir duas formas nas quais os intérpretes podem divergir:

a) podem estar de acordo sobre os fundamentos do Direito, mas divergir se num caso concreto aquele fundamento foi observado. Duas pessoas podem concordar que o limite de velocidade num estado americano é de 90 km/h se houver uma lei assim disposta, mas não sabem se existe tal lei. Seria uma *divergência empírica* sobre o Direito;

b) podem discordar quanto aos fundamentos do Direito (sobre as proposições que, quando verdadeiras, tornam verdadeira uma proposição jurídica específica) por divergirem sobre a questão de se o *corpus* do Direito escrito esgota ou não os fundamentos pertinentes do Direito (DWORKIN, 2010a, p. 8). Chamemos isso de *divergência teórica* sobre o Direito. Aqui as pessoas estão divergindo não sobre se uma dada lei existe ou foi aprovada, mas quanto ao conteúdo da lei, ao que ela implica, aos seus efeitos em relação às situações jurídicas das pessoas, quanto a saber que proposições (alegações ou afirmações sobre o quê o direito proíbe, permite ou autoriza) ela torna verdadeira ou falsa.

Vejamos um exemplo. A Constituição Federal dispõe que o racismo constitui crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII). No HC 82.424/RS (caso *Ellwanger*) discutiu-se o sentido constitucional da expressão “racismo”, para saber se era aplicável ao réu que publicou vários livros discriminatórios e insultantes contra os judeus. O Min. Moreira Alves recordou que esse dispositivo foi aprovado para o fim de evitar preconceito contra os negros, historicamente oprimidos no Brasil, e por esse motivo não se estendia para amparar os judeus ou outros grupos minoritários. Citou, em abono de sua ideia, os registros da Assembleia Nacional Constituinte, os quais eram claros quanto à intenção do constituinte de proteger os negros. O *fundamento* do Direito, aquilo que tornava correta a proposição “discriminar os judeus (ou outro grupo) não constitui racismo” na opinião do Min. Moreira Alves era a “intenção do constituinte⁵⁸”. Se os Constituintes inseriram um artigo com dada intenção, essa intenção determinava a aplicação e o sentido desse dispositivo. O “Direito” promulgado se atinha e se limitava ao intento constituinte.

O Min. Gilmar Mendes adotou outro entendimento, e sustentou uma interpretação de “racismo” à luz do sentido social e histórico do fenômeno, de forma a abarcar “quaisquer manifestações discriminatórias assentes em referências de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade etc.)”⁵⁹. Os ministros divergiram porque adotaram *fundamentos do Direito* diferentes: para um, o que torna a proposição “o discurso de ódio contra os judeus constitui racismo” verdadeira ou falsa é a intenção do constituinte: se o constituinte estipulou o preceito tentando proteger os negros historicamente escravizados no Brasil, esse é o alcance e o sentido da norma; para outro, a verdade ou

⁵⁸ HC 82.424-2/RS, p. 10 do voto. O voto cita declarações dos parlamentares que propuseram o dispositivo e que esclarece a finalidade específica de extinguir o preconceito contra os negros.

⁵⁹ HC 82.424-2/RS, p. 12 do voto.

falsidade dessa proposição depende de aspectos históricos e sociais e não só da intenção dos constituintes que aprovaram esse dispositivo: o sentido de racismo não se limita ao que o constituinte quis ou pensou, mas se estende às práticas discriminatórias contra qualquer grupo estruturadas sob o pressuposto de que um segmento social, étnico ou religioso é superior e por isso deve dominar e estigmatizar outro.

O exemplo dado indica a divergência teórica no Direito e demonstra como o que é Direito varia conforme o fundamento adotado pelo intérprete. Porém, admitir que o que é Direito pode variar dependendo do fundamento adotado pelo intérprete nos leva a uma constatação e põe em relevo uma importante questão. A constatação: verificar que os intérpretes utilizam fundamentos diversos nos faz perceber que a interpretação de um texto ou dispositivo legal, e em especial da constituição e cartas de direitos, faz uso de elementos externos ao texto, transformando a interpretação numa prática extratextual, na dicção de Laurence Tribe, professor de Harvard, e Michael Dorf, da universidade de Colúmbia (2007, p. 88), isto é, o texto legal não regula sua própria interpretação⁶⁰, necessitando de elementos externos. A percepção desta característica, de que não há uma noção de Direito unívoca e de que seu sentido provém de elementos externos, enfatiza a questão de saber se o intérprete é livre para escolher o fundamento, ou se temos algum critério para favorecermos um fundamento ao invés de outro. No exemplo dado, no qual um Ministro leva em conta a vontade do legislador como fator preponderante da interpretação e outro Ministro prefere fundamento diverso, é possível optarmos por um ao invés de outro de modo não-arbitrário?

Precisamos desenvolver mais o tema para construirmos uma resposta. Se pressupomos que o Direito é uma prática argumentativa dotada de alguma racionalidade, então nossos direitos e deveres não devem ser decididos de modo aleatório ou arbitrário. Um primeiro passo é aprofundarmos nossa compreensão sobre o que é ou quando é possível uma controvérsia. Acreditamos que uma discussão entre duas ou mais pessoas só é possível se elas compartilharem do mesmo significado de uma palavra. Se duas pessoas discutem sobre bancos, e uma delas pensa em bancos de praça e outra em instituições financeiras, concluímos que dessa conversa não poderá resultar nada sensato, mesmo que ambos concordem que “existem muitos bancos no país”. Por outras palavras, se admitirmos

⁶⁰ Na mesma senda, Sunstein diz que a “Constituição não vem com as instruções para ser interpretada” (2009, p. 118).

que os intérpretes estão utilizando fundamentos do Direito diversos somos levados a crer que a prática jurídica e os julgamentos são, na melhor das hipóteses, algo arbitrário e insensato, uma “babel” na qual nada de razoável poderia ser obtido. Devemos então esclarecer o tipo de conceito a que nos reportamos quando falamos sobre Direito.

Conceitos interpretativos

Há vários tipos de *conceitos*. Relacionamos a ideia de conceito, por exemplo, à ideia de essência, como quando buscamos distinguir algo através da identificação de sua essência, da estrutura natural, química ou biológica, como metais e animais. Seria o caso de *conceitos de espécies naturais* (DWORKIN, 2010b, p. 16, 215/6, 316). Um tigre é definido a partir de suas características biológicas, e não poderá existir maior dúvida na sua identificação; caso algum animal listrado, grande e feroz suscite alguma dúvida, o DNA revelará o tigre. Ouro é outro exemplo de espécie natural, como água: se tivermos dúvidas acerca de um metal ou um líquido, o recurso à estrutura molecular nos trará certeza. Direito e liberdade, por exemplo, não são conceitos de espécie natural tanto por ser uma construção cultural (e não natural) quanto por inexistir consenso quanto a alguma característica essencial, física ou química que os distingam: democracia não possui DNA, nem moléculas. Não podemos identificar um ato como sendo expressão da liberdade a partir do exame microscópico de sua estrutura.

Há os *conceitos baseados em critérios* (DWORKIN, 2010b, p. 15, 214/215, 316), como quando definimos que celibatário é o homem que não se casou, ou que equilátero é o triângulo de lados iguais. Estabelecemos um critério a partir do qual identificamos algo. Esse conceito pode ser preciso, caso em que não suscitará dúvida na sua aplicação (como no exemplo do triângulo), ou impreciso e suscitar algum tipo de dúvida: podemos divergir quanto a dizer se um viúvo ou um homem com 18 anos deve ser considerado celibatário. Direito e democracia, por exemplo, não são conceitos baseados em critérios, pois não há igualmente um critério *incontroverso* a partir do qual possamos identificar o que é a democracia (há vários conceitos de democracia: formal, material, marxista, econômico, político, social etc.).

Há *conceitos interpretativos*, que se caracterizam por nos estimular “a refletir sobre aquilo que é exigido por alguma prática que elaboramos bem como a contestar tal

construto”⁶¹. Os conceitos interpretativos pressupõem uma prática compartilhada em torno de uma ideia abstrata ou conceito, mas, a despeito dessa concordância, divergem sobre o que essa prática ou conceito *requer* ou *exige* em casos específicos, dando origem a interpretações ou *concepções*. As concepções são respostas – interpretações - à questão acerca do que o conceito exige. Os conceitos políticos como democracia, justiça, igualdade, liberdade, dignidade são típicos conceitos interpretativos, pois “servem de patamares abstratos para o consenso” (DWORKIN, 2010b, p. 210). Poderíamos compará-lo [o conceito] ao tronco de uma árvore. *Concepções* são desdobramentos daquele conceito, refinamentos para descobrir o que, concretamente, aquele conceito exige, tais como os galhos de uma árvore. A diferença entre um e outras diz respeito ao nível de abstração: “no primeiro nível, o acordo tem por bases ideias distintas que são incontestavelmente utilizadas em todas as interpretações; no segundo, a controvérsia latente nessa abstração é identificada e assumida”. (DWORKIN, 2010a, p. 87).

As pessoas concordam com a ideia genérica e abstrata de igualdade, por exemplo, mas divergem sobre a melhor interpretação ou concepção de igualdade porque dissentem sobre o que efetivamente requer ou exige a igualdade. Imaginemos os colonos americanos reunidos na Convenção de Filadélfia debatendo a igualdade. Um grupo defenderia que a igualdade de direitos excluiria, por exemplo, os menores de 18 ou 21 anos, os quais não teriam o direito de votar e ser votado; outros diriam que além dos menores, também as mulheres seria excluídas da plenitude da proteção legal, eis que não seriam iguais aos homens; os fazendeiros, por sua vez, sustentariam que a igualdade não alcançaria os escravos, porquanto um negro não poderia ser igual a um branco, segundo a crença majoritária da época; os grandes proprietários alegariam que somente poderiam votar e ser votado quem auferisse um mínimo de renda anual; alguns insistiriam que somente gozariam da plena igualdade os ingleses e seus descendentes, ou que tivessem mais de 15 anos de residência na América etc. No exemplo, todos compartilham o conceito de igualdade, mas divergem quanto à melhor interpretação ou concepção de igualdade, de modo que a

⁶¹ DWORKIN, 2010b, p. 17, 212, 317. A noção de Direito como conceito interpretativo e concepções é central em Dworkin. Essa distinção surge explicitamente – sem o adjetivo *interpretativo* - em *Levando os direitos a sério* (2007, p. 211/3), quando distingue conceito de concepções. A distinção também é exposta em *Uma questão de princípio* (2000; por exemplo, p. 6). Posteriormente foi desenvolvido n’*O império do Direito*, já agora com o adjetivo *interpretativo* (2010a, p. 86, 109, 112). Foi retomado n’*O Direito da liberdade*, (2006; por exemplo, p. 11). Em *Justiça de toga* (2010b) conceitos interpretativos ocupam grande parte do texto. Entre outros, é tema da introdução (p. 17/20), cap. 6 (p. 212), cap. 8, integralmente.

interpretação ou concepção decide não só o que a prática ou tradição *é*, mas também o que ela *requer* (DWORKIN, 2010a, p. 58. Grifo nosso).

Cabe aqui um realce importante. Dissemos, no exemplo, que os colonos interpretavam, mas o faziam não para descobrir o significado de igualdade, mas para construir um significado acerca do que o conceito exigia e requeria nas condições em que eles se encontravam. Isso porque a interpretação a que nos referimos é *construtiva*, e não intencional. Diz-se intencional a interpretação tendente a descobrir a intenção do autor de um discurso, conversa, quadro, poesia, música, peça teatral etc. Quando conversamos com alguém, interpretamos (na maioria das vezes, sem perceber) os sons e os sinais por ela produzidos para decidirmos o que a outra pessoa quis dizer. Da mesma forma, buscamos num quadro, numa música ou poesia a intenção do autor, o que ele supostamente quis transmitir ou dizer com sua obra ou discurso. Dworkin defende uma noção diferente de interpretação. Sustenta que a interpretação não é conversacional, mas *construtiva*. A interpretação das obras de arte e das práticas sociais se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa:

Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete. Em linhas gerais, **a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto** ou prática, a fim de torna-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. (2010a, p. 63. Grifo nosso).

Na interpretação construtiva, aquele que quer interpretar uma prática *propõe* um valor a essa prática ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou princípios ao qual, se supõe, ela atende, expressa ou exemplifica (DWORKIN, 2010a, p. 64). Dizer que interpretar é atribuir um propósito, valor ou finalidade a um objeto (pintura, texto, poema, prática social) não implica que o intérprete possa fazer da prática o que deseja que ela seja, pois “a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos” (DWORKIN, 2010a, p. 64).

As noções de conceitos interpretativos, concepções e interpretação construtiva possibilitam uma nova perspectiva acerca da divergência constatada quando intérpretes opinam sobre o sentido de um mesmo direito, liberdade ou princípio jurídico: é possível vê-los como divergindo acerca do que um direito, liberdade ou princípio específico exige ou

requer a fim de atender ao valor ou propósito que cada intérprete supõe que ele possua ou reflita.

Consideremos o caso da barriga de aluguel⁶². Imaginemos um contrato pelo qual uma mulher aceita engravidar com o embrião de um casal, comprometendo-se a entregar o bebê após o parto. Ao final da gestação ela se descobre afeiçoada ao feto, e se recusa a cumprir o contrato. O casal exige o cumprimento do contrato e vai a juízo. As partes debatem o caso em face da liberdade (o casal) e dignidade (“a mãe de aluguel”) previstas na Constituição. O caso suscita as seguintes questões: a cláusula da liberdade permite contratos envolvendo a vida humana? A dignidade enquanto princípio veda tal acordo? A vida pode ser objeto de transação?

Suponhamos três juízes examinando o caso. *Primus*, após um exame preliminar, conclui pela inexistência de norma explícita regulando o caso e de nenhum precedente judicial relevante sobre o tema. Que deve ele fazer? Ele pensa que não deve criar Direito novo, pois num regime democrático, só o povo, por si ou seus representantes, deve criar Direito. Se não pode criar Direito novo então o Direito vigente deve ter uma resposta. *Primus* pode pensar que o Direito não deve ser interpretado somente com a “letra da lei”, mas deve levar em conta a intenção do legislador ou constituinte. Mas ele descobre que ao tempo da elaboração da Constituição sequer havia a possibilidade científica de tal fecundação extrauterina e posterior introdução do óvulo fecundado no útero, condições científicas para a “barriga de aluguel”. Ele revisa todas as declarações dos constituintes sobre liberdade e dignidade, mas não encontra qualquer referência elucidativa para o caso. *Primus* se percebe a sós com a norma. Convicto de que o ordenamento não apresenta uma resposta para o caso, ele muda sua opinião e conclui que lhe cabe decidir, inovando o ordenamento e criando sim uma norma, porque diante do contexto é razoável concluir que o “ordenamento quis” que ele decidisse. *Primus* é culto e aprecia filosofia política e é um libertário convicto. Acredita que o Estado não deve se imiscuir na vida das pessoas, e deve ter um papel mínimo na sociedade, como garantir a segurança pública, tal como exposto no clássico *Anarquia, Estado e Utopia*, de Robert Nozick (2011, p. IX). Jamais iria impor sua filosofia política a outros, mas, se forçado a decidir, optaria certamente por aquilo que acredita ser a melhor definição de liberdade, justamente aquela que diminui a intromissão

⁶² Esse exemplo é inspirado em Michael J. Sandel (2011, cap. 3, com as adaptações).

do governo em assuntos privados, deixando que as pessoas decidam aquilo que é melhor para elas. *Primus* manteria o contrato.

Secundus é um juiz pragmático no plano filosófico-político. Crer, seguindo Bentham, que o mais elevado objetivo moral é a maximização da felicidade. Não acredita em direitos individuais como liberdade ou dignidade, os quais devem ser considerados meros instrumentos para obtenção da felicidade. Se há dúvidas acerca de qual caminho devemos tomar, basta identificar a solução que mais felicidade trará⁶³. Ele admite que as pessoas podem divergir sobre o que traz felicidade (crescimento econômico, distribuição da renda, refinamento cultural etc.), mas mesmo nessa hipótese a solução se revelará clara: o pragmatismo atribui a cada pessoa o mesmo valor e diante do dissenso, basta somar os votos para se saber qual opção trará mais utilidade para mais pessoas, maximizando a felicidade. *Secundus* não se interessa pela intenção do constituinte, nem se incomoda em criar Direito novo. Se não disciplinou o assunto, está claro – *para ele* – que o legislativo deixou para o judiciário decidir, e ao resolver deve primar pelo princípio da maior utilidade. Seu raciocínio é então diferente, pois resolver o caso é decidir se manter o contrato da barriga de aluguel contribuirá ou não para a maior felicidade e desenvolvimento econômico da sociedade. Bem examinando o caso ele pode chegar à conclusão que a manutenção de tais contratos não só gerará mais recursos como possibilitará uma redistribuição de renda, na proporção em que casais ricos pagarão grandes somas a mulheres pobres e sem qualificação profissional, distribuindo a riqueza, criando mais empregos em clínicas e aumentando a felicidade da comunidade ou, pelo menos, de mais pessoas na comunidade. Todavia, ele admite que poderá mudar de opinião, se for demonstrado que tal medida não contribui para a utilidade geral. *Secundus* mantém o contrato.

Tertius acredita que Kant soube captar, como ninguém, a essência do ser humano ao percebê-lo como o fim de todas as coisas, tal como magistralmente demonstrado n' *A fundamentação da Metafísica dos Costumes*⁶⁴. Um homem possui

⁶³ O princípio da utilidade, Segundo Bentham, “aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência de promover ou a comprometer a referida felicidade” (1989, p. 4).

⁶⁴ “o homem, e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” [...] O imperativo prático será pois o seguinte: *Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*”. (Kant, 2002, p. 58 e 59, respectivamente. Grifos do original).

dignidade apenas pela circunstância de ser homem, e não pode ser meio, instrumento para a obtenção de vantagem para outra pessoa. As ações devem ser regidas por apenas um princípio, a dignidade da pessoa humana. *Tertius* pensa diferente dos outros juízes. A norma constitucional rege sim o caso da barriga de aluguel ao estatuir a dignidade da pessoa humana como um princípio estruturante do sistema jurídico. Ele sustenta que este princípio só pode ser compreendido como fazendo referência ao sentido kantiano de pessoa humana, pois não há outro sentido filosófico possível para o termo “dignidade”. Ele reconhece outros direitos concorrentes, como a liberdade, mas afirma que a dignidade é um valor supremo do qual decorre todos os demais direitos e liberdades. Proclama em seu voto que tal contrato malferia frontalmente a proteção constitucional concedida à pessoa humana e deve ser considerado nulo. Recorda que o desprezo ao princípio da dignidade humana resultou no holocausto, e que isto nos deve servir de alerta perene. *Tertius* rejeita o contrato.

Poderíamos citar mais juízes e demonstrar como sua filosofia influencia seu julgamento: o cristão devoto leria dignidade à luz dos preceitos bíblicos; o marxista, revolucionário ou não, enxergaria no contrato a síntese da luta de classes e a opressão e o abuso de quem detém a propriedade dos meios de produção sobre os mais carentes economicamente etc. Mas o objetivo do exemplo é outro. É demonstrar como não só o sentido de uma cláusula abstrata como também o sentido mais amplo de Direito muda conforme se altera a perspectiva política do intérprete e sua concepção de Direito (e o fundamento do Direito dela decorrente). Como os juízes fictícios permitem visualizar, a divergência ocorre porque possuem concepções de Direito diferentes um do outro e, em consequência, divergem quanto ao que exige a noção de Direito que empregam.

Esse detalhe é sutil e não deve passar despercebido. Para *Primus* verdadeira ou correta será a proposição que confira *mais* liberdade e menor intervenção estatal, em prestígio do libertarianismo enquanto filosofia política da qual comunga. Já para *Secundus* o que torna uma proposição de Direito verdadeira ou correta é sua utilidade: entre duas ou mais opções, deve-se escolher aquela que é ou parece ser a que trará maior felicidade, consoante o princípio político utilitário. *Tertius* considera correta a proposição que realiza, em maior grau, a dignidade do homem, pelo que a norma não se restringe à “letra da lei”, mas veicula um ideal, um princípio filosófico mais abstrato e, justamente por isso, é capaz de reger sim a controvérsia, possibilitando que ele afirme que o Direito vigente regula o caso.

Nosso exemplo singelo dos juízes fictícios permite-nos mostrar que conquanto as noções de Direito sejam díspares, há algo que as une: todas elas são *interpretações* de um mesmo objeto; todos os juízes oferecem e decidem segundo o que acreditam ser a melhor interpretação, a melhor visão, a melhor explicação do Direito como um todo. Todos interpretavam um conceito, e para concretizar o que esse conceito exigia no caso concreto apresentaram concepções libertárias, utilitárias etc. Todas essas proposições são respostas, interpretações aos problemas e desafios impostos à jurisdição enquanto atividade destinada a aplicar a lei e resolver conflitos. À luz de um conceito interpretativo, interpretação não é mais indagar o que *algo significa*, mas o *quê algo exige ou requer* para ser o melhor exemplo daquilo que o julgamos ser. E cada interpretação ou concepção elege um fundamento do Direito, aquilo que torna uma proposição de Direito verdadeira ou bem fundada, em face do propósito ao qual se supõe que o conceito visa atender ou satisfazer.

Tal como os conceitos de liberdade, igualdade, dignidade, democracia etc., a própria noção de Direito é um conceito interpretativo, no sentido de que reflete a interpretação da prática do Direito à luz do propósito explícita ou implicitamente assumido pela teoria que orienta o intérprete. Logo, há várias concepções, interpretações ou teorias sobre o que é o Direito, sobre aquilo que torna uma proposição de Direito válida, os quais ditam a postura do intérprete diante da norma. E cada concepção possui um fundamento do Direito.

Uma pausa, para assentarmos o encadeamento das ideias. Identificamos que os intérpretes utilizam fundamentos de validade diferentes, e que esses fundamentos são dados por uma concepção do Direito. Alhures identificamos como uma questão essencial saber se era possível identificar algum critério para escolhermos entre dois fundamentos, mas agora sabemos que os fundamentos do Direito são reflexos de uma concepção, o que leva a discussão para outro nível: se há várias concepções, como escolher entre elas? Reportando-nos ao caso da barriga de aluguel, porque escolhermos uma concepção que remete a Kant ao invés de Bentham, por exemplo?

Todas as concepções se reportam a um conceito, são respostas às questões suscitadas pelo conceito. Se identificarmos um conceito do Direito, poderemos ter uma referência, pois poderemos dizer em que medida uma concepção responde melhor a esse

conceito. Devemos então identificar o conceito de Direito enquanto uma ideia abstrata à qual todas as interpretações se reportem (ainda que para negá-la). Para algumas pessoas, Direito é exclusivamente aquilo que é produzido pelos órgãos com competência legislativa, independente do conteúdo de tais normas; para outras, o que é Direito depende do conteúdo das normas aprovadas, de modo que normas injustas não devem ser consideradas, entre tantas outras concepções possíveis. Diante de tantas concepções diferentes entre si, que ideia comum seria capaz de articular os debates em torno do Direito? Que objetivo ou propósito seria capaz de obter um relativo consenso ao discutirmos Direito?

Quando discutimos sobre Direito estamos debatendo sobre o uso da força pública para compelir alguém a fazer ou abster-se de fazer algo e quando esse uso é devido; discutimos se uma decisão regularmente aprovada pelo poder político constitui ou não justificativa suficiente para o uso da força coletiva. Se existe um poder coletivo e o Direito guia e determina seu uso, nosso debate remeteria então à questão de saber quando o uso da força coletiva é justificado pelas decisões desse poder político, se e quando o Direito, enquanto expressão desse poder, justifica o uso da coerção pública. Com base nisso Dworkin sugere que “o escopo mais abstrato e fundamental da aplicação do direito consiste em guiar e restringir o poder do governo [...]” de modo que “a força não deve ser usada ou refreada [...] a menos que permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justifica o uso da força pública”, do que decorreria o seguinte conceito: “o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado” (2010a, p. 116).

Essa descrição abstrata do Direito põe em relevo as decisões políticas proferidas pelos órgãos reconhecidos como detentores de competência para legislar, e desse modo atribui as diversas concepções o ônus de se manifestar quanto a essa característica fulgurante nos ordenamentos: o Direito (provisoriamente compreendido como as normas produzidas pelos órgãos aos quais se reconhece competência normativa) são de observância obrigatória? Por quê? O caráter abstrato do conceito permite o exame inclusive das concepções que defendem que o Direito produzido pelos órgãos com competência normativa não é de observância obrigatória, possibilitando que analisemos a plausibilidade

das razões que tal teoria apresenta para sustentar que devemos nos guiar em nossa organização social por outras diretrizes.

Assim, se alguém defende que as normas de um ordenamento, aprovadas segundo o processo político aceito como correto, não devem ser cumpridas, cabe ele justificar adequadamente essa controvertida proposição, e esclarecer, entre outras questões, *i)* se esse descumprimento deve ser amplo e irrestrito, ou somente em algumas ocasiões, quando, por exemplo, uma norma parece violar flagrantemente um critério incontestável de justiça; *ii)* se qualquer cidadão pode se recusar a cumprir sobreditas normas ou se somente alguns órgãos ou agentes públicos tem a prerrogativa para tanto; *iii)* uma vez afastada a norma, como deve a situação ser por ela regulada e por quem? *iv)* se há várias concepções acerca do que é justo (justiça marxista, cristã, material, formal, igualitária, libertária, de igualdade de recursos, comunitária etc.), que teoria ou noção de justo deve ser utilizada para avaliar uma norma a que se tacha de injusta e que razões ele pode apresentar para impô-la a outros?

O conceito abstrato guiará nossas discussões para outro aspecto central numa concepção de direito, a saber, quais os direitos que decorrem das decisões políticas do passado. Uma concepção do direito deve se posicionar acerca da seguinte questão: quando o sentido aparente ou literal de norma parece não resolver ou não regular adequadamente dada controvérsia, como o intérprete deverá decidi-la: ele terá ampla liberdade para decidir o caso tentando agir como se fosse o legislativo? Ou deverá identificar qual a intenção do legislador e por ela se orientar; ou deverá tentar decidir em mira de critérios utilitaristas, e refletir sobre o que produzirá mais riqueza (ou cultura, distribuição de renda, empregos, ou felicidade), progresso na sociedade, ou, talvez, decidir conforme sua própria noção do que é o justo e correto?

Quando se diz que uma concepção deve se posicionar quanto às questões expostas, não significa que todo intérprete ou teórico do Direito elabore respostas explícitas a elas mas, tenha disso consciência ou não, suas decisões delinearão uma resposta, uma concepção, inevitavelmente.

Podemos agora prosseguir e enfrentar o problema surgido com as ideias já desenvolvidas, que, para além de ilustrar a importância do método de decisão adotado pelo

intérprete, suscita, agora com nova perspectiva, a questão apresentada no início deste capítulo: se há várias concepções de Direito, o intérprete é livre para escolher qualquer uma? Todas as concepções são iguais? Como podemos escolher entre várias concepções concorrentes?

Duas dimensões

Assentamos que o Direito é um conceito interpretativo, tanto quanto liberdade, igualdade, democracia etc., e que existem várias concepções objetivando melhor realizar esse conceito, definir o que ele exige concretamente. Dessa constatação surge uma pergunta: todas as concepções ou interpretações são aceitáveis? Essa escolha é subjetiva e por ser subjetiva não nos resta outra opção senão aceitar a escolha do intérprete? Faz alguma diferença escolher entre a teoria da intenção do constituinte e a teoria utilitarista do Direito, que, grosso modo, diz que o intérprete deve decidir buscando aquilo que trará maior felicidade para o maior número de pessoas?

Dworkin propõe que cada concepção ou interpretação do Direito como um todo ou de uma parte apenas (a liberdade, a igualdade etc.) seja avaliada em duas dimensões: a) *ajuste* ou *adequação* e b) *justificação, substantiva, valor* ou da *moralidade política*⁶⁵. Inicialmente, a interpretação deve, necessariamente, ajustar-se, adequar-se ao objeto interpretado ao descrevê-lo de forma que o reconheçamos, e não como se estivéssemos inventando algo novo. Alguém poderá até sustentar que o Direito, bem interpretado, deve implicar a redistribuição dos bens da sociedade de modo que todos os indivíduos tenham os mesmos recursos; todavia, tal interpretação não nos parecerá descrever adequadamente nossa prática jurídica e será ignorada. Como se trata de interpretação, dizer se houve ajuste é também uma questão interpretativa, demandando argumentos.

Além de descrever os dados brutos de uma prática ou de um objeto qualquer, a interpretação deve oferecer uma justificação substancial para esse objeto ou prática: por que devemos manter essa tradição? Que valor ou princípio essa prática, essa interpretação prestigia e protege? Essa justificação diz respeito à substância da prática, do que

⁶⁵ As dimensões do ajuste e da moralidade política talvez condensem de modo mais eficiente o pensamento de Dworkin, resumindo sua teoria. Em certo sentido, toda sua obra se destina a provar que uma teoria geral do direito deve se adequar à prática jurídica e ser atraente do ponto de vista da moralidade política. Referências a essas dimensões são encontradas em todas suas obras. Entre outras referências bem específicas: DWORKIN: 2010a, p. 83 (nota de rodapé 17), 169/0, 277/8, 286, 305/6, 344, 429, 489; 2010b: 23/4, 2000, p. 213, 236, 239;

entendemos ser o valor, propósito ou finalidade que justifica sua existência e manutenção, pois “uma interpretação bem-sucedida não deve apenas adequar-se à prática que interpreta; deve também justificá-la” (DWORKIN, 2010a, p. 344). A interpretação deve, portanto, na segunda dimensão, “descrever algum valor suficientemente importante servido pela prática” (DWORKIN, 2010b, p. 23). Esse valor poderá ser a eficiência, a exatidão, a igualdade, a democracia, a integridade etc., e definirá o fundamento do Direito, aquilo que torna uma proposição verdadeira.

Suponhamos uma lei, aprovada para evitar sofrimento desnecessário aos animais, que obriga a sedação dos animais antes de matá-los. Há rituais como a prática muçulmana (halal), judaica (abate kosher) e afros que exigem a morte de animais despertos (acordados). Se uma lei⁶⁶ exige que os animais sejam abatidos após prévia anestesia para evitar-lhes sofrimento, impõe-se saber se essa lei alcança tais práticas religiosas. Se para decidir se aves, bovinos e caprinos devem ser mortos anestesiados (em observância à lei) ou despertos (em observância à liberdade de culto), o julgador leva em consideração a circunstância de o Brasil aumentar ou diminuir suas exportações, o julgador está – tenha disso consciência ou não – utilizando e sustentando a tese de que a interpretação da norma deve ser orientada pelo pragmatismo, pela busca daquilo que mais enriquece a sociedade.

O valor (maior felicidade ou progresso, no exemplo) assumido implícita ou explicitamente pelo intérprete determina o fundamento do Direito, indicando o que é certo ou errado. O fundamento do Direito é dado pela concepção de Direito e o valor nela eleito como norteador. Se a concepção é centrada na eficiência, na busca da maior felicidade ou na igualdade, quando julgador tiver dúvidas entre duas ou mais interpretações, esse critério será o fundamento de validade de uma proposição de direito. Mas poderá existir duas interpretações que satisfaçam essa exigência. Nesse caso, em sintonia com o fundamento do Direito adotado, melhor será a interpretação que mais atenda àquele fundamento. Ou, na dicção de Dworkin, uma interpretação de um corpo de doutrina jurídica como o direito à liberdade é melhor do que outra – mostra a prática jurídica atendendo melhor aos ideais do

⁶⁶ Jornal “Folha de São Paulo”, de 8.11.11. Caderno *Equilíbrio*, noticia a discussão de um projeto de lei na Assembléia Legislativa de São Paulo, visando impedir o sacrifício de animais em cultos religiosos. A matéria aborda os efeitos de tal lei nas exportações brasileiras de carne para países muçulmanos, os quais exigem o corte ritual. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/equilibrio/eq0811201105.htm>> Acesso em 18.12.12.

Direito propostos ou pressupostos – se apresentar uma melhor justificação moral desse corpo doutrinário (2010b, p. 23).

Identificado o fundamento utilizado por cada concepção, poderemos então verificar qual delas realiza em maior grau o conceito aceito. Se aceitarmos que o Direito se relaciona com a justificativa do uso do poder político, esse conceito oferecerá uma base comum a partir da qual possamos escolher uma concepção e não outra(s): a eficiência é uma boa justificativa? A igualdade justifica o uso do poder político? Qual a consequência de adotar um fundamento ao invés de outro para o Direito como um todo, como um guia para resolver nossos conflitos? É possível que a eficiência se mostre um bom referencial em dada controvérsia, mas em outras talvez nos conduza a resultados inaceitáveis.

Integridade

No decorrer deste trabalho utilizaremos as dimensões de uma concepção e como elas permitirão a escolha entre concepções divergentes. É nosso interesse agora apresentar uma concepção, em linhas gerais, e o fundamento do Direito dela decorrente. Referimo-nos ao *Direito como integridade, a tese dos direitos ou Direito como completeza*⁶⁷, de Ronald Dworkin. Para este autor, o Direito deve ser compreendido à luz de um conjunto coerente de princípios de moralidade política assumidos pela comunidade para reger nossa coexistência, princípios que justificam não só nossa vida em sociedade como um todo, mas o próprio ordenamento e a Constituição. A Constituição deve ser lida como uma tentativa de expressão desses princípios de moralidade política, sem que se esgotem nela, porque o Direito é um empreendimento político destinado a justificar o uso da coerção entre cidadãos que têm direito à mesma consideração e ao mesmo respeito por parte do Estado.

O ordenamento jurídico “representa as tentativas da comunidade para captar direitos morais e requer que qualquer princípio rejeitado nessas tentativas não tenha nenhum papel na prestação jurisdicional (DWORKIN, 2000, p. 16)”. Essa concepção decorre de uma visão ampla da vida política em sociedade que tem, além das virtudes da justiça, da

⁶⁷ Ao longo de suas obras Dworkin denomina sua visão do Direito por vários nomes: “Teoria dos Direitos” (Levando os Direitos a Sério), “concepção centrada nos Direitos” e “Direito como princípio” (uma questão de Princípio), “integridade, coerência, completude ou completeza” (Império do Direito), “Leitura Moral” (O Direito da Liberdade) etc. Embora apresente um desenvolvimento, a ideia central permanece a mesma, qual seja, a compreensão do Direito como uma prática interpretativa que deve se justificar a partir de princípios de moralidade política como a justiça, a equidade etc. Dworkin reflete sobre esse elemento constante em sua obra em *A Justiça de Toga*, e, de modo especial, nos capítulos 7 e 8.

equidade e do devido processo legal adjetivo, a *integridade* a nortear os atos do Estado e da comunidade em todas as suas manifestações. *Integridade* compreendida como uma articulação coerente dos princípios de moralidade política que regem nossa existência comum e que regulam a distribuição dos bens e direitos escassos.

Essa exigência de *integridade* “pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa” (DWORKIN, 2010a, p. 256). A *integridade* é um ideal político porque exigimos que o Estado e a comunidade ajam segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos (idem, ibidem, p. 202). A *integridade* pressupõe que o intérprete atribua ao ordenamento como um todo (constituição e leis) um propósito, e esse propósito regerá toda a interpretação do Direito. Direito é um empreendimento político porque se destina a regular o exercício do poder político de uma sociedade, tornando-o justificado ou não arbitrário. Em sendo um empreendimento político (DWORKIN, 2000, p. 239), deverá o intérprete refletir sobre os princípios mais gerais que o regerão, de modo que a própria constituição será interpretada como expressão do propósito de realizá-los.

A constituição foi elaborada para formar uma comunidade na qual todas as pessoas são tratadas com o mesmo respeito e mesma consideração, possuindo o mesmo valor? Ou essa comunidade terá pessoas ou grupos cujos estilos de vida e projetos pessoais gozarão de maior status? O que significa tratar todo indivíduo com a mesma consideração e o mesmo respeito? Significa reconhecer-lhe autonomia para escolher seu destino e aquilo que confere sentido à vida? Se sim, poderá o governo interferir em suas escolhas pessoais e projetos de vida (ganhar dinheiro, servir a Deus ou ao próximo, adquirir conhecimento, especializar-se em dada arte ou esporte)? Que direitos terão os indivíduos frente à comunidade e ao Estado? Somente aqueles previstos na constituição e leis? A moral convencional de uma comunidade terá alguma influência sobre a liberdade de um indivíduo ter ou fazer algo?

Há várias respostas para essas perguntas e juntas elas delinearão uma teoria política que definirá quais os direitos que as pessoas possuem frente à comunidade e ao

governo. Mas são perguntas e respostas *anteriores* à interpretação da constituição e do ordenamento. Exigem uma postura prévia do intérprete. Se o intérprete deixar para decidir sem ter uma noção geral das respostas a essas perguntas, não será possível obter coerência ou integridade em suas decisões, e elas evidenciarão um legislador, um executivo ou um julgador esquizofrênico, dotado de múltiplas e irreconciliáveis personalidades. Exemplifiquemos: o Estado reconhece a periculosidade de inúmeras atividades, como paraquedismo, alpinismo, caça submarina, automobilismo, boxe etc., mas as permite porque se extrai da constituição, de seu conjunto, que o Estado deve tratar as pessoas como dotadas de autonomia, da capacidade de escolher seus objetivos de vida e de se guiar por eles, assumindo as consequências de seus atos. Porém esse mesmo Estado não poderá obrigar alguém a se submeter à transfusão de sangue a título de lhe preservar a vida se esse alguém se recusa por motivos religiosos: se o governo reconheceu para um a autonomia para escolher sua razão de vida, não poderá negar para outro essa mesma autonomia, a despeito dos riscos.

O Direito como integridade “supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. [...] supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado” (DWORKIN, 2010a, p. 164). A consciência, pelos cidadãos, de que são governados não apenas pelas regras explícitas estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, permite que “o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência” (DWORKIN, 2010a, p. 229).

Embora esse processo seja menos eficiente quando as pessoas divergem sobre quais princípios são de fato assumidos pelas regras explícitas e por outras normas de sua comunidade, “uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que este nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra

forma não teria” (idem). Mesmo na hipótese em que há controvérsia quanto aos princípios contidos nas regras, o debate será iluminado e melhor encaminhado quando mantido em face de quais interpretações melhor realizam as virtudes políticas adotadas pelas sociedades democráticas contemporâneas: integridade, equidade, justiça e devido processo adjetivo (DWORKIN, 2010a, p. 264).

Em consequência, o fundamento do Direito, para a *integridade*, reflete essa dimensão moral, pelo que “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2010a, p. 272). Boa resposta, ou resposta bem fundada é a resposta apoiada em argumentos de moralidade política passíveis de serem apresentados como capazes de ordenar a vida numa sociedade que visa a atribuir a cada indivíduo o mesmo respeito e a mesma consideração. O *direito como completeza* admite que a resposta advirá do debate argumentativo sobre quais princípios decorrem de dada decisão política, reconhecendo que o direito traz em si o debate moral sobre o que é bom, justo e decente em face dos condicionantes que a ordem jurídica traz, especialmente o princípio da supremacia legislativa (DWORKIN, 2010a, p. 481).

A aplicação do direito, para a *integridade*, reflete a visão global de política e sociedade, revelando novas formas de se examinar antigas questões. Saber se uma lei é ambígua ou obscura é um exemplo. Tradicionalmente diz-se que uma lei é vaga em razão de seus termos possuírem significado incerto. Segundo a *integridade*, todavia, não temos de distinguir normas ambíguas, obscuras ou vagas; temos sim de perceber se acerca de uma lei há alguma interpretação, sustentada por princípios fortes, que concorre com outras interpretações, que podem, igualmente, trazer consigo outros princípios aceitos pela sociedade, dando início a disputa argumentativa que deve ser resolvida em favor da interpretação que melhor revele o desempenho da prática jurídica ao longo do tempo (2010a, p. 422), que considera que o Direito não é integrado por princípios que são rejeitados à luz da justiça e decência exigidos pelo império da lei (DWORKIN, 2000, VIII; 2006, p. 2), excluindo interpretações que desafiam princípios de decência e justiça.

A integridade enquanto concepção do Direito pressupõe que o Estado deve ser considerado ele próprio um agente moral, capaz de causar dano e sofrimento àqueles a

quem governa, pelo que deve agir impulsionado por um conjunto coerente de princípios políticos, tratando seus governados de modo uniforme. Desafia o intérprete a responder que tipo de pessoa a constituição pressupõe, o que legitima um ordenamento e a própria constituição, e quando as condições de fidelidade e obediência a um ordenamento se fazem presente.

CAPÍTULO 3 - O DIREITO NO MUNDO DESENCANTADO

No capítulo anterior delineamos uma explicação acerca das razões pelas quais intérpretes qualificados divergem, enfatizando o Direito como conceito interpretativo. Mas não se afirmou que qualquer concepção deve ser aceita, ou que sejamos indiferentes ao resultado de uma interpretação; ao contrário, expusemos duas dimensões a partir das quais se avalia uma interpretação do Direito como um todo ou apenas uma parte, justamente porque não somos indiferentes às decisões. Também fixamos que uma interpretação não deve apenas descrever uma prática, mas justificá-la, mostrar porque devemos manter a prática ao evidenciar seu valor.

Se nossa prática jurídica é caracterizada pela controvérsia acerca do significado da constituição e suas cláusulas, em especial sobre os direitos fundamentais, seria de pouco valia expormos mais uma interpretação, mais uma concepção sobre o que é o Direito ou a liberdade de religião. Diante da diversidade de critérios, tão importante quanto expor uma interpretação é justificá-la, dar razões pelas quais devemos preferir uma à outra(s). Esta seção então aprofunda e aplica as noções de conceito e concepções ao iniciar a descrição e justificação de uma visão do Direito, de uma concepção do Direito que aspira se justificar a partir de princípios de moralidade política que se pretende aceitáveis para todos. Não significa que a exposição que se segue seja a única capaz de justificar o Direito; o objetivo é oferecer uma ideia geral e abstrata da possibilidade de justificação de nossas práticas, sem contornos definitivos, e tentar assim responder à primeira indagação suscitada pelo conceito de Direito: por que o Direito justifica o uso da coerção. Simultaneamente, iremos compará-la com algumas outras concepções correntes.

O mundo desencantado: a sociedade moderna

Leôncio se insurgiu contra a determinação da Polícia Federal para que se abstinhasse de usar Ayahuasca nos rituais da entidade que dirigia, tentando obter junto ao Poder Judiciário a proteção do que compreendia ser seu direito. Sua irresignação, a despeito da simplicidade com que exposta, põe em relevo o traço mais característico e importante da sociedade moderna, justamente a qualidade que a distingue do modelo de organização social que lhe antecedeu historicamente, a *sociedade tradicional*. *Leôncio* queria uma justificativa, uma razão para se abster de fazer aquilo que considerava correto, recusando-se

a aceitar uma ordem apenas porque emanada de uma autoridade. Ele queria razões, mas razões que tivessem apelo para ele, não servindo razões boas apenas aos agentes do governo, possuidores de uma fé diversa da sua (ou sem fé alguma, persistindo a diferença). Seu ato de irresignação só é explicado se pressupormos que ele de algum modo intuía ou acreditava que o poder coletivo, o poder político representado pelo governo não poderia ser arbitrário nem opressivo. Deveria ser justificado segundo razões passíveis de aceitação para qualquer um que se dispusesse a uma deliberação racional e pública entre iguais.

Leônicio assim procedeu porque não mais vivíamos na sociedade tradicional, ou *encantada*. Por sociedade tradicional compreende-se, com Weber, a sociedade em que todos os domínios da vida social têm por referência um conjunto de valores religiosos ou míticos que conferem sentido ao mundo social e a cada uma das ações individuais compartilhadas por todos os membros da comunidade. A organização da sociedade, a maneira como é dividido o trabalho e como são determinadas as posições sociais de homens e mulheres, o modo de entender obras de arte, a distribuição da riqueza, a explicação da felicidade, tudo isso remete a uma visão global que determina uma atitude unificada do mundo e dos acontecimentos. Existe uma única concepção do que é uma vida boa, o bem, uma única visão da vida que vale a pena ser vivida.

Essa visão de mundo compartilhada é uma referência ou guia para a ação individual e coletiva, e caracterizou o modo de viver tradicional. Cada indagação de um indivíduo desta comunidade é respondida tendo como base essa visão única compartilhada, religiosa ou mítica. Se alguém tem bens materiais mais do que outros, o título pelo qual alguém exerce o poder político, tudo é explicado pela visão de mundo religiosa compartilhada por essa sociedade. Pertencer a essa comunidade é compartilhar essa visão tradicional, de modo que eventual dissenso irá acarretar a exclusão daquele que discorda da própria comunidade.

Essa sociedade tradicional começa a ruir no momento em que o dissenso no seu interior se torna gradualmente mais forte e em diversos níveis e domínios, impulsionado por vários fatores, como o surgimento do capitalismo, o iluminismo, a ascensão da burguesia etc. A doença de um homem não é mais explicada por uma vontade divina, mas por processos físicos e orgânicos; O catolicismo deixa de ser a única opção religiosa; o

absolutismo e o “direito divino” ao poder são questionados por ideias como democracia, república, governo popular; o modo de produção feudal começa a ser corroído pelo incipiente capitalismo etc. Passam a existir várias concepções de bem, de mundo, de vida boa. A diferença, a diversidade passa ser a regra. Já não se discute se outras religiões devem existir, mas se ter religião não constitui um erro; debate-se não se o governo deve ter uma forma aristocrática, democrática ou monárquica, mas mesmo se deve existir governo etc.

O mundo, que era encantado, porque ancorado numa visão mítica e religiosa que a tudo explica, *desencantou-se*:

A intelectualização e a racionalização [...] significam que sabemos ou acreditamos que, a qualquer instante, poderíamos, conquanto que o quiséssemos, **provar não existe primordialmente, nenhum poder misterioso e imprevisível que interfira com o curso de nossa vida.** [...] Isso é o mesmo que despojar de magia o mundo. (WEBER, 2006, p. 38).

Deixa de existir um referencial comum – a tradição – ao qual todos podiam recorrer para deliberar acerca de controvérsias. Dizer que justo é o que corresponde à vontade divina e que essa vontade é dada pelo Papa ou seus delegados ou pelo príncipe já não satisfaz a uma sociedade dividida e a passos largos para a secularização, uma sociedade caracterizada por ser pluralista, isto é, por possuir várias concepções de bem, sobre aquilo que torna uma vida boa, digna de ser vivida. Essa diversidade de doutrinas culturais, filosóficas, morais e culturais, como diz Rawls (2011, p. 43), não é uma condição desafortunada da vida humana, “não é uma mera contingência histórica fadada a logo desaparecer, e sim um traço permanente da cultura pública da democracia”.

No mundo desencantado não se tolera o uso arbitrário do poder porque já não se aceita a *origem divina* do poder nem se reconhece a grupos de pessoas uma predestinação ou capacidade especial para governar os demais. A sociedade moderna é então “caracterizada pela racionalização, pela intelectualização e, principalmente, pelo *desencantamento do mundo*⁶⁸” (WEBER, 2006, p. 57. Grifo do original). O *poder tem origem humana* e seu exercício há de ser justificado perante aqueles contra quem se o exerce. A ação proposta por *Leônicio* é então compreendida como uma indagação sobre a legitimidade

⁶⁸ O *desencantamento* em Max Weber refere-se tanto ao desencantamento pela religião, ou desmagificação, quanto ao provocado pela ciência (desnaturalização), num segundo momento, que implicou relegar a religião ao âmbito do irracional. Para os propósitos da pesquisa não há necessidade de maior excursão para pontuar a distinção.

da proibição imposta pela Polícia Federal quanto ao uso de Ayahuasca em ritual religioso, e a resposta a essa indagação deve ir além da mera indicação do ato normativo em que se apoiou o governo, porque o questionamento se dirigia não apenas ao ato concreto, a ordem específica, mas impugnava a própria lei à qual aqueles atos se reportavam. Ao assim fazer, *Leôncio* se apresentou e se portou como alguém dotado de dignidade que apenas por ser integrante de uma comunidade tem a prerrogativa de questionar o poder político que age em nome dela. A prerrogativa de questionar os atos do poder político em face de sua legitimidade só foi possível pelo desencanto, a partir do qual aquele que exerce o poder político deve justificá-lo.

Quando examinamos o conceito de Direito na seção anterior, identificamos que a finalidade do Direito é estabelecer uma relação de justificação entre as decisões políticas do passado e a coerção atual; afirmamos que cada interpretação ou concepção deve aperfeiçoar e concretizar esse conceito, mostrando porque a coerção que se impõe a alguém é justificada. Como demonstram as controvérsias envolvendo Ayahuasca, a decisão que se limita a invocar a lei não se mostra apta a justificar a coerção porque os indivíduos estão impugnando a própria lei em face do direito à liberdade de religião; o julgador ou outra autoridade deve mostrar as razões pelas quais no confronto entre a lei concreta e a liberdade de religião deve prevalecer aquela e não esta. Mas essa justificação só será possível, como o conceito de Direito sublinhou, se se demonstrar que a própria ordem jurídica envolvendo a lei e a liberdade é, em si mesma, justificada ou se é apenas expressão de um poder de fato, ao qual nos submetemos por prudência e instinto de preservação, tal como nos curvamos a um assaltante armado, a quem obedecemos apenas para preservação de nossa incolumidade. Para que possamos nos posicionar frente à ordem jurídica, impõe-se delinear alguma noção acerca de quando podemos considerá-la justificada.

Diálogo racional sobre o poder e a igualdade

Antes de intentarmos saber se decisões políticas do passado justificam a coerção e em que condições, calha breve comentário sobre as características que essa justificação deve se revestir para que possa ser aceita. A condição primeira é que quem é instado acerca da legitimidade de ato que pratica deve demonstrar respeito por aquele que o questiona, e esse respeito só surge e se materializa diante de iguais. Somente quando alguém reconhece

o outro como um igual, no sentido de que merece a mesma consideração e o mesmo respeito, poderá apresentar razões justificadoras, isto é, razões que podem ser expostas e aceitas no espaço público destinado a mostrar que os atos são praticados com apoio em argumentos que aspiram universalidade, passíveis de aceitação tanto por aquele que sofrerá os efeitos do ato mas também pelo emissor da ordem ou prolator da decisão, *se e quando* estiver em situação idêntica.

Nessa perspectiva, a razão deve ser expressão do respeito e da consideração que os participantes de uma deliberação se atribuem mutuamente como pessoas moralmente capazes, o que pressupõe se considerarem iguais e em igual posição. Se numa deliberação um dos participantes assume ou tenta assumir um lugar discursiva ou institucionalmente superior aos demais, sua argumentação não atende a pressuposto de validade. Assumir na justificação a posição de igualdade implica considerar as razões do outro, daquele que é afetado ou pode ser afetado pela decisão. E considerar as razões do outro não é o mesmo que apenas aceitá-las ou rejeitá-las: é sim discuti-las, contrapô-las, acolhendo ou rejeitando mediante argumentação que aceitaria não só para si mesmo, se os seus interesses estivessem em debate, mas que seria acolhida à luz de uma moral ideal.

Em decorrência, não é toda razão que se apresenta como apta a justificar um ato coercitivo, mas somente aquela que expressa igual respeito e consideração pelas pessoas, que vê o outro como um igual. Por isso, a necessidade de expor razões justificadoras, de ser a razão dos cidadãos que gozam do mesmo status de cidadania igual e que pode ser exposta publicamente exatamente porque lastreada nos valores políticos pressupostos pelas instituições e pela história da comunidade à luz de uma moral ideal. Essa é uma razão que respeita o outro, e, por respeitar, pode ser aceita inclusive por quem é afetado pela decisão:

O respeito mútuo é demonstrado de várias maneiras: em nossa disposição de perceber a situação do outro do ponto de vista deles próprios, da perspectiva de sua concepção do próprio bem; e também em nossa disposição de explicar as razões de nossos atos sempre que os interesses de outros sejam atingidos de uma maneira significativa. (RAWLS, 2008, p. 420/1)

Reconhecer que alguém é merecedor da mesma consideração e do mesmo respeito enseja algo análogo ao *princípio da racionalidade*, na expressão de Ackerman (1993, p. 36): “sempre que alguém questione a legitimidade do poder de outra pessoa, o possuidor de dito poder não deve responder suprimindo o questionador, mas oferecendo uma razão

que explique por que tem um melhor título do que quem o questiona⁶⁹”. Por esse princípio aquele que tem seu ato questionado deve apresentar uma razão apta a justificar o ato questionado e não tentar suprimir quem indaga através da força, do silêncio ou de falsas razões. Imaginemos um negro questionando as leis discriminatórias no Brasil, Estados Unidos, África do Sul ou em qualquer outra sociedade racista, que obtém a resposta de que são seres inferiores e devem mesmo ser tratados com discriminação. Essa resposta não veicula uma razão justificadora porque apenas reafirma a condição de inferioridade dos negros *já* objeto de questionamento, demonstrando não existir respeito pela situação do negro ao se recusar apresentar uma resposta que tenha apelo para aquele que contesta; mais: pressupõe uma posição de superioridade de quem se recusa a justificar seu ato.

A ideia de que um argumento, para atender à exigência de racionalidade, deve se apresentar atraente também para quem é afetado por uma medida que se quer justificar, decorre da premissa de que, se temos direito a igual respeito e consideração, devemos tratar o outro lhe atribuindo o mesmo status que queremos e aceitamos corretos para nós mesmos, pois somente aceitamos – para nós mesmos – as restrições que nós podemos compreender como razoáveis. Quando os participantes de uma deliberação, ou alguém que deve justificar um ato de força, aceitam sua posição de participantes de uma comunidade de livres e iguais, continuam a manter, com sua aceitação, as bases de uma boa organização política. Com isso, também mantêm a possibilidade de perceber as razões dos outros, de dialogar na busca de respostas justificadas para os problemas que aparecem. Nas palavras de COHEN (2007, p. 123):

Que tipo de considerações valem como razões? Uma resposta adequada não tomará a forma de uma descrição genérica das razões, mas sim a de uma enunciação de quais considerações contam a favor de propostas num arranjo deliberativo condizente com uma associação livre entre iguais, onde se assume que aquele arranjo inclui o reconhecimento do pluralismo razoável. [...] num cenário deliberativo idealizado, não bastará simplesmente propor razões que se assume como sendo certas ou obrigatórias: essas considerações podem ser rejeitadas por outros, que são eles mesmos. *Em vez disso, deve-se encontrar razões que são obrigatórias aos outros, reconhecendo-se esses outros como iguais [...].* (Grifo nosso).

No mundo desencantado, onde não há a fundamentação religiosa, mítica ou presumida das posições de poder, quem exerce uma parcela de autoridade deve justificá-la

⁶⁹ “siempre que alguien cuestione la legitimidade del poder de outra persona, el poseedor de dicho poder debe responder no suprimiendo el cuestinador, sino ofreciendo una razón que explique por qué tiene um mejor título que quien lo cuestiona” (ACKERMAN, 1993, p. 36. Tradução livre).

em termos convincentes para qualquer um que se encontre na mesma situação daquele que momentaneamente sofre os efeitos de um ato coercivo.

A lei e a justificativa do uso da força

"There are many of us, and we disagree about justice".

Jeremy Waldron⁷⁰

Retomemos a decisão proferida no caso *Leôncio*, que proibiu o exercício da prática religiosa mesmo sem comprovação da composição química da Ayahuasca, declarando que se não havia prova da nocividade da bebida igualmente não havia prova de sua inocuidade. Esta decisão está correta? Está errada? O que torna uma decisão certa, correta, ou errada e incorreta? Podemos dizer que certo e errado, *mutatis mutandis*, é como alto ou baixo: depende de uma referência, um padrão ou fundamento. Se alguém disser que certa é a decisão justa, reportando-se à justiça, não se resolve o problema, mas apenas transmuta-o na questão de saber o que é justo, ou o que é a justiça no caso concreto.

Podemos obter uma premissa inicial a partir de um consenso evidente. Uma decisão é um ato de poder, o exercício de um poder coletivo e cogente, imperativo, eis que sua decisão vai se impor, se necessário, coercitivamente. Se é um ato de poder porque pretende submeter alguém à sua ordem, podemos dar um passo adiante e indagar: por que devemos obedecer a esse poder, ou, ainda, quando esse poder é legítimo e devemos aceitá-lo? Também aqui podemos responder ainda com base em um consenso bastante amplo: podemos reconhecer um poder como legítimo se provém, em última instância, de uma decisão majoritária, expressa na lei ou na constituição, com a participação direta ou indireta das pessoas submetidas a esse poder. Invertamos o raciocínio: se somos muitos e temos necessidade de sermos governados por regras de convivência, regulando espaços, bens e oportunidades escassos, podemos aceitar tais regras se, e somente se, participarmos, pessoalmente ou por nossos representantes, de sua elaboração em igualdade de condições, porque seremos coautores das regras às quais nos submeteremos.

⁷⁰ “Existem muitos de nós e divergimos sobre justiça” (tradução livre). 2004, p. 1.

Porém, além de sermos muitos, divergimos, surgindo a necessidade de decidirmos como resolver nossas divergências de modo não arbitrário. A solução é conhecida, mas é muitas vezes negligenciada: se devemos ser governados por regras e se quisermos nos reconhecer como iguais, a solução será a deliberação por maioria ou majoritária, impondo-se a regra acolhida pela maioria das pessoas. Esse procedimento contempla a igualdade ao atribuir a cada um o mesmo valor, e observadas outras condições decorrentes da igualdade de status (que poderíamos resumir como sendo uma deliberação pública entre iguais, o que implica igualdade de oportunidades para apresentação de propostas, acesso à informação, direito a voz e voto, tempo para discussão etc.⁷¹), legitima as regras oriundas desta deliberação. Habermas, a propósito, diz que

“a ideia de auto legislação de civis exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito. [...] Somente a normatização politicamente autônoma permite aos destinatários do direito uma compreensão correta da ordem jurídica em geral. Pois o direito legítimo só se coaduna com um tipo de coerção jurídica que salvaguarda os motivos racionais para a obediência ao direito” (2010, p. 157).

Chegamos a uma importante premissa. Um poder político e o ordenamento que ele estabelece é legítimo se se lastreia numa deliberação majoritária com a participação direta ou indireta das pessoas em condições de igualdade. Esse ponto merece detença porque, apesar de expressar uma ideia básica da teoria política e, em especial, da teoria da democracia, é por vezes subvalorizado em seus desdobramentos. Um poder político que instaura uma ordem jurídica, para ter legitimidade e agir em nome de toda a coletividade com imperatividade, deve se basear, num sentido último, numa deliberação majoritária que reconheceu a igualdade de status a todas as pessoas: a constituição ou a lei.

Dessa premissa dependerá o dever de obediência à lei *prima facie*: temos o dever de cumprir as leis aprovadas pela maioria se o processo político foi caracterizado, em linhas gerais, pela atribuição da mesma consideração e mesmo respeito a todos os cidadãos; diante de uma divergência e em consequência de nos reconhecermos como iguais, aceitamos como legítima a regra aprovada pela maioria no processo que assegurou essa igualdade de participação ou princípio de igual participação, conforme RAWLS (2008, p. 273). O participante de uma comunidade assim estatuída terá razões para aceitar, em

⁷¹ Refoge do objeto desta pesquisa discutir com maior profundidade quais as condições que decorrem da regra da igualdade. Há várias abordagens possíveis. No sentido do texto: DAHL, 2012 (p. 25/27), 2009, p. 75/81; HABERMAS, 2010, p. 158/168.

princípio, a decisão aprovada pela maioria, ainda que contrária aos seus interesses, porque poderá pensar que, como goza da mesma consideração e respeito por parte de todos, sua proposta tinha o mesmo valor que a proposta concorrente, e diante do dissenso e dessa igualdade de status entre as pessoas e respectivas propostas, mostra-se aceitável que prevaleça a proposta acolhida pela maioria.

No mesmo compasso, *a contrario senso*, se o processo político não atribuir essa igualdade às pessoas, e reconhecer a alguns grupos étnico, linguístico, econômico, religioso, sexual ou social um status qualificado ou diferenciado em relação aos outros grupos integrantes da comunidade, esse poder político até poderá ser exercido, mas não deterá legitimidade e nem terá autoridade moral enquanto condição para exigir observância às regras de si emanadas, será um exercício de poder de fato e autorizará a desobediência civil, a revolta, a insurgência (DWORKIN, 2007,p. 294/5). Seu ordenamento carecerá de autoridade moral e sofrerá de déficit de legitimidade. Exemplo disso foi o regime militar no Brasil, de 1964 a 1985 e em vários países da América latina; mais modernamente, os episódios conhecidos por “primavera árabe” ilustram como grandes segmentos sociais alijados do processo políticos há décadas se mobilizaram e questionaram a legitimidade do poder político que os governava. No Brasil e demais ditaduras e mesmo nos países árabes, havia constituição, mas constituição imposta ou aprovada sem a participação plena da comunidade ou excluindo parcela significativa de seu povo (mulheres, negros, pessoas de baixa renda, minorias étnicas etc.). Em todos esses episódios históricos havia e há a reivindicação abstrata de vários grupos de que eram governados por uma lei ou Constituição elaborada sem a participação deles. O sentido de obedecermos a lei advém da possibilidade de nos reconhecermos nela, porque sob certas condições o processo de elaboração da lei estimula o senso de igualdade que é a base de uma comunidade autêntica.

As condições morais da democracia: sobre lobos e ovelhas

"Democracy must be something more than two wolves and one sheep voting on what to have for dinner." James Bovard⁷²

Temos então que a legitimidade de um ordenamento, ou de um poder político, decorre do respaldo de uma decisão majoritária, expressa na lei ou na constituição, tomada com a participação direta ou indireta das pessoas, em igualdade de condições; também fixamos que essa decisão majoritária terá autoridade moral para ser exigida e observada pelas pessoas porque decorre de um procedimento político no qual foi atribuído, ao menos em linhas gerais e tanto quanto possível, a mesma consideração e o mesmo respeito às pessoas, de modo que, diante de uma controvérsia e da necessidade de resolvê-la, a decisão da maioria se mostra aceitável *em princípio*. Por que *em princípio*? Por várias razões. Esclareço duas: uma lei traz consigo a presunção de validade e legitimidade pela só circunstância de emanar de um órgão com competência legislativa, mas, a despeito disso, pode se ressentir de grave vício; segundo, uma lei legítima pode ser afastada diante de razão relevante. Examinemos essa última hipótese por primeiro.

A lei embora aprovada regularmente se constitui numa razão *prima facie* para seu cumprimento por trazer consigo a presunção de validade e legitimidade, mas é apenas uma razão. A aplicação de uma lei não depende unicamente de sua validade, mas de sua adequação ao caso concreto em face da possibilidade de outras razões relevantes se fazerem presentes ao tempo da aplicação, como por exemplo, situações não contempladas no seu elemento descritivo. Há um caso célebre. *Elmer* matou seu avô em Nova Iorque em 1882 por receio de que o avô modificasse o testamento no qual figurava como herdeiro. Descoberto e preso, ainda assim requereu seu legado, afirmando que a lei de sucessões da época não excluía aquele que assassinasse o testador. Se o Direito fosse compreendido como integrado apenas pela literalidade da lei, *Elmer* fazia jus à herança; se o Direito fosse compreendido como incluindo princípios de moralidade que justificam a lei e lhe subjazem, teria negado seu pedido, como ocorreu.⁷³ Não significa que a lei de sucessões fosse inválida, mas que o contexto de aplicação deparou situação não considerada quando de sua

⁷² "Democracia deve ser algo mais do que dois lobos e uma ovelha votando sobre o que fazer para jantar" (Tradução livre). In: **Lost Rights: the destruction of american liberty**. New York: St. Martin's Press, 1994, p. 333.

⁷³ Esse caso é examinado em DWORKIN, 2007, p. 37; 2010a, p. 20; GÜNTHER, 2011, p. VII.

aprovação, isto é, confrontou-se com [outro] princípio relevante, além daqueles veiculados na própria lei, que exigia exame⁷⁴.

A segunda razão para considerarmos a lei como uma razão apenas *prima facie* para justificar a coerção é que todo ordenamento, para ser legítimo, deve se basear numa decisão majoritária, mas nem toda decisão majoritária é legítima a despeito de atribuir às pessoas os mesmos direitos de participação política. Por outras palavras, um procedimento de deliberação pode atribuir aos seus participantes os mesmos direitos de voz e voto, mas ainda assim carecer de legitimidade.

Assim ocorre porque democracia pode ser vista sob dois aspectos interligados: formal e material, ou instrumental e substancial, processo e substância. Um processo será democrático *formalmente* se atribuir às pessoas os mesmos direitos de participação política; será *substancialmente* democrático se sua decisão reconhecer às pessoas a mesma consideração e o mesmo respeito⁷⁵. Imaginemos uma comunidade formada por dois lobos e uma ovelha, todos firmemente comprometidos a observar o processo democrático sob sua dimensão formal, e dispostos a tomarem decisões legítimas, pelo que renunciam ao uso da força bruta enquanto meio de obter aquilo que desejam, acreditando na força do Direito e não no Direito da força. Essa comunidade vai deliberar sobre qual será o jantar, garantindo-se o direito de voz e voto da ovelha e, claro, dos lobos, em absoluta igualdade de condições de participação. Após apresentação das propostas, debates e votação, decide-se, por maioria, que o jantar será a ovelha. A ovelha poderá dizer que a decisão não foi legítima, ao que objetariam os lobos – enquanto preparam a mesa – que a igualdade de participação (ou o “direito dos direitos”, na expressão de Jeremy Waldron⁷⁶) no processo foi observada rigorosamente, mas que, conquanto se atribuísse o mesmo valor a todos, a proposta dos lobos venceu.

A fábula demonstra que se a democracia não contiver uma dimensão substantiva ela perderá sua racionalidade, seu fundamento moral, perderá justamente a característica

⁷⁴ Günther (2011) aplica a teoria do discurso de Habermas à teoria dos princípios (Dworkin) e distingue assim dois momentos: a fundamentação e aplicação de uma norma. Na aplicação de uma norma discute-se não a validade, mas sua *adequação*. Disso resultaria a norma *prima facie* e a norma definitiva, *adequada*. Como se observará até o final da seção, não acolhi integralmente essa distinção.

⁷⁵ FREEMAN, 1994, p. 184; COHEN, p. 116; DWORKIN, 2006: introdução e especialmente, p. 26.

⁷⁶ Professor de Direito da Universidade de Colúmbia: “the great right of every man, *the right of rights*, is the right of having a share in the making of the laws, to which the good of the whole makes it his duty to submit.” (2004, p. 232). Grifo nosso.

que torna suas decisões dignas de respeito e aceitação: a atribuição do mesmo respeito e consideração a todos. Essa consideração e esse respeito não poderá se limitar ao processo – mas se estenderá à decisão – por uma razão fundamental: o processo deliberativo democrático *é meio* para consecução de um fim: a igualdade. Delibera-se por maioria porque os participantes de uma comunidade *se reconhecem* como iguais, e esta igualdade se estende às suas opiniões, e como todas as opiniões são detentoras do mesmo status, vence a proposta que obtiver mais votos. Porém, o procedimento, por ser *um meio*, não poderá negar sua *finalidade*, seu fim, justamente aquilo que lhe deu origem: a igualdade. Em outras palavras: um procedimento criado para realizar, promover a igualdade, não poderá negá-la em seu resultado sob pena de perda da autoridade moral e da legitimidade que adviria do procedimento.

Se a deliberação majoritária é expressão do respeito mútuo, se concordarmos que é racionalmente justificada, deve, pela mesma razão, ter limitações. Há uma objeção bastante poderosa, entre outras possíveis. Pode-se objetar que essa regra subverte o princípio deliberativo essencial adotado pela comunidade enquanto ideia organizadora. Se uma comunidade decide se estruturar a partir da regra de deliberações majoritárias, a limitação a essas deliberações subverte aquela regra fundamental. Um participante poderia objetar que a restrição imposta ao grupo malhere seu direito fundamental (*right of rights*) a ter um governo cujas regras ele pode influenciar em alguma medida, e a existência de limitações à deliberação majoritária estabelece regras que são imodificáveis e se situam além de sua influência⁷⁷. O pressuposto dessa objeção é falso. Ela pressupõe que a regra fundamental organizadora da comunidade é a deliberação majoritária. A objeção supõe que a comunidade está organizada em torno da ideia de um *processo*, quando na verdade a comunidade se organiza em torno da ideia de igualdade, de um *fim*. Por isso a deliberação

⁷⁷ Como é cediço, esse tema é central na teoria política e é delineada como um confronto entre a liberdade de o povo decidir e [alguma] igualdade última a ser preservada e excluída da deliberação. Um texto clássico é “dois conceitos de liberdade”, de Isaiah Berlin (2002, p. 226), no qual distingue a noção liberdade negativa e positiva ao revisitar as definições de Benjamin Constant (1985) sobre liberdade dos antigos e dos modernos. Constant, por sua vez, crê que essa discussão remete à Locke e Rousseau. A liberdade dos antigos ou positiva diz respeito à participação coletiva no exercício da soberania, seria, por assim dizer, a liberdade política; a liberdade negativa ou dos modernos liga-se à ideia de liberdade privada, de exercício pelo indivíduo do seu direito natural de gerir sua vida como bem entende. Jeremy Waldron (2003 e 2004) volta ao tema, mais recentemente, em clara opção pela liberdade positiva ou dos antigos, opondo-se, em significativa medida, a Isaiah e Constant; Rawls (2011, p. 354; 2008, 247) defende um equilíbrio, com proteção das liberdades dos modernos. Dworkin faz uma interessante abordagem, sugerindo inexistir tal tensão, provocativamente afirmando não existir nenhum direito à liberdade em sentido forte, mas somente aqueles que decorrem do princípio da igual consideração e respeito: 2007, cap. 12; 2010b, cap. 4; 2006, p. 32; 1982, p. 270. Adoto, em boa parte, seus argumentos nessa seção.

majoritária é *meio* para realização de um princípio diferente, não processual, mas *substantivo*: a igualdade. Essa distinção tem consequências abissais: a restrição a decisões majoritárias viola, evidentemente, a regra da maioria (processual), mas não viola a regra da igualdade (substantiva); antes a promove.

Daí porque comungamos, nessa ordem de ideias e nesse particular, com o pensamento de Benjamin Constant, testemunha dos excessos da Revolução Francesa e do exercício da vontade geral rousseauiana ilimitada, quando disse, após reconhecer que “toda autoridade que não derivar da vontade geral é, sem sombra de dúvida, ilegítima”, que “a autoridade que deriva da vontade geral não é legítima apenas por causa disso, qualquer que seja sua extensão e quaisquer que sejam os objetivos pelos quais ela é exercida” porque “a legitimidade do governo depende tanto de seu propósito quanto de sua fonte” e “a aquiescência da maioria não é suficiente em todas as circunstâncias para fazer com que as ações sejam legais”. (2007, p. 81/2).

A preocupação com a ideia de uma democracia puramente procedimental já se encontrava presente nos debates constitucionalistas entre os revolucionários americanos, como enfatizou Hamilton, n’*O Federalista*:

É da maior importância em uma república não apenas defender a sociedade contra a opressão de seus governantes, mas também evitar que uma parte dela exerça pressão contra outra. Sempre existirão interesses diferenciados entre classes diferentes de cidadãos. Se uma maioria se constituir em torno de um interesse comum, os direitos da minoria correrão perigo. (2010, p. 331)

Alex de Tocqueville, no clássico *Democracia na América*, assinalava que a possibilidade de a maioria desrespeitar os direitos da minoria se constituía no maior desafio do novo país:

Que vem a ser uma maioria tomada coletivamente senão um indivíduo que tem opiniões e, mais frequentemente, interesses e outro indivíduo ao qual chamamos minoria? Ora, se admitirmos que um homem revestido do poder extremo pode abusar dele contra seus adversários, por que não admitiremos também a mesma coisa para uma maioria? Os homens, ao se reunirem, terão mudado de caráter? Ter-se-ão tornado mais pacientes nos obstáculos, ao se tornarem mais fortes? Para mim, não seria possível acreditar nisso; e o poder de tudo fazer, que recuso a um só de meus semelhantes, eu não o atribuiria nunca a vários deles. (2010, p. 189)

A fábula de lobos e ovelhas é bastante elucidativa, mas os lobos, ovelhas e opressões não se limitam às fábulas. O regime nazista é, com certeza, o exemplo mais

simbólico de como minorias podem ser insanamente oprimidas por maiorias. Nos EUA a discriminação contra os negros, assim como na África do Sul, com seu regime de *apartheid*, demonstra como um conceito meramente formal de democracia pode tentar legitimar situações de graves discriminações. No Brasil, o Código Penal de 1890 (Decreto 847, de 11 de outubro⁷⁸), criminalizava a capoeira⁷⁹ e o espiritismo, a magia e sortilégio⁸⁰, práticas típicas da comunidade negra, grupo minoritário e recém liberto – formalmente – da escravidão⁸¹. Ainda no Brasil, a Constituição de 1934, no art. 138, “b”, estabeleceu a educação eugênica para o fim de excluir os negros, supostamente dotados de capacidade reduzida de aprendizagem⁸². (Esta Constituição é citada como “democrática⁸³”, porque não imposta por um ditador, como a de 1937, ou grupo militar, mas elaborada por Assembleia Nacional Constituinte com representantes eleitos, e expõe como o fator majoritário, por si só, é insuficiente para impedir a discriminação e assegurar a igualdade).

Os direitos fundamentais e seu caráter contramajoritário

A dimensão substantiva da democracia, se aceita, impõe um limite – dado pelos direitos individuais – às deliberações majoritárias⁸⁴, e define democracia como um regime sujeito a condições morais⁸⁵. A igualdade de consideração e respeito, se aceita na sua dimensão substantiva (quanto aos resultados), traz assim fortes constrangimentos ao processo democrático ante a necessidade de observar a condição de igualdade que confere legitimidade e dignidade de respeito à legislação e justifica o uso da coerção pública. Essas condições de legitimidade da lei são chamadas de *direitos morais*: direitos porque exigíveis

⁷⁸ Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>> Acesso em 28.12.12.

⁷⁹ Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; [...]. Pena – de prisão cellular por dous a seis mezes. [redação original].

⁸⁰ Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilegios, usar de talismans e cartomancias para despertar sentimentos de odio ou amor, inculcar cura de molestias curaveis ou incuraveis, emfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica:

Penas – de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000. [redação original].

⁸¹ A escravidão foi abolida no Brasil pela Lei Áurea (Lei imperial n. 3.353), sancionada pela princesa Isabel em 13 de maio de 1888.

⁸² Um artigo recente sobre esse tema, com várias indicações bibliográficas: Sidney Aguilar Filho: Racismo à brasileira. In **Revista de História da Biblioteca Nacional** n. 88, p. 26/28. Rio de Janeiro. Janeiro de 2013.

⁸³ É clássica a distinção entre constituições “democráticas ou promulgadas”, quando elaboradas por uma assembleia constituinte, e “outorgadas ou autocráticas”, quando imposta por um grupo ou ditador (por exemplo: José Afonso da Silva, 1994, p. 43; Jorge Miranda, 2009, p. 229). Segundo esse critério, a Constituição Brasileira de 1934, que impôs um tratamento discriminatório a grupos, seria democrática, evidenciando, mais uma vez, o quanto um critério puramente formal de democracia amesquinha este importante conceito político.

⁸⁴ NINO, 2010, p. 494.

⁸⁵ DWORKIN, 2006, introdução, especialmente p. 36/40; 2010b, p. 249.

no âmbito de um sistema normativo, e morais porque são direitos existentes no âmbito de um sistema normativo *moral*; seriam direitos *jurídicos* quando integrantes de um sistema normativo jurídico, *políticos* quanto pertencente a um sistema político, religioso quando deriva de um sistema religioso etc. (NINO, 1989, p. 14). Mas, como vimos tentando explicitar, a legitimidade da lei decorre de conter uma moralidade política minimamente plausível, de modo que esses direitos, embora integrantes de um sistema normativo moral, adentram no Direito diante da necessidade de justificação das decisões (judiciais ou legislativas), de demonstrar que temos razões autônomas para concordarmos com esse Direito.

Esses direitos fundamentais ou morais, quando expressam a ideia de que são direitos que os indivíduos “têm de atribuir uns aos outros, caso queiram regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo” (HABERMAS, 2010, p. 113) são por vezes também denominados de básicos, individuais, humanos etc. Como diz Günther,

esses direitos são de natureza moral, portanto, inacessíveis à alteração positivadora. Eles não são derivados de um ato legiferante ou judicativo, mas do direito ao respeito e consideração iguais, enraizado nos fundamentais princípios legitimadores de uma comunidade. (2011, p. 272).

Em decorrência, por definição, direitos individuais ou morais são *contramajoritários* por se constituírem em limites ao que a maioria pode fazer para obter uma melhoria coletiva (NINO, 2010, p. 491 e 493; 1989, p. 19 e 35), e nesse sentido eles são *antiutilitários*. Em que sentido os direitos são antiutilitários? No sentido de que são óbices à realização de objetivos sociais arrimados *apenas* na maior satisfação possível do grupo. *Utilitarismo* define o conjunto de várias teorias de justiça que partem do pressuposto de que, diante da ausência de consenso acerca do bem da vida (do que é bom, válido, aquilo que dá sentido), deve-se optar pela alternativa política, dentre as disponíveis, que garante a maior satisfação ao maior número de pessoas:

A idéia principal é que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas principais instituições estão organizadas de modo a alcançar o maior saldo líquido de satisfação, calculado com base na satisfação de todos os indivíduos que a ela pertencem. (RAWLS, 2008, p.27)

Numa perspectiva utilitária, importa essencialmente o resultado final de obter o maior grau possível de satisfação do maior número dos integrantes de uma comunidade,

pouco importando o sacrifício ou desvantagem de uma minoria: a insatisfação de uns poucos seria o preço aceitável por se viver em uma sociedade que, reconhecendo duas ou mais opções, escolhe aquela que tem maior apoio e aumenta o bem-estar geral. Essa teoria é atraente quando imaginamos que entre uma escola e uma praça, ou entre duas políticas cambiais com efeitos diferentes, opte-se por aquela que receber maior apoio popular: a própria comunidade decide acerca de suas necessidades mais urgentes. Mas esta teoria não se mostra apta a justificar a deliberação majoritária que nega a judeus, negros, mulheres ou integrantes de uma minoria religiosa os direitos reconhecidos aos demais integrantes da comunidade.

Para melhor visualizarmos o conceito aqui exposto, tomemos duas situações: a) um vereador propôs um projeto de lei para excluir do serviço social os migrantes nordestinos recém-chegados à cidade de São Paulo⁸⁶; b) exclusão de deficientes visuais nos concursos para provimento do cargo de soldado-bombeiro. Nas duas situações há discriminação, proibindo-se que pessoas que integram grupos vulneráveis desfrutem de oportunidades ou serviços garantidos aos demais membros da comunidade; ainda por hipótese, consideremos que ambas as normas tenham sido aprovadas nos órgãos de representação democrática, e que nos debates ficou demonstrado que os cidadãos paulistanos ganhariam com a exclusão, pois mais recursos financeiros sobrariam para investimento e aplicação em favor de quem mora há anos na capital paulista; do mesmo modo, o serviço de combate a incêndio seria mais eficiente se somente contasse com soldados-bombeiros saudáveis, ágeis e visualmente aptos. Mas calha indagar as razões que nos conduzem a considerar que uma deliberação seja injusta e inaceitável e, a outra, razoável, ou, por que repugnamos uma e aceitamos outra, embora ambas discriminem.

Dworkin propõe uma resposta para a questão. Diz que tradicionalmente somos tentados a sustentar um cálculo utilitarista com relação às opções políticas, ou seja, que entre dois objetivos políticos em disputa, deve prevalecer aquele que obtiver maior preferência na comunidade. Se a comunidade quer construir um teatro e uma piscina, mas só tem recursos para uma obra, deve vencer a opção que alcançar maior preferência

⁸⁶ Segundo VITA, 2004, p. 81, esse projeto foi cogitado nos termos expostos. DAL RI JÚNIOR, 2006, p. 261, no bojo de uma investigação teórica com fins diversos, noticia que em 1938 os judeus, por decreto, foram excluídos como beneficiários da assistência social pelo governo alemão, entre várias outras medidas discriminatórias.

agregada da população. Se isso é válido em alguns processos de deliberação coletiva, em outros o mero cálculo agregativo pode resultar em grave injustiça. Isso porque podemos ser motivados, entre outras, por dois tipos de preferências: externas e pessoais. *Preferências pessoais* são as opções que defendemos para nós; *preferências externas* são opções ou juízos que emitimos para os outros (DWORKIN, 2007, p. 361).

Se uma pessoa não é nordestina e, mais do que isso, tem preconceito contra pessoas originadas do nordeste brasileiro, ao decidir sua preferência muito certamente será maculada pela preferência externa, pelo sentimento de menosprezo que guarda em relação ao outro, porque decide sobre os destinos do outro. Caso se decidisse a questão apenas contando as preferências da comunidade como um todo, o resultado estaria viciado pelas preferências externas, pelos juízos que as pessoas fazem *acerca dos e para os* outros: é cômodo votar medidas restritivas contra grupos ou pessoas das quais somos diferentes, de modo que não seremos destinatários das medidas que optamos para os *outros*, mas não para nós mesmos ou para nossos entes e amigos. Vota-se para que os outros fiquem sem serviço social, não para si mesmos. Dessa forma, o fundamento exposto (o preconceito contra nordestinos) não pode ser aceito pelo objeto da discriminação (o nordestino, no exemplo dado).

Já o ato que impede deficientes visuais de participar do concurso para bombeiros é justificado porque o deficiente visual não exercerá a contento as funções perigosas e que exigem grande acuidade visual do cargo de bombeiro, não existindo qualquer indício de que esta proibição se fundamente em preconceito ou em juízo negativo que as pessoas tenham acerca dos deficientes visuais. Antes, a razão exposta, relativa à necessidade de acuidade visual para o exercício do cargo, é passível de aceitação, inclusive por aquele que é alijado do concurso (o deficiente visual), por guardar uma relação entre os fins buscados e o tratamento empregado. Os direitos não vedam a discriminação; vedam a discriminação arbitrária.

O exemplo demonstra como os direitos blindam o indivíduo contra o preconceito do outro e contra deliberações majoritárias que menosprezam a dignidade. No regime democrático cabe ao povo, direta ou indiretamente, por seus representantes, decidir sobre suas prioridades, metas e meios de atingi-las. Dworkin denomina esses objetivos políticos ou

metas coletivas de *questões de política*, as quais têm na arena pública seu *locus* privilegiado, para diferenciá-las das *questões de princípio* (2007, p. 36/37, 129), estas relacionadas aos direitos básicos, àquilo que não pode ser menosprezado pela deliberação pública e que serve exatamente de limite às questões políticas: os direitos e as liberdades fundamentais.

Para exercer essa função antiutilitária e proteger a minoria contra deliberações majoritárias discriminatórias, devem os direitos ser articulados no âmbito de um discurso racional e gozar de *prioridade lexical*, enquanto condições para a convivência em uma sociedade marcada pela multiplicidade de ideologias, filosofias, religiões, visões de mundo, permitindo não só a equalização e a aceitação das várias concepções abrangentes atualmente toleradas, mas também, condição para que o diálogo continue e possa incluir novas concepções e práticas culturais. Essa prioridade lexical dos direitos individuais faz Dworkin os enunciar

como trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda (2007, p. XV).

A posição de proeminência dos direitos básicos ou fundamentais é utilizada pela Suprema Corte dos Estados Unidos enquanto método de decisão. Os professores norte-americanos Laurence Tribe e Michael C. Dorf (2007, p. 94), descrevendo a prática da Suprema Corte dos Estados Unidos, relatam que este Tribunal, ao examinar a constitucionalidade de uma liberdade contestada em face de um direito básico, realiza um raciocínio em dois passos, ali denominado de “escrutínio estrito” (“*strict scrutiny*”)⁸⁷. Primeiro, decide a Corte se a liberdade se apresenta como básica. Caso se reconheça tratar-se de liberdade básica, o Tribunal então verifica se há um “interesse estatal cogente” (“*compelling state interest*”) capaz de predominar sobre aquele direito reconhecido como básico. Mas não é qualquer interesse estatal, somente o interesse da maioria que se mostre cogente e insuperável é idôneo para afastar o direito básico reconhecido. Com base na experiência constitucional americana, reconhecer um direito básico – diante da força e prioridade que a Corte confere – é, na prática, antecipar o veredicto do exame de

⁸⁷ N’A *Virtude Soberana*, capítulo 12, Dworkin tece críticas a esse método, oferecendo uma alternativa (método da régua de cálculo) que preserva o caráter de trunfo dos direitos e permite ações governamentais para favorecer grupos historicamente discriminados. Também DWORKIN, 2006, p. 54/55.

constitucionalidade, dado que, apenas excepcionalmente, o direito ou a liberdade básica cedem perante um interesse coletivo.

Dois casos, entre vários outros, ilustram a força dessa técnica de decisão, quando há envolvimento de liberdades básicas. São emblemáticos justamente porque, embora decididos por maioria, mostram resultados diferentes, conforme se considere ou não os direitos como padrão argumentativo distinto e superior. Em *Texas v. Johnson* (496 U.S. 310, 314), julgado em 1989, discutiu-se a compatibilidade de lei que criminalizava o ato de queimar a bandeira nacional americana com a liberdade de expressão, ocasião em que a Suprema Corte dos Estados Unidos, por cinco votos a quatro, proclamou que “não poderia o governo proibi-la [a conduta de queimar a bandeira] somente porque uma parcela da sociedade a encarava como ofensiva ou desagradável”.⁸⁸ Outro caso é *Smith*, 494 U. S. 872 (1990), referido no item *Hoasca 2006*, supra, no qual a Suprema Corte, por maioria de votos, decidiu que, se lei editada sem o objetivo específico de embaraçar uma prática religiosa, concretamente tiver esse efeito, a limitação daí advinda é legítima. Tratava-se, como relatado, de saber se a lei que sancionava o uso de mescalina (substância psicoativa proibida, tal como o DMT) estendia sua sanção para o uso ritual de mescalina por nativos americanos. O voto vencedor, relatado pelo juiz Scalia, afirmou que o grau prévio de liberdade religiosa era “um luxo que nossa democracia não poderia mais sustentar”. Lê-se, entretanto, no voto da dissidência, representada pelo juiz Harry Blackmun, menção ao caráter proeminente da liberdade básica, quando contrastada com interesses da maioria:

... Em suma, [a decisão desta Corte] efetua uma subversão total da jurisprudência estabelecida no tocante às cláusulas da nossa Constituição. Espera-se que esta Corte esteja consciente das conseqüências e que seu resultado não seja o produto de uma reação exagerada para os sérios problemas que a crise de drogas no país gerou. Esta visão distorcida de nossos precedentes leva a maioria a concluir que o escrutínio estrito de uma lei estadual onerando o livre exercício da religião é um **luxo** que uma sociedade bem ordenada não pode sustentar, e **que a repressão de religiões minoritárias é uma conseqüência inevitável de um governo democrático**. Não acredito que os Fundadores da nação pensassem que a sua tão custosa liberdade de perseguição religiosa fosse um luxo, mas sim um elemento essencial de liberdade e não poderiam ter imaginado que a intolerância religiosa fosse inevitável, uma vez que criaram as cláusulas religiosas precisamente para evitar essa intolerância.⁸⁹ (grifo nosso)

⁸⁸ “[...], the Government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable.” Tradução livre.

⁸⁹ “In short, it effectuates a wholesale overturning of settled law concerning the Religion Clauses of our Constitution. One hopes that the Court is aware of the consequences, and that its result is not a product of overreaction to the serious problems the country’s drug crisis has generated. This distorted view of our precedents leads the majority to conclude that strict scrutiny of a state law burdening the free exercise of religion

Limitações aos direitos fundamentais

Atribuir aos direitos a condição de trunfos ou barreiras contra a maioria não significa *absolutizar* as liberdades fundamentais, mas conferir-lhes *status* especial e proeminência discursiva. Como diz Rawls (2000, p. 349), “a prioridade da liberdade implica, na prática, que uma liberdade fundamental só pode ser limitada ou negada em nome de outra ou de outras liberdades fundamentais [...]”. Significa que numa deliberação envolvendo uma liberdade básica existe, para aquele que a desafia, o ônus argumentativo de demonstrar razões substantivas capazes de afastá-la, indicando que outra liberdade ou direito básico corre o risco de ser indevidamente afetado, caso se reconheça a liberdade em disputa. A liberdade de expressão não vai ao ponto de permitir que alguém grite “fogo” em teatro lotado⁹⁰ e, igualmente, é consensual que não se toleraria uma religião que apregoasse sacrifícios humanos (embora se aceite sacrifícios de animais⁹¹) ou estimulasse assassinatos em massa⁹².

Um direito fundamental encontra seu limite natural em outro direito ou liberdade fundamental ou, para usar expressão mais conhecida, num *direito concorrente*. Mas o direito concorrente também é um direito individual, e não os direitos pessoais de uma maioria, sob pena de incorreremos, por vias transversas, no majoritarismo puro. Se admitirmos que um direito pessoal de uma maioria é também um direito concorrente, esvaziamos a noção de direito no sentido forte exposto. Uma maioria poderia alegar que tem o direito de viver numa sociedade heterossexual, sem ser obrigada a conviver com lésbicas, gays, negros ou pobres. Mas se um indivíduo não possui esse direito individual – de ser protegido contra a presença ou existência de homossexuais, negros e pobres – também

is a "luxury" that a well-ordered society [494 U.S. 872, 909] cannot afford, ante, at 888, and that the repression of minority religions is an ‘unavoidable consequence of democratic government.’ Ante, at 890. I do not believe the Founders thought their dearly bought freedom from religious persecution a ‘luxury,’ but an essential element of liberty - and they could not have thought religious intolerance ‘unavoidable,’ for they drafted the Religion Clauses precisely in order to avoid that intolerance”. Tradução livre.

⁹⁰ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). Um exame acurado desse julgado e do caráter prioritário das liberdades: RAWLS, 2011, em especial p. 409.

⁹¹ *Igreja de Lukumi Babalu Aye (CLBA) v. Cidade de Hialeah*, Flórida, 508 U.S. 520 (1993). No STF pende de julgamento o RE 494.601, no qual o assunto será debatido. Trata-se de um recurso contra a decisão que permitiu, no Rio Grande do Sul, o sacrifício de animais em rituais afros, coincidentemente, a mesma prática religiosa examinada no precedente americano.

⁹² O jornal Folha de São Paulo, em 1.7.2007, caderno *Mundo*, noticiou a confirmação, por um tribunal de Tóquio, Japão, a condenação à morte do líder da seita “Verdade Suprema”, responsável por diversas mortes no Japão. Disponível também: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/01/um-dos-japoneses-mais-procurados-no-pais-se-entrega-em-toquio.html>> Acesso em 11.11.12.

não há o direito da maioria equivalente. Dworkin propõe o seguinte teste para identificação de um direito concorrente: “uma pessoa possui um direito concorrente à proteção, que deve ser contraposto a um direito individual de agir, se ela estiver, por si mesma, enquanto indivíduo, autorizada a exigir a proteção de seu governo para o seu direito, sem que se leve em consideração se a maioria de seus concidadãos partilha da mesma reivindicação” (2007, p. 298).

Há também outra hipótese para limitação de um direito, atinente aos seus custos, cogitada por Dworkin, que merece explicitação (2007, p. 307). Esse argumento é presente em Hoasca 2006 e em algumas decisões CONFEN/CONAD, e diz respeito à dificuldade em distinguir o uso religioso do uso recreativo, onerando o trabalho do governo de cumprir a lei que proíbe substâncias psicoativas. O argumento admite que a liberdade de religião protege o uso ritual, mas sustenta que esse uso possibilitaria o uso recreativo, proibido pela lei. O argumento trata dos custos de um direito. Conquanto se reconheça um direito abstrato, defende-se que um direito de mesma natureza deve ser negado em razão dos custos para a sociedade daquele direito ou liberdade. Se o custo para a sociedade for não apenas adicional, mas de grau muito superior ao custo pago no momento da concessão do direito original, em grau suficientemente alto, admitir-se-ia a negação do direito. Se, por hipótese, não houvesse uma estrutura policial e institucional criada e em funcionamento para coibir o uso de substâncias psicoativas, e se o uso recreativo de Ayahuasca fosse altamente tóxico ou mortal, seu uso ritual implicaria a criação da estrutura apenas para proibir o uso recreativo, de sorte que a sociedade como um todo arcaria com custos enormes apenas para resguardar o direito de uma minoria, o que seria bastante controverso.⁹³ Todavia, além de a Ayahuasca não se apresentar como uma substância letal ou cujos efeitos sejam efetivamente letais, a estrutura para repressão do uso recreativo existe independente da permissão para uso ritual, de modo que não haverá custos adicionais significativos, esvaziando o argumento.

Como consequência dos postulados expostos, os direitos fundamentais, concebidos como emanções de uma condição mais fundamental relacionada à igualdade, ao direito de o Estado atribuir a todos sob seu governo a mesma consideração e o mesmo

⁹³ O argumento dos custos é recorrentemente utilizado quando se examina a reivindicação de integrantes de algumas religiões para não prestarem provas em concursos públicos durante o dia, mas somente a partir das 18 horas.

respeito, protegem os indivíduos contra dois tipos de argumentos: os argumentos utilitaristas e os argumentos de política ideais ou perfeccionistas. Os argumentos utilitaristas, como exposto, pressupõem que uma sociedade bem organizada é regida pelo princípio que maximiza o bem-estar, de modo que diante de duas ou mais alternativas de ação deve-se optar por aquela que trará mais felicidade (seja lá o que isso significa: mais emprego, mais cultura, mais renda etc.) a mais pessoas. Para se saber o que trará mais felicidade, conta-se as preferências individuais e vence aquela que obtiver maior número. Esse método, segundo essa teoria, atribui a cada indivíduo o mesmo valor, realizando o princípio da igualdade. Como já demonstramos, o utilitarismo pode conduzir a graves resultados.

Mas os direitos protegem o indivíduo também contra os argumentos de política ideal ou perfeccionista. Esses argumentos sustentam que certas formas de vida constituem uma excelência ou uma perfeição, e devem ser promovidas em detrimento de outras. O perfeccionismo não pressupõe que essa comunidade ideal seja do interesse ou do desejo da maioria, mas que essa comunidade e as medidas necessárias para se alcançá-la aproximam o ser humano de sua verdadeira finalidade ou destino excelente (KYMLICKA, 2006, p. 241; DWORKIN, 2006, p. 422; RAWLS, p. 31, 404). Uma teoria é perfeccionista se apresenta um modo de vida pretensamente superior ou excelente, que por representar a excelência da natureza humana deverá ser buscado pela comunidade mesmo contra a vontade de seus membros. Ao longo do tempo o perfeccionismo tem assumido ideais políticos ou religiosos. Será político quando estatui uma organização social que impõe uma forma de vida, uma concepção de bem, como o comunismo, o maoísmo, o fascismo; será religioso quando propõe que uma sociedade se organize em torno da ideia de uma verdade revelada, de uma concepção religiosa (e, portanto, dogmática) que representa o fim último do ser humano, configurando os Estados-religiosos, ainda hoje existentes em algumas nações islâmicas, estruturadas para o fim de supostamente promover a verdade revelada por livros sagrados ou alguma interpretação destes.

Por outras palavras, um direito, na concepção forte aqui delineada, não pode ser negado ao argumento que ele permite uma forma de vida inferior, nem poderá ser negado ao argumento de que trará mais benefícios para a sociedade. A razão é uma só: se admitimos que as pessoas gozam do mesmo status e devem receber a mesma consideração

e o mesmo respeito, elas têm o direito à autodeterminação de suas vidas e o correlato direito de que seus projetos de vida sejam tratados como portadores de um mesmo valor.

A legitimidade da lei e da decisão judicial

Identificamos, na seção anterior, que a lei é moralmente exigível, em princípio, e que os direitos fundamentais ou morais são condições para que o ordenamento se mostre digno de respeito e obediência. Admitir que um poder político, portanto, imperativo, funda sua legitimidade numa deliberação majoritária traz importante implicação para a decisão judicial, pois o poder político de uma comunidade é uno, e somente se divide em funções ou poderes (legislativo, executivo, judiciário, moderador etc.) para melhor desempenho e controle desse poder político. Quando uma Constituição divide o poder soberano entre três poderes, por exemplo, não cria três poderes soberanos, mas divide o poder político, que é uno, segundo critérios de otimização e distribuição das funções estatais. Logo, todo aquele que exerce uma parcela do poder político o faz na qualidade de agente delegado da coletividade, e deve satisfações de seu ato, pois não o pratica em nome próprio, mas em nome da coletividade. Pela mesma razão, o poder judiciário – exercido por juízes – como detentor de parcela do poder político tem a legitimidade de seus atos (decisões judiciais) condicionada à sua vinculação com uma decisão majoritária.

Um juiz não pode tentar justificar uma decisão sob a simplória e insuficiente alegação de que ele assim escolheu, porque poderia ser demandado a esclarecer que título possui para impor regras a outra pessoa. Se ele disser que o título é dado pelo cargo, tem-se aí um claro abuso: a parcela de poder estatal conferida a quem exerce o cargo de magistrado é dada para agir em nome daquele poder coletivo, e não em nome próprio. Se um magistrado ordena que um indivíduo se abstenha de fazer algo, esse indivíduo pode – invocando sua igualdade e o princípio da racionalidade – pedir as razões pelas quais deve cumprir aquela ordem; se o magistrado alega que a razão é a sua vontade e o seu juízo, o cidadão poderia objetar por que ele deveria se curvar à vontade pessoal do juiz. A mera vontade pessoal, o capricho, o arbítrio, o juízo pessoal do magistrado não constitui razão suficiente para a obediência, porque o cidadão pode dizer que sua vontade, capricho e juízo são tão importantes quanto os do magistrado, e que entre uns e outros, é preferível aceitar suas próprias razões. É certo que a decisão do julgador – como a de um déspota – conquanto

ilegítima, se não reformada, forçará ao cumprimento, mas o cumprimento pela mera disponibilidade do uso dos meios de coerção do Estado não diminui em nada os vícios de um ato arbitrário, antes o agrava, ao adicionar à arbitrariedade da decisão o uso do aparato estatal para fins indevidos.

Porém, se o juiz, quando instado a expor as razões de sua ordem, demonstra que o faz em razão de uma decisão majoritária expressa na lei ou na constituição, ele oferece uma razão moralmente aceitável para o cumprimento da ordem; enquanto razão ou princípio moral, ela limita a ação do indivíduo destinatário da ordem: ou ele cumpre, aceitando que é uma ordem legítima; ou ele apresenta uma razão justificadora para afastar a autoridade moral daquela lei (como por exemplo, objeta que o processo político foi falho formal ou substancialmente, afetando direitos morais).

Como a legitimidade de uma decisão depende de sua vinculação a uma decisão majoritária, então o juiz ou outro agente público que exerce parcela do poder político tem sobre si o ônus de demonstrar que seu ato decorre da lei, que ele cumpre a lei. Mas a vinculação à lei não é um mero rótulo, uma etiqueta ou uma mera referência. Se a Constituição Federal dispõe no art. 55 que os deputados federais condenados pela prática de crime perderão o mandato e, no § 2º do mesmo artigo enuncia que essa perda será decidida pela Câmara dos Deputados, uma decisão judicial que decreta a perda do mandato legislativo de deputado independentemente de apreciação pela Câmara – contrariando a literalidade do dispositivo constitucional – não pode pleitear legitimidade apenas e tão-somente por consignar que o fez em cumprimento à Constituição. Tal decisão evidencia que a demonstração da legitimidade necessita de *racionalidade e justificação*.

A *racionalidade*, segundo Barcellos (2005, p. 42/3) se liga a duas exigências: a) a capacidade de demonstrar conexão com o sistema jurídico; b) a racionalidade propriamente dita da argumentação, em especial nas hipóteses em que existam várias conexões possíveis – e diferentes – com o sistema jurídico. Por primeiro, a atuação judicial deve identificar o dispositivo legal a que se conecta ou vincula; por segundo deve expor a racionalidade propriamente dita da vinculação, esclarecendo por que uma determinada solução deve ser adotada e não outra, igualmente respaldada pelo mesmo fundamento normativo. O STF decretou a perda do mandato parlamentar com base no art. 15, III da Constituição, que

determina a perda dos direitos políticos para quem sofrer condenação criminal (AP 470). A racionalidade em sentido estrito exige que se demonstre por que, entre duas opções para fundamentar a decisão, o tribunal escolheu uma e não outra.

Por outro lado, a *justificação* se associa à necessidade de explicitar as razões pelas quais uma decisão foi tomada dentre outras que seriam possíveis. Diz respeito ao dever de demonstrar a existência de razões para se aceitar a solução adotada como decorrente de uma decisão majoritária. Consideremos, na decisão acerca da perda dos mandatos, o argumento de que haveria uma antinomia entre as normas extraídas do art. 15, III (que estabelece a suspensão dos direitos políticos de qualquer um que sofra condenação criminal) e art. 55, §2º, da Constituição (dispõe que a perda de mandato parlamentar em razão de condenação criminal será definida pela Câmara dos Deputados), e que essa antinomia deve ser resolvida em favor do art. 15, III⁹⁴. Ocorre que essa argumentação contraria os precedentes da Corte sobre o tema (RE 179.502, RE 225.019 e RE 418.876), os quais reconheciam a antinomia entre os dois dispositivos constitucionais, mas a resolvia pelo princípio da especialidade, conferindo à norma do art. 55, §2º o caráter de especial – porque dirigida aos parlamentos – em relação à norma geral expressa pelo art. 15, III, dirigida às demais pessoas.

A interpretação anterior oferecida pela Corte preservava os dois dispositivos e que se mostrava consentâneo com o propósito dos constituintes quando de sua discussão e aprovação pela Assembleia Constituinte enquanto um elemento do sistema de freios e contrapesos entre os poderes da República⁹⁵. Em tal contexto, o decreto judicial de perda de mandato deveria expor razões que justificassem o afastamento tanto dos precedentes da Corte sobre o tema quanto da intenção dos constituintes⁹⁶.

⁹⁴ Ao tempo em que se escreve esta pesquisa, somente alguns votos da AP 470 foram disponibilizados, como por exemplo o voto do min. Gilmar Mendes, que adotou, em linhas gerais, a argumentação exposta. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_Gilmar_Mendes.pdf>

⁹⁵ A questão da perda do mandato em razão de condenação criminal foi objeto de debate explícito na Constituinte, e a redação final do art. 55, §2º teve o objetivo expresso de retirar essa decisão do judiciário e reserva-la à deliberação da Câmara. Esse fato histórico foi amplamente noticiado pela imprensa e referido nos votos dos ministros do STF.

⁹⁶ Com relação à intenção do Constituinte, na ADI 4.277/DF, no voto do min. Gilmar Mendes, há a menção de que o STF “não confere maior significado à chamada intenção do legislador”, com indicação de vários precedentes (p. 4/5). Não expõe, porém, as razões pelas quais os propósitos dos constituintes não têm maior significado. Dworkin sustenta que a declaração formal do legislador ou constituinte expressa *uma* interpretação sobre o Direito que produzem, de modo que é sim relevante e deve ser considerada. Defende ainda que o

A justificação⁹⁷ é então instrumento de controle da legitimidade do ato judicial e se destina a demonstrar sua vinculação a uma decisão majoritária, e ela decorre não de algum dispositivo positivado, como o art. 93, IX, da Constituição Federal, mas – repise-se – do exercício do poder político e do correlato dever de qualquer agente público detentor de parcela do poder coletivo comprovar que seu ato decorre de uma deliberação majoritária.

Podemos concluir essa breve exposição com uma importante contribuição para nossa pesquisa. Iniciamos essa seção indagando se há algum parâmetro para avaliarmos uma decisão judicial. Identificamos uma premissa abstrata: a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma decisão majoritária. Permite-nos, em relação ao caso *Leônicio*, fixar um ponto de partida para nossa discussão, pois ficou clara a pertinência de se indagar se a decisão decorreu, ou não, de uma decisão majoritária, no caso, a cláusula constitucional que assegura a liberdade de credo. A importância deste ponto não repousa na constatação de que devemos cumprir a lei, mas no esclarecimento do fundamento desse princípio: sua natureza moral. Temos razões, *prima facie*, para cumprirmos a constituição e a lei. E essas razões são, como exposto, de moralidade política. Ou simplesmente morais.

Ao expormos o conceito de Direito enfatizamos que uma concepção deveria abordar as razões pelas quais a lei justifica o uso da coerção e qual o sentido dessa justificação. Identificamos que há razões para cumprirmos a lei que derivam da circunstância de aceitarmos uma igualdade fundamental entre todos os participantes de uma comunidade, aí residindo o sentido desse princípio moral que nos motiva a obediência da lei. Segundo aquele conceito, falta abordar um último item: que direitos e obrigações decorrem das decisões políticas do passado. Como vimos, embora as pessoas queiram obedecer à lei, divergem quanto ao que devem entender por lei e, por conseguinte, quanto aos direitos que decorrem da decisão política do passado.

significado de uma lei muda com o tempo, mas cabe ao intérprete demonstrar por que aquela interpretação foi superada (2010a, cap. IX, especialmente p. 414, e cap. X, em especial p. 437; 2006, p. 14/15).

⁹⁷ Como explica BARCELLOS (2005, p. 45), a justificação é geralmente compreendida como envolvendo a racionalidade. A distinção aqui teve o propósito de realçar seus elementos. ALEXY utiliza os termos justificação interna e externa (2005, p. 217/8) referindo-se, em linhas gerais, aos mesmos elementos.

A moralidade política na interpretação

Na seção anterior demos início ao exame das decisões envolvendo Ayahuasca, visando identificar algum critério a partir do qual pudéssemos avaliá-las. Destacamos que a despeito de intérpretes convergirem de que devem cumprir a lei, divergem profundamente na interpretação e aplicação do Direito, especialmente quando se trata de normas ditas “abertas” ou vagas. Referimos que Direito é um conceito interpretativo, perante o qual cada intérprete constrói uma concepção acerca do que exige ou requer aquele conceito, e discorreremos sobre duas dimensões, do ajuste e da moralidade política, as quais contribuem para avaliar as concepções, e enfatizamos que mais do que descrever, uma concepção ou interpretação deve justificar o Direito à luz de um propósito. Nosso propósito nesta ação é mostrar o conceito de Direito em atuação e as várias possibilidades que decorrem do uso de concepções diversas, de como as concepções explicam quais direitos e deveres *decorrem* de uma deliberação política majoritária. Fincamos um primeiro princípio, de que toda interpretação tem de evidenciar sua vinculação com uma decisão majoritária, pois há um dever de obediência à lei, em princípio. Mas isso pode ser feito de várias formas.

Assentamos que há razões morais para obedecermos a lei. Porém, se aceitarmos que há um argumento substantivo, de fundo, de natureza moral que justifica nosso respeito à lei, temos de admitir também que o mesmo argumento moral pode justificar sua inobservância. Isso fica claro quando concordamos que as pessoas têm o dever moral de respeitar a lei quando são tratadas com a mesma consideração e respeito, quando o Estado atribui a cada um o mesmo valor; contrariamente, se uma ordem jurídica trata indivíduos ou grupos de modo diferenciado, negando-lhes o mesmo tratamento que dedica a outros membros, essa ordem jurídica não goza da dignidade de respeito que estimula a obediência e observância de seus preceitos por parte desse grupo e desses indivíduos. E aqui vemos que a natureza da justificativa que estimula o cumprimento das leis é da mesma natureza da justificativa da desobediência civil: moral.

Mas a incidência da moral não para aí. Se a lei tem sua justificativa na moralidade política, essa mesma moralidade política da qual nasceu e de onde obteve reconhecimento e legitimidade conformará seus significados e interpretação. Assim como a moralidade é determinante para conferir dignidade de respeito à legislação, revelando-a

como legítima e gerando o dever de obediência, a mesma moralidade política também conferirá sentido às normas, possibilitando que as razões que justificaram sua edição e aprovação se estendam e sejam preservadas na sua aplicação. Ao deparar interpretações diversas de um mesmo dispositivo ou conjunto de dispositivos, o juiz “deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas – como um todo” (DWORKIN, 2010a, p. 306).

A lei que estabelece o limite de velocidade de 110 km/h, por exemplo, se mostra legítima quer porque foi aprovada por um procedimento igualitário, do que resultou uma decisão majoritária, quer porque seu fim (conteúdo) é moralmente valioso (aumentar a segurança e bem-estar de condutores e pedestres). Se alguém transgredir aquele limite, a sanção se mostra inconteste. Todavia, qual é a resposta jurídica para o caso de alguém ultrapassar aquele limite de velocidade em razão de fugir de assaltantes perigosos e armados? Se nos basearmos em alguma concepção ou interpretação que sustente que o Direito é somente aquilo que é aprovado pelo legislativo, somos induzidos a pensar que o juiz se encontra diante de uma lacuna e terá ampla discricionariedade, podendo decidir livremente, como se legislador fosse. Essa concepção positivista de Direito e de interpretação gera subquestões, do tipo: o juiz criou uma nova regra ou *descobriu* a regra no ordenamento, que já preexistia à controvérsia? Os legisladores pensaram nessa hipótese e deliberadamente não a regulamentaram? Se os legisladores tivessem pensado, como resolveriam? Segundo essa teoria, os jurisdicionados ficam à mercê da discricionariedade do juiz, apenas cientes de que poderão ter uma ou outra decisão.

Mas se reconhecemos a incidência da moralidade política a justificar não só a aprovação da lei mas também sua aplicação, a questão não só será resolvida em outros termos como a discricionariedade por parte do juiz assumirá outros contornos e natureza, pois ele terá de justificar sua decisão não apenas em face do texto escrito da lei mas em face dos princípios de moralidade política que justificam essa mesma lei: as mesmas razões que justificaram a promulgação da lei determinarão a resposta no âmbito da moralidade política: qual interpretação se mostra moralmente mais peremptória, no sentido de que atende às virtudes políticas da justiça, equidade e integridade?

Se acreditarmos que o propósito do Direito é estabelecer uma comunidade que se rege através de princípios de moralidade política, tentaremos identificar um princípio de justiça ou moral que subjaz àquela lei e que lhe justifica, que proclama que não é justo ou correto exigir que alguém cumpra uma regra se desse cumprimento advirá risco de grave dano para si ou outrem. O motorista não será multado, pois sua conduta estará amparada pelos princípios que justificam a lei e o Direito como um todo.

Reconhecer a incidência de princípios de moralidade política sobre a elaboração do Direito e na sua interpretação torna desnecessário indagar se os legisladores pensaram ou não no assunto, ou se há criação ou descoberta do Direito. Se o juiz decide a partir dos princípios já reconhecidos pela ordem jurídica, os mesmos princípios que promovem e sustentam a criação da lei, não haverá invenção nem tampouco descoberta, mas a continuidade da construção de uma interpretação a partir dos elementos dados pelo ordenamento: o juiz não deu início à criação do Direito, mas apenas prossegue com um projeto político-moral que nasceu antes de sua posse como julgador ou nascimento como ser humano e que prosseguirá para depois de sua aposentadoria e morte, numa construção coletiva que prosseguirá enquanto houver sociedade e que se guiará – assim se propõe – a estruturar uma comunidade política pautada por princípios de moralidade política dignos de serem aceitos no interior de um discurso público entre iguais.

Enriquecerá a compreensão desse ponto o exame de outro exemplo. Na ADC 12 o STF examinou se a designação de filhos, esposas, enteados, irmãos, companheiras de juízes, desembargadores e ministros para os cargos fixados em lei de livre nomeação, violava os princípios constitucionais da probidade e impessoalidade. Entre outros aspectos relevantes, discutiu-se a necessidade de lei regulamentando a matéria, ao argumento de que os princípios constitucionais indicados somente poderiam ser regulamentados por lei, e não através de resolução do Conselho Nacional de Justiça; se e quando tal lei fosse aprovada, regularia as designações dali em diante. A questão essencial da controvérsia dizia respeito ao conteúdo dos princípios constitucionais, ao Direito ou norma criada por tais princípios. Também aqui podemos discutir o assunto indagando qual era a intenção dos constituintes e observar que, embora tenham aprovado tal dispositivo, havia prova de que eles próprios, constituintes, empregavam seus parentes próximos nos respectivos gabinetes; nesse caso,

caberia indagar se devíamos nos pautar pela intenção concreta de tais agentes (expressa por seus atos) ou pela intenção abstrata representada pela redação do dispositivo.

Seguindo ainda métodos tradicionais, outra sugestão é o raciocínio contrafactual: em face da dúvida em saber se os constituintes intencionaram dado objetivo, um modo de resolver a dúvida é supor o que teriam feito se tivessem pensado no assunto. Esta orientação interpretativa esbarraria na dificuldade já apresentada, de decidir levar ou não em conta a informação histórica de que constituintes designavam parentes para seus gabinetes, além de ser uma opção metodológica intensamente especulativa e incerta: questões submetidas à deliberação parlamentar não seguem uma lógica retilínea, mas expressam acordos e conveniências de vários grupos políticos.

Por outro lado, se compreendermos o dispositivo que assegura a impessoalidade e a probidade no trato da coisa pública na perspectiva da moralidade política, a natureza das questões interpretativas se alteram e se apresentam como aquilo que deve ser exigido enquanto diretriz para uma sociedade que quer se organizar atribuindo a cada um o mesmo respeito e a mesma consideração. Sob esse prisma, a interpretação assume outra configuração e diz respeito a saber qual o melhor critério para preenchimento de cargos e funções públicas: se deve ser o parentesco, o laço sanguíneo ou a capacidade, a inteligência do candidato, pouco importando sua família e ascendência.

Que opção se revela melhor na construção de uma sociedade: a que prima pela igualdade ou a que prestigia o favoritismo e o uso de recursos públicos em proveito próprio ou de sua família? Essa abordagem torna a pergunta acerca da necessidade de lei regulamentando a matéria impertinente. Esta pergunta surge em face da interpretação de que os princípios da impessoalidade seriam por demais abstratos ou imprecisos quanto a proibir ou não a nomeação de parentes na administração forense; porém, diante da interpretação realizada à luz daquilo que reputamos correto em termos de moralidade pública e em face daquilo que julgamos ser o propósito maior do Direito como um todo (tratar a todos com a mesma consideração e o mesmo respeito), a norma se revela proibindo o nepotismo, independentemente de lei específica regulando o assunto, porque se compreende ou se interpreta que o dispositivo já traz em si essa exigência moral. Vê-se assim a diferença entre perguntar o que é probidade e impessoalidade e indagar o que esses

princípios exigem. Esses exemplos também oferecem a oportunidade de examinarmos, mais uma vez, a pertinência do fundamento de Direito – aquilo que torna uma proposição de Direito verdadeira ou bem fundada – exposto ao longo desta pesquisa.

Identificar a incidência da moralidade política não apenas na origem da lei mas também na interpretação tem várias implicações, algumas das quais já expostas e outras não. A primeira é que a discricionariedade judicial praticamente desaparece, porque emerge o dever de o juiz decidir não só segundo a letra da lei, mas considerando principalmente os princípios de moralidade política que subjazem na legislação; em decorrência, não há que se falar em lacuna a ser preenchida, como nos exemplos, porque norma extraída do texto legal a partir daqueles princípios justificadores tem uma resposta para a controvérsia. A lacuna existe porque há uma interpretação que restringe a norma ao seu texto ou a uma interpretação, e a interpretação apoiada na moralidade política não se restringe ao texto da lei e seu significado imediato, mas é construída a partir dos princípios justificadores e, portanto, estende-se de modo coerente com esses princípios, desaparecendo a lacuna.

Por segundo, e o mais importante, aceitar a influência da moralidade política na gênese e também na interpretação do Direito é encontrar o fundamento do Direito, aquilo que torna uma proposição verdadeira ou bem fundamentada, no âmbito da integridade, que foi assim enunciado: “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2010a, p. 272), porque, insista-se, “uma interpretação bem-sucedida não deve apenas adequar-se à prática que interpreta; deve também justificá-la” (DWORKIN, 2010a, p. 344).

Haverá casos nos quais os intérpretes concordarão sobre qual proposição ou solução decorre dos princípios que justificam o Direito; mas haverá igualmente casos nos quais intérpretes qualificados e bem intencionados divergirão não só quanto aos princípios que devem ser considerados, mas quanto às proposições ou soluções que dele decorrem. Diante dessa constatação talvez se diga que fizemos uma viagem redonda, pois saímos em busca de algum fundamento de veracidade de uma proposição do Direito por recusar a discricionariedade e o arbítrio e chegamos a um método que não apresenta uma resposta capaz de ser demonstrada, quanto à sua correção, mecanicamente ou de modo matemático.

A viagem não foi circular. O Direito é um empreendimento político que diz respeito ao uso não arbitrário do poder, e essa só circunstância de assentarmos nosso debate no âmbito da moralidade política afasta a possibilidade de um cálculo aritmético ou algo semelhante, porque a moralidade política se constrói a partir de argumentos, não através de cálculos.

A liberdade, a igualdade ou dignidade não possuem DNA nem moléculas, e não podem ser reconhecidos a partir do exame de sua estrutura genética ou química. São conceitos interpretativos que exigem argumentos para serem reconhecidos como aceitáveis no âmbito de uma comunidade. Porém, o método da integridade oferece uma base de argumentação mais clara ao exigir a decisão a partir de princípios de moralidade política pressupostos pela comunidade em sua organização, leis e instituições, exigindo que o juiz não só explicita os motivos pelos quais optou por uma decisão ou outra, mas decida em mira de argumentos que reputamos corretos, como a justiça, equidade, devido processo legal, integridade, democracia etc. Podemos divergir e divergimos acerca de qual princípio deve prevalecer ou ter mais força em dado caso, mas saber que a interpretação deve levar em conta a justiça, integridade e equidade enquanto elementos de uma moralidade crítica proporcionará um debate mais transparente e articulado sobre as razões que levam um julgador a decidir com acento num ou noutro valor político aceito pela comunidade como fundamental.

Em arremate a esse tópico, cabe iluminar, destacando em nossa exposição, um aspecto de nossa argumentação para que lhe seja dada a devida atenção. Sustentar a incidência de princípios de moralidade política pressupostos nas instituições e leis existentes na comunidade é algo muito distinto de defender que a interpretação deva se amoldar aos princípios de moralidade compartilhados pela comunidade, se tomarmos “princípios de moralidade compartilhados” como sinônimo de princípios da moral convencional ou positiva, isto é, se aqueles princípios forem compreendidos como aquilo que um grupo ou parcela significativa da sociedade acredita ser suas diretrizes morais. A sociedade alemã durante algum tempo acreditou na eugenia e na superioridade da suposta raça superior, e essas crenças integravam parte substancial de sua moralidade convencional dominante⁹⁸. Aceitar essa moralidade convencional é um modo transversal de reinserir, em sua plenitude,

⁹⁸ Como exposto, também a sociedade brasileira adotou a eugenia, inclusive com previsão na Constituição de 1934 para que a educação observasse essa diretriz.

a regra majoritária, e afastar a característica mais distintiva dos direitos morais: sua natureza contramajoritária e, em decorrência, negar a igualdade ao permitir a discriminação arbitrária.

A moralidade que deve nortear a interpretação inspira-se nos princípios contidos e assumidos implicitamente por uma comunidade que quer se organizar por princípios de decência e justiça. Se é certo que pessoas diferentes discordarão sobre o que é decência e justiça, a só circunstância de assumir esse propósito permitirá que dentre várias concepções desses conceitos interpretativos, seja possível demonstrar que uma realiza de modo mais amplo essas virtudes. Na realidade, aquela moralidade positiva ou convencional é uma tentativa de concretizar uma moral ideal ou crítica abstratamente capaz de nos impulsionar para um mundo, uma sociedade melhor, pois “sem a aspiração de atuar e julgar de acordo com uma moral ideal não haveria moral positiva” (NINO, 1989, p. 93). Na aplicação e interpretação de uma moral ideal ou crítica podem ocorrer (e ocorrem com certa frequência) enormes distorções quanto ao que exige ou implica aquela moral crítica. Mesmo uma sociedade nazista, como a alemã ou segregacionista como a americana, brasileira ou sul-africana, adotava a igualdade enquanto princípio de moralidade política, mas apresentavam uma concepção desta igualdade enquanto conceito interpretativo que o distorcia. Nessas sociedades, o recurso à moralidade ideal não só revelaria a distorção como mostraria que há concepções que promovem em maior grau a igualdade que abstratamente concordavam.

CAPÍTULO IV - A LIBERDADE DE RELIGIÃO

A liberdade de religião é um direito básico. Decorre da condição de igualdade fundamental que temos de atribuir uns aos outros para vivermos em sociedade regidos por um ordenamento não opressivo; aquela condição de igualdade obriga o Estado a tratar a todos os seus governados com a mesma consideração e o respeito quanto aos projetos de vida, aquilo que cada um considera que confere sentido a uma vida plena. Antes de tratarmos como um direito básico que adentra no discurso jurídico em posição de supremacia, será elucidativo experimentarmos outras abordagens através de um exercício acerca de como o juiz poderia se portar diante de um caso envolvendo o exercício de uma prática religiosa que faz uso de Ayahuasca. Em síntese, ele tem diante de si o direito à liberdade religiosa e uma lei proibindo o uso de uma substância contida na Ayahuasca, que, mesmo em quantidade reduzida, é ativa e é responsável pelo efeito psicoativo da bebida. O juiz tem várias possibilidades.

Uma alternativa seria atentar para a orientação de Benjamin N. Cardozo, um dos mais eruditos e famosos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, autor de várias obras sobre teoria geral do Direito. Ele disse que o trabalho de decidir causas ocorre diariamente em todo o planeta, e que seria de se imaginar que qualquer juiz fosse capaz de descrever com facilidade o ato de julgar. Todavia, prossegue ele, se um leigo indaga a um juiz para explicar seu trabalho, seria bem provável que o juiz oferecesse uma “esquiva vergonhosa”, encobrindo o “perturbador problema” de que os juízes não sabem descrever ou mesmo o que é seu trabalho (CARDOZO, 2004, p. 1). Esse “perturbador problema” pode ser constatado quando se verifica o que ele próprio sugeriu enquanto método, pois se presume que alguém que exerceu com tanto brilho a judicatura e dedicou tanto tempo e energia pesquisando o tema ofereceria instruções ou um método com alguma precisão e clareza. Conforme sua lição, o juiz:

“deve equilibrar todos os seus ingredientes, sua filosofia, sua lógica, suas analogias, sua história, seus costumes, seu senso do que é certo e tudo o mais e, adicionando um pouco aqui e retirando um pouco dali, determinar do modo mais sábio que puder para que lado fará pender a balança.” (CARDOZO, 2004, p. 120).

Na mesma página ele se apressa em reconhecer como “fraco e inconcluso” seu método, e acrescenta ter dúvida se tais defeitos devem ser tributados a sua culpa, pois é próprio das artes essa resistência à descrição objetiva, e como a aplicação do Direito seria algo bem próximo da arte ou mesmo uma arte, inclusive necessitando de “graça interior”, não haveria descrição mais pertinente.

Direito seria então uma arte, tal como a pintura, poesia ou música. Essa descrição não se adequa ao que pensamos ser o Direito, pois, se verdadeira, não teríamos segurança ou previsibilidade alguma quanto a saber quais os limites de nossa liberdade, a qual dependeria do senso estético das autoridades, que poderia ser muito diverso do nosso. Porém, o mais grave dessa perspectiva é que anula a mais notável característica (quicá esperança) do Direito: a racionalidade que o faz ser uma prática argumentativa. Essa concepção acerca de como um juiz deve decidir, se acolhida, resultaria na inutilidade da argumentação, pois Direito não seria uma prática sensível ao argumento, à lógica-argumentativa, mas ao senso estético, individual e idiossincrático de cada juiz, e então a discussão passaria a ser como “impressionar”, “emocionar” ou “sensibilizar” um juiz. A sorte de *Leôncio*, por exemplo, não dependeria de argumentos, mas da “capacidade artística” do juiz ou de seus advogados para impressionar o julgador.

Cardozo foi um grande juiz e teórico, e integrou a Suprema Corte no período de 1932 a 1938, quando faleceu. Seu pensamento foi desenvolvido há quase um século, e refletiu o contexto econômico, cultural, social e político de seu tempo. É recomendável perscrutarmos um referencial mais moderno. Luiz Fux, ministro do Supremo Tribunal Federal desde 2011, professor universitário, doutor em Direito e autor de várias obras jurídicas⁹⁹, discorrendo sobre seu método de decisão, declarou:

[...] Como magistrado, primeiro procuro ver qual é **a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução.** Não há mais possibilidade de ser operador de Direito aplicando a lei pura. [...] O Direito vive para o homem, e não o homem para o Direito. É preciso dar solução que seja humana. A justiça tem que ser caridosa e a caridade tem que ser justa. É preciso estar atento às aspirações do povo, porque, no meu modo de ver, assim como o Poder Executivo se exerce em nome do povo, para o povo; o Poder Legislativo se exerce em

⁹⁹ Informações constantes do site www.stf.jus.br.

nome do povo, para o povo; o Poder Judiciário se exerce em nome do povo, para o povo. A justiça é uma função popular.¹⁰⁰ (Grifo nosso).

Imaginemos que o juiz do caso *Leôncio* se guiasse por essa instrução, objetivando alcançar, em cada processo, o *justo*. Há aqui, é verdade, uma diferença em relação à visão de Direito exposta anteriormente. A aplicação do Direito já não é algo similar à arte, algo sujeito à criatividade e certo mistério, reservado aos iniciados ou aos “agraciados”. A aplicação do Direito, segundo Fux, deve visar o justo. Porém, o que é justo? O “justo” varia segundo a concepção que se adote, podendo, entre outras, significar: 1) a cada qual a mesma coisa; 2) a cada qual segundo seus méritos; 3) a cada qual segundo suas obras; 4) a cada qual segundo suas necessidades; 5) a cada qual segundo sua posição; 6) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui (PERELMAN, 2005, p. 9).

Quem diz que o Direito, na sua aplicação, deve observar o justo, tem de explicar o que compreende como justo: desde a antiguidade clássica, com Aristóteles¹⁰¹ e Platão¹⁰², com a distinção entre justiça comutativa e distributiva, a justiça é talvez o conceito mais controvertido da teoria política e do Direito. Há quem afirme ser uma questão de priorização do justo sobre o bem, como Rawls e os liberais; mas há quem diga que a justiça é uma questão de priorizar o bem sobre o justo (e não o contrário), como os comunitaristas¹⁰³; também há quem sustente que a justiça se realiza com um Estado mínimo que se limita a garantir a propriedade e a segurança, sem redistribuição de qualquer espécie, como os libertários (NOZICK, 2011, IX) etc. Em suma: se não se esclarece a que concepção de justiça se refere, essa expressão, por si só, é meramente retórica e nada esclarece enquanto instrução a quem tem a responsabilidade de julgar.

A concepção exposta traz ainda outra possibilidade. Não nos referimos ao caráter “humano” ou “caridoso” da justiça, tão abstrato quanto a menção genérica à justiça. Se alguém tem uma casa e a aluga e com o aluguel paga a faculdade do filho, teríamos

¹⁰⁰ Disponível em <<http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/depLF.htm>>. Acesso em 20.11.2012. Trata-se de site da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UERJ e nesta página virtual consta depoimentos essencialmente autobiográficos de vários e renomados professores da Faculdade de Direito da UERJ.

¹⁰¹ Aristóteles: *Ética a Nicômacos*, livro V.

¹⁰² Platão: *A república*. Livro I.

¹⁰³ kymlicka (2006, cap. 3 e 6) expõe essas nuances de modo bastante didático; um debate esclarecedor é feito por Habermas (2007) com Rawls (p. 65/86) e Taylor (p. 237/270). Fleischaker (2006), em *Uma breve história da justiça distributiva*, sustenta que a ideia de justiça distributiva, tal como a concebemos, não remonta à distinção feita por Platão e Aristóteles (p. 3). Mesmo que aceitássemos suas razões, isso não desnatura o argumento exposto no parágrafo.

dificuldade de saber qual atitude é “caridosa” quando o locatário, por desemprego, não paga o aluguel: despejar o locatário, a despeito do desemprego deste, ou ignorar a lei e manter o locatário na casa, mesmo inadimplente, e comprometer o curso superior do filho do locador.

A outra possibilidade refere-se à justiça “exercida em nome do povo” e como “função popular”, ou justiça enquanto expressão da vontade do povo (*vox populi*). Essas expressões podem ter vários sentidos. Podem significar que é um serviço público a serviço do povo. Mas esta proposição, além de ser uma obviedade, não contribuiria em nada para resolver uma controvérsia sobre direitos individuais ou, para ser exato, qualquer controvérsia. Porém, podem significar uma diretriz de julgamento, ao exigir que o juiz, diante de um caso difícil, opte pela solução “mais popular”, aquela opinião que parece ser a mais difundida na comunidade, ao pressuposto de que, se o Direito positivado não regula dada situação, é mais democrático optar pela solução de maior consenso, a expressão da maioria.

Essa diretriz de julgamento foi reiterada pelo ministro Luiz Fux em seu voto na ADC 29/ ADC 30/ ADI 4578¹⁰⁴. Discutia-se nessas ações, em outros aspectos, se a Constituição, em face da presunção de inocência, permitiria a inelegibilidade – antes do trânsito em julgado da ação – de quem responde a processos penais ou ações de improbidade. Na ocasião, após referir o papel de instância contramajoritária do judiciário, pontuou: “No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular”. Essa opinião expressa duas ideias incompatíveis. Dois papéis inconciliáveis.

Se o juiz tem função contramajoritária, ele tem a responsabilidade justamente de se contrapor à maioria e garantir o direito individual. Ele poderá, claro, dizer que não há direito, ou que a lei não fere direitos individuais, ou que o Judiciário não tem essa função contramajoritária; poderia dizer, ao contrário, que o Judiciário tem a função restrita de fiscalizar as condições democráticas, numa leitura procedimental de democracia, já por nós analisada. Mas se ele afirma um direito e assume o papel contramajoritário, aquele direito prevalecerá a despeito da posição da maioria. Exemplo é o caso *Brown*, julgado pela

¹⁰⁴ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_29ADC_30ADI_4578.pdf> p. 10/11. Acesso em 21.11.2012.

Suprema Corte dos Estados Unidos (*Brown v. Board of Education*, 347, U.S. (1954)). Em vários Estados americanos e na Capital havia escolas para negros e escolas para brancos, separadas. Aquele tribunal decidiu, a despeito da opinião da maioria que aprovara as leis segregacionistas, que as crianças tinham o direito à igualdade de tratamento.

Outra teoria da decisão, diametralmente oposta ao papel contramajoritário dos direitos, é tentar identificar, ao decidir, justamente a opinião da maioria, captá-la. O exemplo de maior força simbólica é a crucificação de Cristo, atendendo ao pedido “do povo”. Gustavo Zagrebelsky, juiz e presidente da Corte Constitucional italiana, revisita esse evento simbólico em “A Crucificação e a democracia”, nos alertando de que “a verdade e a falsidade, o bem e o mal não podem depender, de fato, do número e das opiniões” (2011, p. 33). A maioria da sociedade nazista aplaudia as medidas discriminatórias contra os judeus, tanto quanto a maioria da sociedade americana apoiava as leis segregacionistas, tal como na África do Sul e seu regime de *apartheid*. Os juízes, nesses casos, estavam julgando “conforme a maioria”. A proposição de que os juízes devem julgar de conformidade com a opinião popular repercute no exame da compatibilidade de uma lei com os direitos individuais estatuídos na Constituição: é que as leis, por definição, são expressão da vontade da maioria que as aprovam; logo, decidir segundo a vontade popular torna sem sentido o controle de constitucionalidade em face dos direitos fundamentais, pois a vontade da maioria já está consubstanciada na lei.

Quem sustentar a tese de que o juiz deve julgar, tanto quanto possível, observando a opinião popular, deve se posicionar quanto às fragilidades dessa teoria expostas pelos exemplos históricos, além de expor com mais detalhes sua concepção de povo, de democracia, e se esse povo, essa concepção de democracia possui algum limite quanto às deliberações que possa tomar; pronunciar-se acerca do papel (se admite algum) dos direitos fundamentais na concepção de democracia que defende.

Outra alternativa seria indagar o que os constituintes intencionaram com essa cláusula. A intenção do locutor, ou a intenção do Legislador ou Constituinte. Essa opção tem a vantagem de prestigiar a divisão dos poderes. Se o Legislativo decidiu, é importante prestigiar sua intenção, saber o que eles intencionavam a fim de aplicar a lei em conformidade com aquela intenção. Porém, embora o uso ritual da Ayahuasca exista há

vários séculos, era uma religião de indígenas, pouco conhecida, representativa de uma infinitesimal parte da população de países sul-americanos, e mesmo quando consolidada seu uso urbano, ainda assim é praticada por reduzidíssima parcela da sociedade. Todos esses elementos históricos tornam bastante provável que não houvesse qualquer menção à Ayahuasca nos registros da Assembleia Nacional Constituinte¹⁰⁵, no caso brasileiro (e com muita mais razão no caso americano devido à época de elaboração de sua constituição). É plausível que se encontre a informação de grande número de constituintes ligados à Igreja Católica, outros ligados às correntes evangélicas; talvez um número reduzido que professasse ou tivesse simpatia com as religiões espíritas, afro-brasileiras, budistas, muçulmanos, judaica etc., além de outros indiferentes à religião.

Nesse contexto, seria sensato se considerar que pelo menos as religiões representadas pelos constituintes e sua fé estivessem protegidas pela cláusula da liberdade. Ainda assim, seria uma especulação: ter a certeza de que os constituintes sabiam que existiam e existem religiões afro-brasileiras não significa que eles estivessem autorizando também o sacrifício de animais que caracteriza algumas dessas religiões. Talvez os constituintes sequer tivessem pensado nisso, quer porque não tinham conhecimento da existência de uma religião que fazia uso de substância psicoativa, quer – mesmo que soubessem – não lembraram, por estranho à rotina de suas vidas e interesses.

Abrem-se agora algumas possibilidades: se o juiz cogitar que os constituintes não pensaram no assunto, ele deverá decidir o que essa ausência implica: que o silêncio dos Constituintes significa que todas as religiões que não foram pensadas ou consideradas estão fora da proteção da cláusula do livre exercício ou que todas as formas de religião, de algum modo parecido com aquelas existentes ao tempo da Constituinte também estavam prestigiadas pela liberdade. Isso abre outra possibilidade: pelo menos um constituinte¹⁰⁶ não só tinha conhecimento do uso ritual da Ayahuasca como fez um pronunciamento no Senado

¹⁰⁵ Para fins de exercício, refiro-me à Assembleia Nacional Constituinte de 1988. Mas todo o raciocínio exposto poderia ser aplicado às Constituições de 1946, 1967 e 1969, inclusive quanto à circunstância de que existia pelo menos um Senador do Acre que tinha conhecimento do uso da Ayahuasca e inclusive amizade com o fundador desta religião: o senador Guimard dos Santos. Confira-se: MACRAE, 2011, *passim*, especialmente p. 284/5, com fotos do político e do líder religioso.

¹⁰⁶ Mário Maia, médico, 2º Secretário da Assembleia Nacional Constituinte, conforme *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf#page>>

em defesa dessa prática religiosa¹⁰⁷. Como devemos entender sua postura: que ele compreendia na cláusula abstrata a proteção da Ayahuasca? Que ele preferiu silenciar porque pensou que se colocasse alguma ressalva expressa acerca da Ayahuasca poderia encontrar resistência, recomendando uma estratégia discreta para não chamar atenção para um tema polêmico que poderia inclusive ensejar uma disposição em sentido contrário? Que seu silêncio significa que ele não quis conferir proteção à Ayahuasca? Que a circunstância de ele ter demonstrado conhecer com certa riqueza de detalhes a prática era para ele tão corriqueira que sequer pensou em incluí-la ou excluí-la da proteção?

Havia a probabilidade de outros constituintes terem conhecimento de tal religião, mas nada mencionaram, suscitando outra dúvida: se existir prova de que alguns constituintes tinham conhecimento de que nos Estados onde eles se elegeram (especialmente Acre e Rondônia, estados de origem das principais linhas ayahuasqueiras) havia uso ritual de Ayahuasca e não fizeram qualquer ressalva, o que o silêncio desses constituintes significa: que eles não quiseram incluir a Ayahuasca na proteção constitucional? Ou a circunstância de morar em Estados e cidades com igrejas que faziam uso de Ayahuasca tornava esta religião tão habitual e tradicional como as demais, de modo que eles naturalmente a consideraram amparadas pela liberdade de religião que aprovavam?

Se superadas aquelas divergências, outras se seguiriam dificultando o avançar nesse rumo: a intenção de quem deveria ser considerada como “a intenção do constituinte”? Pensemos na seguinte hipótese, bastante plausível: entre médicos, sindicalistas, engenheiros, empresários, advogados etc., é provável que algum deles não concordasse com uma religião que permite que crianças e mulheres grávidas, ou mesmo adultos maiores e capazes fizessem uso de uma bebida psicoativa. Talvez ele pensasse assim por razões morais, religiosas ou médicas, não importa. Essa intenção deve ser considerada? Ou talvez o juiz deva considerar que a intenção dos constituintes deve ser representada pela maior quantidade dos que não se opuseram à Ayahuasca? Mas não há registro dessa informação. Então ele poderia pesquisar a intenção dos relatores, limitando-se aos registros escritos, aos debates, e daí tentar formar uma imagem da intenção dos Constituintes;

¹⁰⁷ O pronunciamento deste Senador na tribuna do Senado está disponível em <<http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=5707&paginaPesquisa=1¶metroPesquisa=%20CULTO%20SANTO%20DAIME%22>> Acesso em 10 de dezembro de 2012.

conquanto ele não encontrasse qualquer referência expressa à Ayahuasca, poderia compreender o que esses relatores pensavam a título de liberdade religiosa. Todavia, também aqui um problema: os relatores e aqueles que fizeram uso da palavra representam a intenção dos Constituintes como um todo? Cabe outra questão: saber se os Constituintes que não se manifestaram mas que não seriam contra o uso ritual da Ayahuasca (por indiferença, em razão de uma postura liberal etc.) poderiam ser representados pelos relatores diante da possibilidade de que eles não tenham discursado ou apresentado pareceres apenas porque esta questão específica, Ayahuasca, não foi submetida a votação, de sorte que eles apenas concordaram com a cláusula abstrata.

O juiz, diante de tantas controvérsias, poderia pensar que a pesquisa nos anais da Assembleia Nacional Constituinte não poderia ajudar muito, e que qualquer escolha sua sobre o que seria a intenção do Constituinte acerca do tema seria fruto de tantas escolhas, algumas bem arbitrárias, que não se apresentaria como algo conclusivo e estreme de dúvida.

Ele tomaria outro rumo e, por exemplo, entender, conforme teoria muito prestigiada, que ele estaria diante de uma cláusula aberta ou abstrata. Nesse caso ele poderia supor que o próprio ordenamento deixou a sua livre discricionariedade a decisão, tal como se fosse um legislador. Porém, essa posição teórica apresenta, entre outros, um inconveniente. Ela deixa um direito fundamental, seja lá o que isso signifique, sujeito à pura discricionariedade do juiz, e juízes diversos, exercendo livremente sua discricionariedade, muito provavelmente profeririam, como proferem, decisões diferentes. É certo que ao final de um tempo, e se houver recurso, um tribunal ao decidir em última instância uniformizará a controvérsia. Mas isso não resolveria a questão substancial, de fundo, atinente ao valor em si mesmo de um direito; a decisão por parte de um tribunal seria pragmática, mas poderia ser tão fortuita quanto as decisões proferidas por juízes de instâncias inferiores. Não é crível que um direito fundamental, previsto em tratados internacionais, cartas de direitos e constituições, que ensejou e enseja guerras infundadas, mesmo na atualidade, seja interpretado de modo fortuito e casual, tal como jogar moedas ou o juízo das ordálias. Se tantos documentos prestigiaram essa liberdade, talvez seja possível conferir-lhe uma visão mais consentânea com a importância sugerida pela só inscrição desse direito em tantas Cartas. Não rejeitará de todo essa concepção lastreada na discricionariedade, mas deixará de lado até se convencer de que não existe uma alternativa teórica mais atraente.

Outra opção é, reconhecendo ainda a textura aberta ou abstrata, tentar decidir em mira dos sentimentos e noções de justiça encontradas no seio da comunidade em que vive. Essa solução lhe parece mais plausível em face de um apelo aparentemente democrático. Se há dúvida quanto ao que exige dada cláusula abstrata, entre sua opinião e a opinião dominante na comunidade, se revela mais democrático (ou assim lhe parece) seguir a opinião dominante, ao invés de decidir segundo seu próprio senso de justiça. Além do apelo democrático, essa é uma proposta que poderia ser sustentada publicamente, isto é, ele poderia insistir que esse é o meio de se obter uma interpretação bem fundada não só por ele, mas por qualquer julgador diante de uma cláusula aberta. O juiz teria então a função de contribuir para a autocompreensão de sua comunidade, de captar, com perspicácia e sensibilidade, a noção de justiça prevalecente e, assim lastreado, decidir.

Entretanto, passada a alegria inicial de ter encontrado um critério mais objetivo e menos caprichoso, ele detectaria pelo menos dois problemas. O primeiro é que não saberia como captar essa noção de justiça junto ao povo: deveria propor uma pesquisa de opinião, pela internet ou fisicamente? Ou deveria buscar esse sentimento de justiça junto à mídia e opinião publicada em jornais, sites, televisão? Ou junto aos professores das universidades? Mas a noção de liberdade poderia variar nos vários extratos sociais, tanto segundo a renda, quanto à escolaridade, sexo ou idade, e então ele precisaria estabelecer critérios para saber qual opinião é mais representativa da sociedade como um todo. Por outro lado, a opinião captada nos artigos jornalísticos poderia ser apenas a opinião publicada e não a opinião verdadeiramente popular. Esses questionamentos apenas mostram outra dificuldade: o que ele deve considerar povo? Os trabalhadores assalariados, os desempregados, os empresários, grandes fazendeiros e trabalhadores rurais com sua natural divergência acerca do que é liberdade e o que são direitos?

Ademais, ainda que ele resolvesse que método seria capaz de revelar com um mínimo de precisão a noção de liberdade acolhida por sua sociedade enquanto “povo”, subsistiria outra objeção, bem mais grave. A história narra inúmeros exemplos em que a opinião prevalecente era profundamente injusta e deu causas a grandes iniquidades. A sociedade nazista se comprazia com a discriminação aos judeus, tanto quanto as sociedades americana, brasileira e sul-americana, majoritariamente, eram indiferente à escravidão dos negros. Realizar a vontade do povo, nessas circunstâncias, seria dar azo a iniquidades. Em

síntese, associar o sentido de uma liberdade ou de um direito à opinião popular, diante dos riscos que pode ensejar a grupos minoritários, não se mostra razoável. Na prática, essa opção dissolveria a distinção entre direitos fundamentais e outros interesses representados pelas leis, pois as leis são, por definição, a expressão da vontade de uma maioria; se os direitos devem corresponder ao que a maioria compreende e deseja, essa compreensão e esse desejo já se concretizaram na aprovação da lei, de modo que não haveria sentido em listar direitos fundamentais na mesma constituição que determina como são elaboradas as leis e quem é competente para tanto.

Se a resposta popular não se revelou plausível, ele poderia tentar uma resposta mais nitidamente filosófica, e optar, entre outras possíveis, pelo utilitarismo. Se um juiz seguisse a orientação utilitarista, o critério de validade de uma proposição de Direito seria facilmente identificável: entre duas ou mais interpretações, escolhe-se aquela que proporcionar mais felicidade ao maior número de pessoas. Ele então se depararia com uma proposta ao mesmo tempo densa sob a perspectiva teórica e capaz igualmente de oferecer uma base pública de debate, pois é plausível que todos concordem que havendo várias opções, escolha-se a alternativa que proporciona mais bem-estar. Haveria um bom motivo para tanto: além de maior objetividade, o método confere a todos um mesmo valor e promove a igualdade. As pessoas poderiam divergir sobre um detalhe menor, como avaliar o que trará mais bem-estar ou felicidade, ou mesmo o que é bem-estar ou felicidade (mais emprego? Mais cultura? Maior riqueza? Melhor distribuição da riqueza de uma nação? Etc.), mas não com o critério em si mesmo. Eis aí um critério aparentemente seguro.

Por exemplo, seria possível cogitar qual decisão (negando ou afirmando o exercício da religião) traria mais empregos e divisas para a sociedade. Se há fortes indícios de que Ayahuasca tem grande demanda no mercado internacional, oferecida em sites e em comércio ainda ilegal, em dólar, euro e várias outras moedas, é razoável pensar que sua liberação trará mais empregos, distribuirá melhor a riqueza, pois fará com que trabalhadores rurais da Amazônia, caboclos e outros segmentos de baixa renda obtenham maior rendimento com a plantação, extração e venda das plantas e confecção da bebida em si; até mesmo índios poderiam ser utilizados na extração e preparo da bebida, proporcionando uma ótima fonte de receita para os nativos e estimulando a sustentabilidade com baixa ou nenhuma degradação ambiental, eis que as plantas utilizadas no preparo podem ser

extraídas sem necessidade de derrubar a floresta, diversamente da soja ou pecuária, por exemplo.

Todavia, a história novamente oferece alguns fatos que podem desautorizar esse critério utilitário, tão alvissareiro à primeira vista. Qualquer que seja o critério adotado, ele deverá ser capaz de resistir a exemplos e especulações, além de ser universalizável, é dizer, aplicável para outras situações nas quais estejam em debate os mesmos direitos fundamentais. A escravidão durou tanto tempo no Brasil e nos Estados Unidos em razão de sua grande contribuição para a economia desses países. Alegava-se que sem os escravos faltaria mão-de-obra para as plantações de cana, no Brasil, ou algodão, no sul dos Estados Unidos, com enorme impacto na economia dos países. Manter a escravidão era algo útil para as sociedades escravagistas, pelo menos para sua porção majoritária que lucrava com a escravidão. Se o critério para definir liberdade era a maior felicidade ou bem-estar de uma comunidade, a escravidão deveria continuar a existir, fornecendo mão-de-obra barata, sem encargos sociais. O critério utilitário pode ser adequado para algumas decisões (como decidir entre construir uma escola ou um posto de saúde), mas se revela no mínimo temerário decidir sobre liberdades com apoio nesse critério. O juiz poderia até decidir favoravelmente ao uso ritual da Ayahuasca, mas por outras razões.

A leitura moral

Nesse breve exercício passamos em revista algumas formas tradicionais de interpretar a liberdade de religião. Podemos examinar a mesma questão à luz de uma interpretação lastreada na moralidade política. Sob este ângulo os dispositivos que fazem referência a conceitos interpretativos como liberdade, igualdade, dignidade, democracia e outros não são *vagos*, nem imprecisos. São conceitos interpretativos que exigem uma concepção acerca do que requer concretamente a liberdade, a democracia, a igualdade etc. Devem ser compreendidos como propondo uma questão moral (um conceito) que reclama uma resposta (uma concepção): uma concepção sobre a melhor forma de concretizar aquele valor abstrato (DWORKIN, 2007, p. 212/3).

Recapitulemos algumas premissas. O exercício do poder, para ser legítimo, deve remeter a uma decisão majoritária elaborada com a participação direta ou indireta e em igualdade de condições das pessoas submetidas àquele poder. Essa decisão majoritária, para

manter a igualdade que lhe justifica, é limitada por direitos morais advindos da igualdade, de modo que as decisões obtidas através do procedimento majoritário não podem violar aquela igualdade de status que é expressão do dever de o Estado e a comunidade atribuir a cada pessoa a mesma consideração e o mesmo respeito. Esses direitos individuais são antiutilitários, não podendo ser atingidos por medidas justificadas tão somente pela circunstância de que trariam mais benefício ou bem-estar à comunidade. A liberdade de religião é um direito individual básico abstrato.

A leitura moral da liberdade de religião (ou de outra liberdade) conduz imediatamente a discussão a outro nível e natureza, pois não se vai discutir qual a intenção do Constituinte, se ele pensou ou não, quando aprovava esse dispositivo, em religiões que faziam uso de substâncias psicoativas, em sacrifício de animais, em pessoas que rejeitam transfusões de sangue, que resistem submeter seus jovens à atividade física nas escolas em razão do traje etc. Tampouco indagará qual o sentido semântico da palavra liberdade; assumir que a liberdade de religião expressa um princípio político leva o debate para o âmbito das teorias políticas, das várias concepções sobre os princípios que devem reger uma sociedade e a distribuição dos bens e oportunidades escassos e liberdades, sobre quais as diferenças que devem ser toleradas por uma comunidade em face dos princípios que assumiu ou que se supõe ter aceito ao se estruturar. Porém, também aqui não haverá discricionariedade ao intérprete para escolher a teoria política que melhor lhe apetece, pois uma teoria terá de satisfazer às duas dimensões (ajuste e política). Se é certo que mais de uma se mostrará capaz de se ajustar à prática em termos gerais, uma delas se revelará, na dimensão substantiva ou política, mais atraente e capaz de justificar, em maior proporção ou profundidade, nossa prática à luz de princípios que julgamos corretos na perspectiva moral.

O debate moral que se instaura não diz respeito à teoria que o intérprete gostaria que fosse escolhida para organizar a sociedade e servir de parâmetro quanto ao que é certo ou errado em termos de organização política de uma comunidade, mas à teoria política que melhor se adapta à nossa história, nossos paradigmas, e que justifica mais densamente as decisões que reputamos corretas em mira de uma moralidade ideal. Um intérprete de inspiração marxista pode conceber que a propriedade privada é um erro, mas, se ele for sincero e zeloso no exercício de suas funções públicas, terá de admitir que a

história, nossas leis e nossa tradição não se ajustarão à teoria que apregoa a propriedade coletiva dos meios de produção. A história será importante em vários aspectos. Informará o que os legisladores disseram, e aí focaremos nossa atenção (no que disseram), para que possamos daí extrair o princípio político assumido implicitamente na lei ou os princípios que lhe subjazem; não buscaremos saber o que pensaram ou o que intencionaram ou o que previram. A história também é importante no sentido de que pertencemos a uma tradição que se iniciou antes de nossa geração e que perdurará para além dela, e essa circunstância nos impõe a certeza de que participamos de uma obra coletiva a cada decisão e interpretação, e que toda decisão e interpretação, feita por cada um dos agentes ao longo da história, deve ter o propósito de aprimorar o Direito, a liberdade em exame e reestruturá-la (o) à luz das exigências atuais. Essa percepção histórica permite o diálogo com a tradição encontrada pelo intérprete, possibilitando que a avalie e reflita em que medida essa tradição tem aptidão para dar conta dos desafios morais de cada geração em face de princípios políticos assumidos pela comunidade como condição de sua organização.

Além da história, a *integridade* restringirá o intérprete. A ideia de que o Estado deve agir de modo coerente com um conjunto de princípios políticos-morais (DWORKIN, 2010b, p. 21, 250) limitará as teorias capazes de justificar nossas decisões, paradigmas e intuições tidas por corretas. Por exemplo: acreditamos que a escravidão é um erro. Mas podemos justificar essa proposição de várias formas e a partir de várias teorias. Quem acredita que justo é aquilo que torna uma sociedade melhor poderá concordar com essa afirmação a partir do raciocínio de que a existência de mais pessoas livres contribuirá para uma sociedade mais rica e com mais oportunidades de trabalho e emprego; mas quem acredita que o Estado deve intervir o menos possível, como os libertários, também concordará que a escravidão é uma iniquidade. Um liberal igualitário repugnará qualquer ordem social e jurídica organizada a partir da premissa de que algumas pessoas são inferiores a outras. Teríamos aí três teorias, entre várias outras, que rejeitam a escravidão. Em princípio, as três forneceriam uma concepção de liberdade ajustada à nossa história em relação ao tema. Verificada essa compatibilidade, deveríamos ampliar nossa análise e examinar se as três teorias são capazes de explicar outros aspectos e decisões de nossas práticas jurídicas que reputamos corretas, como por exemplo, se são aptas para explicar porque devemos (ou se devemos) amparar pessoas pobres, doentes e idosas que não

possuem condições de prover seu próprio sustento. Se verificarmos que nossas leis enfatizam essa proteção, mas algumas daquelas teorias não a recomendam, impõe-se fazermos uma reflexão: se nos convenceremos da justiça dos pressupostos que informam aquelas teorias e com isso concordarmos, é possível que julguemos nossas leis injustificadas, em conflito com outros princípios mais básicos de nossa vida social: se a legislação reserva à população negra uma educação de menor qualidade, como previsto na Constituição Brasileira de 1937, e se essa discriminação atrita com a igualdade, aquela diretriz educacional suscita, no mínimo, uma interpretação que a faça se harmonizar com aquele princípio mais abstrato; mas é possível também que aquelas teorias, e não as leis, se mostrem incapazes de oferecer uma justificativa para a realidade, de modo que elas (as teorias), e não as leis, é que devem ser recusadas.

A liberdade de religião emerge assim como um Direito básico, assumindo em qualquer deliberação jurídica a posição de proeminência discursiva ou trunfo do indivíduo frente à maioria, exigindo forte argumentação em sentido contrário para ser afastada. Não poderá ser afastada sob a alegação de que ofende a moral convencional, por exemplo, porque enquanto direito básico se reveste da característica de ser antimajoritária: ainda que a maioria não a aceite ou a aprove, ela prevalece. A liberdade também não poderá ser afastada a título perfeccionista, isto é, não poderá ser recusada ao argumento de que uma sociedade deve necessariamente se organizar em torno de uma ideia edificante e elevada moralmente.

O perfeccionismo pressupõe um modelo virtuoso de comunidade e, quando adotado por um grupo dominante (embora não majoritário), impõe suas regras e modos de vida, com exclusão de outros. Se uma sociedade organizada sob essa ideologia compreende que uma comunidade virtuosa se caracteriza pela ausência total de substâncias psicoativas, ela não toleraria o uso ritual de Ayahuasca. Essa ideologia pode assumir muitas facetas, quer políticas, como o nazismo, fascismo, maoísmo e outros regimes totalitários, mas também assume formas religiosas, como a ideia de criar Estados-religiosos organizados em torno da ideia de uma verdade revelada e de líderes religiosos que falam em nome de Deus, pelo que todos estão obrigados a obedecê-los e segui-los. Alguns Estados modernos ainda assumem essa forma, sendo talvez o mais representativo, na atualidade, o Irã, no aspecto religioso, e a Coreia do Norte, no aspecto político.

O direito à liberdade de religião assumido como um Direito básico é então um direito forte, um trunfo frente à maioria e somente cede diante da necessidade de harmonizá-lo com outros direitos fundamentais.

A liberdade de religião como trunfo e a Ayahuasca – retornando às decisões

Quando iniciamos esta pesquisa sobre direitos fundamentais detectamos a necessidade de conceituar o que é um direito fundamental e qual seu peso ou papel no âmbito de um ordenamento e, em especial, como se relaciona com outras categorias legislativas, como as leis: identificamos que os direitos fundamentais tem um sentido forte, de barreiras ou trunfos contra a maioria. Constatamos que é possível várias interpretações, porque Direito é um conceito interpretativo que admite várias concepções, obrigando o intérprete a escolher dentre várias interpretações ou concepções. Assentamos que Direito é um empreendimento político destinado a regular o exercício do poder político numa comunidade a partir de um conjunto coerente de princípios, e essa finalidade do Direito determinará a melhor interpretação, pois entre várias possibilidades, melhor será a interpretação que se apresentar moralmente peremptória. A partir desses referenciais, podemos retornar às decisões envolvendo Ayahuasca e analisá-las em mira do sentido forte e antiutilitário de que se revestem os direitos, assumido neste trabalho, com foco nas razões expostas para rejeitá-los.

Leôncio

Esta decisão confronta a liberdade de religião com a lei que proíbe o uso de substâncias psicoativas. Admite que o governo não demonstrou quais substâncias compunham Ayahuasca, mas ainda assim negou o exercício desta religião. Fixamos que uma decisão, para ser legítima, deve mostrar que decorre de uma deliberação majoritária expressa na lei ou na constituição, que a decisão limitadora da liberdade de alguém fazer ou ter algo decorre não de vontade pessoal, uma opinião do julgador, tão boa ou ruim quanto qualquer outra opinião enquanto tal, mas de uma decisão coletiva legitimada pela participação direta ou indireta dos cidadãos em igualdade de condições. A decisão em *Leôncio* não pode ser examinada como um confronto entre a lei e a liberdade de religião, porque – limitando-nos aos termos da sentença – sequer houve demonstração de que a lei

exigia a proscricção do culto. A liberdade de religião delineada pela decisão é absolutamente inútil enquanto elemento de justificação, não ostenta peso algum contra decisões majoritárias porque se destina a proteger as práticas religiosas consagradas e reconhecidas, subvertendo toda a lógica dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, por definição, são limites ao que o legislador, enquanto representante da maioria, pode fazer, mas a sentença faz o contrário ao submeter o direito fundamental à legislação, tornando inúteis os direitos. Subjaz à decisão uma teoria que pode ser assim descrita: os direitos fundamentais são os direitos reconhecidos pela lei. Com certo esforço, poderíamos entender que a decisão refere-se a uma teoria mais ampla, pela qual os direitos fundamentais se resumem aos direitos de participação política, cabendo ao juiz apenas fiscalizar se as condições de participação foram asseguradas e, em decorrência, remetendo os insatisfeitos ao processo político para ali reformar a lei. Como já expomos, essa teoria compreende uma visão procedimental de democracia e endossaria a discriminação contra as minorias.

Talvez essa seja uma visão muito severa e rigorosa da decisão. Podemos lê-la sob a perspectiva de que o juiz tinha plena consciência do papel dos direitos, mas por descuido ou excesso de serviço utilizou uma linguagem inapropriada, quando em verdade queria apenas proteger os jurisdicionados de algo perigoso. Ainda assim a decisão não se justifica.

É didático termos outro referencial, que ponha em destaque nossas convicções morais, porém, envolvendo outro direito básico, a liberdade de ir e vir. Por hipótese, imaginemos alguém com uma *doença infectocontagiosa desconhecida*, cujos sintomas são graves e que demonstre ser altamente contagiosa. O governo, sem saber do que se trata, e sem conseguir identificar a doença, detém o doente, isolando-o, e apenas diz ao enfermo que assim procede ante a periculosidade de sua enfermidade, infectocontagiosa, no resguardo do interesse da coletividade. Alguém se solidariza com o doente, e pede ao juiz que o liberte, sustentando a arbitrariedade de sua custódia e seu direito constitucional de ir e vir; que seu direito básico sobrepõe-se ao interesse da coletividade de vê-lo isolado.

Leônicio e o caso hipotético da *doença desconhecida* apresentam os mesmos elementos. Desconhecimento acerca de um elemento central (a doença infectocontagiosa desconhecida e a composição química da Ayahuasca), indefinição jurídica ou ausência de

norma clara a ser aplicada, restrição a uma liberdade básica (de religião e de locomoção, respectivamente). Todavia, a par da similitude, um caso se mostra aceitável e outro não. Qual a diferença? A diferença está que em um caso o uso do poder coercitivo está justificado por uma razão imparcial, passível de aplicação a todos e que confere igual tratamento e consideração a todos. Como se assinalou, não é toda razão que se apresenta como apta a justificar um ato coercivo, mas somente aquela que expressa igual respeito e consideração pelas pessoas, uma razão que pode ser aceita no debate público e livre entre iguais. O enfermo pode compreender que sua liberdade põe em risco a vida das demais pessoas e que sua custódia não é arbitrária, mas fundada em propósito passível de aceitação em diálogo público. Principalmente, a decisão não se funda num juízo negativo a respeito de sua pessoa (pouco importa sua cor, credo, sexo, nível econômico, pois o fundamento persistiria consistente: o risco de contágio).

Mas o que dizer da interdição a *Leôncio*, que indagava: “por que me impedem de exercitar minha religião”? Qual a razão, que pode ser aceita numa argumentação pública e livre, entre iguais, que justificaria a proibição? A lei não servia de amparo à proibição porque exigia o contrário do que o juiz exigiu: a prova da periculosidade de substância contida na bebida (não identificada); dito de outro modo: a lei não exigia *prova da inocuidade*, mas prova da periculosidade da substância. Que outra razão poderia ser apresentada? Talvez a circunstância de que, em alguma medida, a Ayahuasca violava a moralidade convencional, ou atentava contra aquilo que era considerado a forma certa e tradicional de religião. Porém esses argumentos são de natureza perfeccionista e utilitária, e já os enfrentamos e os rejeitamos porque submetem os direitos à maioria, destruindo-os, ou a um modelo ideal de sociedade, tratando as pessoas como incapazes de determinar aquilo que é o bem da vida para si mesmas.

Daime - as decisões governamentais brasileiras

O Conselho Federal de Entorpecentes – CONFEN, órgão brasileiro com atribuição para estabelecer a política relativa a drogas, proferiu várias decisões sobre Ayahuasca, mas nunca a proibiu. Como relatado, em razão de uma entidade ter sido flagrada usando maconha em seus rituais, o cipó *Banisteriopsis caapi*, utilizado na elaboração da Ayahuasca, foi incluído em 1985 pela Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos –

DIMED, órgão do Ministério da Saúde, na lista de produtos e vegetais e substâncias proscritos. Instado pela União do Vegetal, entidade religiosa que também fazia uso religioso da Ayahuasca, a rever aquela inclusão, o CONFEN decidiu pela liberação provisória da bebida em 1986. E em 1987, pela liberação definitiva do uso religioso da Ayahuasca.

Quando o CONFEN deliberou acerca da Ayahuasca, percebendo ou não, resolveu antes duas questões fundamentais. Por primeiro, o CONFEN decidiu acerca de sua própria autoridade e competência, assumindo-se como órgão de cúpula responsável pela política de drogas no Brasil, e modificou a decisão de um órgão eminentemente técnico (DIMED) que tinha, até então, a palavra definitiva sobre o que era ou não droga no País. Tratou-se de uma decisão inaugural, com profunda implicação político-normativa. Embora já existisse um arcabouço legislativo que conferia ao CONFEN a condição de órgão de cúpula¹⁰⁸, na prática as decisões acerca de quais substâncias seriam incluídas como proscritas eram monopólio do órgão técnico do Ministério da Saúde (DIMED). Se o órgão técnico, impulsionado pela lógica avassaladora do discurso médico-farmacológico, dizia que dada substância era perigosa, essa proposição era aceita de modo axiomático. No caso Daime, o CONFEN assume sua condição de órgão máximo para deliberar sobre drogas, impondo sua autoridade e competência sobre a matéria.

Por segundo, estabeleceu relevante marco normativo, que se constitui em novo paradigma de deliberação sobre o tema, fixando que o contexto de uso, e não a substância em si mesma, é que determina sua periculosidade, como se afere no Parecer CONFEN/92¹⁰⁹. Daí se extrai que a partir do caso Daime o discurso médico-farmacológico deixou de ter a

¹⁰⁸ A Lei 6.368/76 determinou a integração das atividades de prevenção, fiscalização e repressão ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica em sistema que seria estruturado pelo Poder Executivo Federal através de Decreto. Até então a matéria era tratada de modo esparso, sem maior sistematização. O sistema preconizado pela Lei 6.368/76 foi criado pelo Decreto 85.110, de 2 de setembro de 1981, que instituiu o Conselho Federal de Entorpecentes - CONFEN como órgão central. No art. 3º, §1º, aquele Decreto expressamente dispôs que os demais integrantes, inclusive **o órgão de vigilância sanitária do Ministério da Saúde ficavam sujeitos à orientação normativa e supervisão técnica** do CONFEN. Reforçando o papel de órgão de cúpula e ascendência, o art. 12 consignava, ainda: “as decisões do Conselho Federal de Entorpecentes deverão ser cumpridas pelos órgãos da Administração Federal Integrantes do Sistema, sob pena de responsabilidade de seus dirigentes”, aludindo à possibilidade de perda da função pública na hipótese de agente público que descumprisse sua orientação.

¹⁰⁹ Esse aspecto foi explicitado no parecer CONFEN de 1992, p. 16-17: “19 - ... o entendimento mais maduro e mais evoluído em matéria de drogas não pode acolher a visão mecanicista da questão, a ótica do determinismo farmacológico. ... Por isso, como todos sabemos, a equação correta se dá a partir da análise de três fatores: o indivíduo, o ambiente e o produto, nesta ordem, acrescido. Não fosse assim e bastaria um técnico que tivesse os conhecimentos necessários para identificar os componentes químicos de determinadas substâncias. Isso seria o bastante para saber se a mesma deveria ou não ser proibida”.

primazia absoluta na definição de quais substâncias deveriam ser objeto de proibição. A partir deste caso houve uma ruptura com o discurso médico-farmacológico, abrindo espaço para que outras razões fossem ouvidas (argumentos antropológicos, sociológicos, psicológicos etc.).

O interesse político-normativo dessa questão diz respeito, como vimos salientando ao longo deste estudo, à legitimidade do poder e da norma. Em uma democracia, são os cidadãos, deliberando publicamente, à luz dos princípios que regem a estrutura da sociedade, quem decidem sobre aquilo que deve ser proibido ou permitido na vida em comunidade. Como anotou o conselheiro Domingos Bernardo, no parecer CONFEN/1992, não se necessitaria de órgão colegiado, mas simplesmente de um técnico em farmacologia para saber se dada substância pode induzir este ou aquele efeito sobre o organismo humano. Mas há uma enorme distância entre ter ciência das propriedades de uma substância e proibir seu uso em qualquer circunstância. Um conselho multidisciplinar, com representantes da sociedade civil e profissionais de várias áreas do saber, pela multiplicidade de perspectivas, tem melhor condição de realizar a tarefa delineada pelo legislador de determinar quais substâncias devem ser proibidas, ante a pluralidade de vozes e discursos, dando condições para realizar, em maior proporção, nesse sentido, o princípio democrático. Não se tem dúvida que a farmacologia esclarecerá os efeitos de dada substância no organismo, mas se essa substância repercute num direito fundamental a decisão que o afeta é de índole política, não podendo, assim, ser tomada sob o restrito enfoque farmacológico, porque esses direitos expressam princípios políticos que dizem respeito à legitimidade do uso do poder coercitivo, de forma que para ser legítima, a decisão deve ser tomada em mira dos princípios de moralidade política que informam e estruturam a vida em sociedade.

As decisões CONFEN/CONAD não apresentam uma coerência ao longo do tempo, expressando as mudanças políticas ocorridas no país e até mesmo as mudanças institucionais. Há várias razões para isso. Demandaria outro estudo examinar a trajetória deste órgão, mas alguns aspectos merecem ser destacados. Esse departamento do governo federal teve várias transformações, quer quanto à sua topografia institucional (ora localizado no Ministério da Justiça, ora vinculado à Presidência da República – Gabinete de Segurança Institucional, ora junto à Casa Militar da Presidência da República etc.), mudou também

quanto à sua composição, aumentando progressivamente a participação de representantes da sociedade civil até atingir a equiparação com representantes dos órgãos governamentais. Como é um órgão colegiado, é composto por representantes de vários segmentos da sociedade civil e de representantes do governo¹¹⁰. Este caráter colegiado o torna altamente representativo das várias opiniões e tendências existentes na sociedade. Mas, por outro lado, o torna refém de uma característica dos colegiados cuja composição se altera com frequência em razão da duração do mandato: a dificuldade de manter uma linha coerente de atuação e sua suscetibilidade aos vícios do procedimento majoritário, com ênfase na contagem de votos e não no confronto de argumentos.

Como veremos, não há uma continuidade entre as decisões CONFEN/CONAD, algumas inclusive contradizem frontalmente outras na forma e conteúdo. Em algumas decisões não há referência ao histórico do tema no próprio órgão, e delibera-se desprezando os estudos e o conhecimento acumulado. De outro lado, as mudanças físicas e estruturais não permitiram que consolidasse uma identidade institucional mais definida e até mesmo uma memória. Todavia, nos últimos 20 anos, há uma tendência de consolidação de uma identidade institucional caracterizada pela ampla participação da sociedade e por decisões mais técnicas, reflexo do lento processo de redemocratização que se iniciou após a Constituição de 1988.

As primeiras decisões sobre Ayahuasca foram proferidas com apoio em grupo de pesquisa, com participação de profissionais de várias áreas do conhecimento e lastreadas em pesquisas científicas; outras foram proferidas a partir de parecer elaborado por membro médico, sem referência a pesquisa ou dados revestidos de maior objetividade. Examinando as decisões no seu conjunto é possível identificar uma constante: a primeira decisão, datada de 1987, identificou um uso tradicional de Ayahuasca, muito semelhante ao uso dado por indígenas, centrado num ritual que se estendia à sua elaboração e distribuição, determinando-as. As decisões subsequentes são motivadas por denúncias de uso não ritual, amplo comércio de Ayahuasca, uso de Ayahuasca com maconha e outras substâncias. Em certo sentido as decisões subsequentes à de 1987 não tratam do uso ritual tal como

¹¹⁰ A composição atual do CONAD é estabelecida pelo art. 5º do Decreto 5.912/06. Possui mais de 20 membros e é presidido pelo Ministro da Justiça e, na sua falta, pelo Secretário Nacional de Políticas sobre drogas. Dele participam representantes dos Conselhos Federais de Medicina, Psicologia, Serviço Social, Ordem dos Advogados, educador, artista, estudante etc.

identificado originalmente, mas são reações a desdobramentos daquele uso tradicional: Ayahuasca com maconha, cogumelos, mescalina, Ayahuasca para terapia comportamental, dança, música, pintura, comércio de Ayahuasca etc. De qualquer forma, as decisões se referiram ao uso de Ayahuasca ou Daime.

Nessa pesquisa não é nosso objetivo um exame mais aprofundado dos vários aspectos das decisões, mas apenas verificar como os direitos foram articulados frente a outros interesses.

CONFEN 1987

Decisão que liberou, em definitivo, o uso religioso da Ayahuasca, já autorizado seu uso ritual provisoriamente em 1986, depois de estudos preliminares. Aquela decisão foi proferida após dois anos de estudos, com visitas a diversas entidades em vários estados da federação. O caso foi relatado pelo advogado Domingos Bernardo Gialluisi da SILVA SÁ, presidente do grupo de trabalho. Relata as diversas visitas às várias entidades, os rituais, os efeitos da bebida nas pessoas, o modo de elaboração. Descreve o estágio atual das pesquisas farmacológicas acerca da Ayahuasca, indicando como principais substâncias as betacarbolinas harmina, harmalina e tetrahydroharmina, além de identificar o alcaloide N-dimetiltriptamina (DMT) como o princípio ativo.

A visita de integrantes do grupo de trabalho do CONFEN a várias comunidades e a participação nos rituais e nos feitiços ou preparos da bebida foram importantes para levar àquele órgão uma base fática sobre a qual deliberar. Ter a informação abstrata de que DMT produz alucinação e pode induzir surtos psicóticos ou delírios de grandeza é bem diferente da informação concreta, trazida por quem visitou os locais de culto, de que as pessoas de todas as idades, idosos, mulheres, grávidas, crianças e adolescentes tomavam Ayahuasca e se portavam com normalidade e ordem, num ambiente de respeito e serenidade. O relatório destaca que a doutrina religiosa estipulava um calendário, limites de ingestão, técnica de elaboração, a permitir a conclusão de que as pessoas não ingeriam Ayahuasca quando bem quisessem, nem na quantidade que quisessem ou, tampouco, demonstravam preocupação em isolar o princípio ativo e tomá-lo na sua forma pura. Esse conjunto de informações colhidas nas visitas às comunidades permitiu estabelecer uma premissa importante para a discussão jurídica: tratava-se de uma prática religiosa de boa-fé, com doutrina, ritual, mitos, símbolos, panteão de divindades etc.

O parecer SILVA SÁ enfrenta várias questões cruciais. Uma delas diz respeito justamente à característica psicoativa da Ayahuasca. É admitido o efeito psicoativo ou alucinógeno da bebida, relatando que as pessoas tinham visões ou percepções sob seu efeito, mas pondera que, se alucinação é entendida na acepção de “desvario ou insanidade”, essa palavra [alucinação] talvez não fosse adequada para descrever aquele estado mental obtido com a ingestão de Ayahuasca (p. 29). Assinala que as pessoas visam, com sua prática, “a busca do sagrado e do autoconhecimento”. Pondera que não cabe também “ao Grupo de Trabalho definir se a forma de experienciar o sagrado ou o autoconhecimento é ilusão, devaneio ou fantasia – acepções outras de alucinação”. E conclui: “43 – Obviamente, não haveria de ser tolerado [o uso ritual da Ayahuasca] se as percepções em causa levassem os percipientes a comportamentos anti-sociais, lesivos a direitos de terceiros”.

Informa ainda como a Ayahuasca é preparada, o esforço físico necessário à sua elaboração, a dificuldade para coleta das plantas, os efeitos da bebida (possibilidade de vômito, náusea e diarreia), exigência de concentração, dieta sexual e alimentar, seu gosto acre, entre vários outros fatores que limitam a expansão da Ayahuasca para outros fins que não o religioso.

Aceitando a sinceridade da prática religiosa nas suas origens, o parecer alude a uma objeção recorrente, que poderia assim ser sintetizada: ainda que aquela prática religiosa seja sincera, só há segurança tolerá-la nos limites da floresta amazônica, pois fora desse contexto geográfico haveria riscos de uso descontextualizado. Respondendo a essa objeção, o parecer sustenta, com apoio em Lévi-Strauss, que “nenhuma cultura está só; ela é sempre capaz de ligações com outras culturas, e é isto que lhe permite edificar séries cumulativas” (fl. 32).

O parecer não nega os efeitos do DMT, quer abstratos (possibilidade de surtos, alucinação ou percepção sem objeto), quer concretos (a Ayahuasca produz sim visões, *mirações* ou *borracheira* – na linguagem dos praticantes), mas afirma que seus efeitos, naquele caso específico, não geram riscos à saúde individual ou coletiva e, em conclusão, não haveria propósito na proibição. Reconhece ainda que uma única entidade – CEFLURIS – associava Ayahuasca à maconha, noticiando que aquela entidade, por seus representantes, havia se comprometido a interromper a associação. Em relação a esse aspecto, consigna que

o uso de maconha, isolada ou associada com Ayahuasca, não era objeto do estudo, e não poderia impedir o uso ritual da Ayahuasca, este sim objeto de investigação.

O parecer assim aceita a prioridade lexical da liberdade de religião e a discute nos marcos de uma política proibicionista que criminaliza o uso do DMT contido na Ayahuasca, sugerindo que o só fato dessa bebida ter aquela substância em sua composição era suficiente para colocá-la sob a proteção da lei de tóxicos (L. 6.368/76), mas afasta a incidência da norma proibitiva porque as pesquisas realizadas mostraram que o valor e o propósito protegido pela lei (preservação da saúde) não estavam em risco pelo uso ritual da Ayahuasca. Por fim, o parecer sinaliza uma resposta à objeção que, com o tempo, avultaria: a Ayahuasca deve ser proibida para evitar uso recreativo ou, mesmo que religioso, associado com substâncias proibidas. A esse respeito o parecer pondera que a dificuldade de acesso às plantas, seu difícil modo de elaboração, gosto amargo e reações fisiológicas indesejáveis limitariam outros usos, e que a lei antitóxicos já desestimulava o uso associado de substâncias psicoativas.

A deliberação em CONFEN 1987 trata o direito à liberdade de religião como um direito forte, respeita os envolvidos como livres e iguais ao considerar suas razões e contrapô-las. Com isso não significa que o CONFEN tenha renunciado à sua condição de órgão público com poder para impor a proibição; significa que se dispôs a considerar e levar a sério os argumentos das partes envolvidas. Mostrou respeito às pessoas ao considerar seus argumentos, expondo-os com transparência. Aceitou o argumento de natureza médico-farmacológica, que atesta ser o DMT substância em tese capaz de induzir a surtos psicóticos, mas afastou esse argumento diante do fato de que, concretamente, não havia indícios de danos à saúde ou “prejuízo social” de qualquer ordem. Não negou a legislação que proíbe substâncias psicoativas que possam causar dano à saúde, mas contrapôs a essa norma a liberdade de religião e conferiu-lhe prioridade discursiva, exigindo forte justificação para afastar esse direito básico. Não considerou a liberdade de religião absoluta, mas, ao reconhecer sua primazia enquanto liberdade básica, estabeleceu um limiar argumentativo que só cederia diante de forte demonstração do desacerto de sua liberação.

CONFEN 1992

Em 1991, uma denúncia anônima reabriu a discussão no CONFEN, ao noticiar Daime como uma seita com “mais de dez milhões de fanáticos”, “a maioria toxicômanos e

ex-guerrilheiros”, na qual a ingestão do chá é referida como “exigindo o abandono da vida física após as cantigas que induzem ao abandono físico, ao abandono da família [...]”; o “adepto cai em exaustão e aí então começa a queima de ervas [maconha] a título de incenso, com portas e janelas fechadas [...]”; adeptos “induzidos ao trabalho escravo”; no Acre 80% da população faz uso de Ayahuasca etc. A denúncia foi endereçada ao CONFEN, Secretaria de Estado de Polícia Civil do Rio de Janeiro e Justiça Federal do Rio de Janeiro, que determinou a abertura de inquérito pela Polícia Federal. Esta, por sua vez, comunica ao CONFEN, e a comunicação é autuada.

O CONFEN instaurou procedimento para apurar a “denúncia”, juntando aos autos um parecer do Conselheiro Alberto Furtado RAHDE. Esse parecer indica a composição química da Ayahuasca, enfatiza suas principais substâncias, em especial o DMT, relatando suas propriedades alucinogênicas e a capacidade de produzir estados alterados de percepção, ânimo e modificações severas de comportamento. Anota que a ONU recomenda o respeito aos costumes de grupos, habitualmente indígenas, mas diz que aquela exceção não deve ser aplicada ao caso para justificar o uso de Daime em todo o país. Conclui recomendando a proibição da bebida caso se comprove seu uso descontextualizado¹¹¹.

O procedimento instaurado atualiza as informações acerca do tema; discorre sobre as “notícias” contidas na denúncia anônima, demonstrando seu despropósito, incoerência e ausência de provas mínimas; colhe informações de pesquisadores das áreas de antropologia, psicofarmacologia e psiquiatria acerca de estudos realizados após a primeira decisão proferida, em 1987 e, especificamente, indaga aos especialistas acerca da possibilidade de Ayahuasca provocar “modificações severas da personalidade”. Realiza novas visitas a algumas entidades em vários Estados e relata ter constatado o mesmo clima de tranquilidade e ordem nos cultos. Recapitula que muitas opiniões desfavoráveis à Ayahuasca são originadas do fato de que as pessoas resistem a aceitar projetos de realização pessoal diferentes daqueles normalmente aceitos na sociedade, exacerbando-se essa resistência na hipótese de filhos que vivenciam um modo de vida ou de religião não só destoantes de outros padrões existentes na sociedade, mas também diferente do paradigma adotado pelos pais. Explicita que em matéria de drogas não deve ser acolhida a visão

¹¹¹ Não há notícia de que tal parecer tenha sido objeto de deliberação pelo CONFEN. Data de 1989 e refere, na abertura, tratar-se de denúncia oferecida ao Ministério da Justiça.

mecanicista ou o determinismo farmacológico da questão, mas uma visão holística que leve em conta os vários outros fatores que determinam os efeitos.

Reafirma o caráter interrelacional das culturas, sua virtude de interagir com outras manifestações culturais e recriar-se, não existindo plausibilidade na alegação de que aquela manifestação religiosa é própria da Amazônia e nesta deve se circunscrever e que, comparativamente, não se pode restringir os cultos afros à Bahia ou o luteranismo às colônias alemãs do Sul do país, desconsiderando a unidade jurídica e cultural que caracteriza a nação brasileira. Pontua que o crescimento das entidades tem se dado com observância de mecanismos de controle ritual ou doutrinário que impõem limites quanto ao uso descontextualizado. Salienta inexistir “notícia de um único caso, cientificamente comprovado, de problemas mentais efetivamente causados pelo referido uso [de Ayahuasca]. Tampouco há referência a abuso ou qualquer outro comportamento perturbador da ordem social” nos seis anos de liberação. Por fim, refere que decisões da Administração Pública são limitadas pelas situações jurídicas concretizadas e consolidadas com base nelas, tornando-se irretratáveis perante a própria Administração, a fim de proporcionar estabilidade e segurança jurídica.

O parecer, também da lavra do Conselheiro Domingos Bernardo Gialluisi da SILVA SÁ, é pela manutenção da liberação, contendo várias observações ao final, das quais se destaca: o uso religioso da Ayahuasca somente poderá ser objeto de reexame com base em fatos novos, cujos aspectos substantivos ou essenciais não tenham sido, ainda, apreciados pelo CONFEN, em prestígio da estabilidade das relações no âmbito da própria Administração Pública e perante os interesses individuais envolvidos.

A decisão CONFEN/92 observa o mesmo padrão argumentativo anterior, aprofunda alguns aspectos, podendo ser resumido como um diálogo em que se busca responder à questão central: que razão existe para proibir essa religião? Todo o raciocínio se desenvolve voltado a essa indagação, enfrentando as várias objeções. Daí porque se reporta aos argumentos expostos pelo também conselheiro do CONFEN, Alberto Furtado RAHDE, articulados para recomendar a proibição da Ayahuasca (caráter alucinogênico do DMT e legitimidade do uso restrito à Amazônia), e os responde no mesmo código ou linguagem utilizada na pergunta. Se o parecer RAHDE se baseia na literatura médico-farmacológica para

sustentar que o DMT, a harmalina e a harmina podem produzir alterações mentais (modificação da percepção sensorial) e de comportamento, o parecer SILVA SÁ/92 responde com pesquisadores que explicam que aquelas “alterações mentais podem ser ‘canalizadas’ para um lado positivo na vida social e individual” e, em resumo, aqueles estados alterados da percepção, ânimo e comportamento não significam necessariamente, situações negativas, prejudiciais ou patológicas. (SILVA SÁ, 1992, p. 19). Se RAHDE é da opinião de que haveria descontextualização do uso de Ayahuasca pelo só fato de permitir seu uso fora da Amazônia, SILVA SÁ examina essa opinião à luz da antropologia (a cultura como algo predominantemente não estanque, interativo e uma religião não perde essa característica apenas porque houve mudança de lugar) e do direito (o Brasil é uma federação e não admite tratamento diferenciado a brasileiros).

As denúncias anônimas, pela insubsistência com que se apresentaram, são repelidas uma a uma pelo exame de suas contradições internas, mas possibilitam a reflexão sobre como o tema das drogas pode ser manipulado com um discurso alarmante, evidenciando a necessidade de serenidade no trato do assunto para evitar medidas alicerçadas em preconceitos ou argumentos meramente retóricos.

Em síntese, o parecer SILVA SÁ, que embasou a decisão CONFEN/1992, reitera que Ayahuasca contém substância proscrita (DMT), mas reconhece que seu uso religioso, tal como objeto da investigação, não oferece riscos à saúde.

CONFEN 1995

Cuidou-se de parecer emitido pelo Conselheiro José Costa Sobrinho, aprovado pelo CONFEN, por unanimidade, em 2 de junho de 1995¹¹².

Reporta-se à denúncia de uma mãe que noticia que sua filha, menor de idade, foi levada do Rio de Janeiro para o Acre, passando a morar numa comunidade denominada “Colônia Cinco Mil”, integrante do CEFLURIS. Relata uso de maconha e comércio de Ayahuasca. Ao final, recomenda¹¹³ medidas para manter o uso da Ayahuasca restrito ao

¹¹² Conforme ata CONFEN publicada no D.O.U de 11.8.1995, seção I, p. 12121. Disponível: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=9&data=11/08/1995>>

¹¹³ O uso do termo “recomendação” ensejou uma discussão acerca de sua obrigatoriedade, pois a norma não *recomenda*: as normas, em sentido clássico, se classificam em imperativas (ordenam algo); proibitivas (proíbem algo) e permissivas (permitem algo): BOBBIO, 2003, p. 125; KELSEN, 1999, p. 16; FERRAZ, 2001, p. 128. Quem recomenda não ordena, não proíbe, não permite: apenas recomenda, sugere, exorta, aconselha, opina, sem caráter coercitivo. Se o objetivo era proibir, foi utilizado vocábulo errado, alheio à tradição jurídica e à ciência

âmbito religioso (sem associação com a maconha) e sugere que crianças e doentes mentais não tomem Ayahuasca.

Esse parecer, consolida uma tendência já presente na decisão CONFEN/87. Esta decisão (1987) faz um recorte bem preciso: examina e libera o uso ritual da Ayahuasca, e diz que os problemas advindos do uso de maconha associado com daime não podem interferir no juízo a respeito do uso ritual exclusivo com Ayahuasca; todavia, noticia que a entidade que fazia uso de maconha, CEFLURIS, comprometeu-se a interrompê-lo. Confirma-se, assim, que não houve a interrupção compromissada e testifica a tendência detectada em CONFEN/87, qual seja, de que o uso associado com maconha é diverso do uso religioso exclusivamente com Ayahuasca.

O parecer CONFEN/95 apresenta uma tendência que irá perdurar: a partir do pressuposto de que o uso tradicional detectado pela decisão CONFEN 1987 é desvirtuado por várias entidades, pleiteia a proibição ou restrição de modo generalizado. Da mesma forma, reconhecer problemas provocados pelo consumo de Ayahuasca com maconha por menores permite-lhe concluir pela proibição desse uso associado relatado, não se prestando – aquela premissa fática – para estender a conclusão ao uso tradicional e exclusivo da Ayahuasca. Quanto ao uso de Ayahuasca por pessoas portadoras de distúrbios psíquicos, o próprio parecer narra que as entidades evitam tal uso, adotando medidas para identificar quem possui tais distúrbios.

CONFEN 1997

O parecer elaborado em seis páginas não indica nenhuma pesquisa, parecer técnico, nem razões médicas ou farmacológicas. Ao contrário, relata que “não há o menor indício clínico e técnico-científico, tratar-se de substância que cause dependência” (CONFEN 1997, p. 3). Apresenta, todavia, como justificativa, a informação contida no petítório da UDV, de que as doses para menores são cinco vezes inferiores a dos adultos, e indaga: “Por quê? Se consideram a substância inócua, qual a justificativa para a redução da dose?”. Depois, compara Ayahuasca ao vinho da missa, e consigna que “as crianças católicas não bebem o correspondente vinho [...]. Crianças umbandistas não bebem cachaça”.

do direito; se o objetivo foi apenas recomendar, sugerir, alertar, então cuidava-se de mera exortação, sem normatividade.

Responde às perguntas do Juiz assim: a) se Ayahuasca está proscrita? Não; b) se há grupo de estudo examinando a nocividade de Ayahuasca para menores? Foi instituído grupo de trabalho, porém fatos mais importantes impuseram seu desfazimento [não esclarece que fatos seriam mais importantes do que livrar crianças e adolescentes daquilo que considera nocivo]. Conclui recomendando que menores de idade não ingiram Ayahuasca em quantidade alguma.

Essa decisão desconsidera as deliberações anteriores lastreadas em estudos empíricos e outras pesquisas do próprio CONFEN, as quais abordaram o uso ritual de Ayahuasca inclusive por parte de crianças e adolescentes, sem detectar nenhuma razão que justificasse essa proibição. O parecer não apresenta qualquer justificativa para desconstituir a decisão anterior elaborada a partir de estudo multidisciplinar. Não diz se, apesar da reduzida quantidade de Ayahuasca ingerida por crianças em raras ocasiões ao longo do ano, há indício de que esse uso tenha afetado o desenvolvimento psíquico, educacional, cognoscitivo, familiar, moral ou físico; ou tampouco sugere que o uso ritual tenha induzido o uso de droga de abuso ou álcool etc.

Seu único argumento é a informação, dada pelas próprias entidades, que as crianças e adolescentes ingeriam doses bem menores de Ayahuasca do que os adultos e toma este dado como indicativo da periculosidade da bebida. Todavia, as decisões anteriores não consideraram, nem as entidades, Ayahuasca uma bebida inofensiva e de uso indiscriminado. Ao contrário, referem pesquisas farmacológicas que descrevem os efeitos potenciais do DMT presente na Ayahuasca, mas consideraram que da forma como utilizada, não havia indícios de maiores riscos. A informação de que as crianças e adolescentes ingeriam doses menores foi percebida como uma demonstração do uso ritual responsável, a partir da suposição de que, mesmo que fosse leite, arroz com feijão, remédio para febre ou dor, ou mesmo água, é intuitivo que crianças tomam ou comem menos do que os adultos. Por certo que diante de uma evidência que Ayahuasca provoque qualquer malefício no desenvolvimento psíquico ou físico, moral ou familiar de menores de idade impor-se-ia a reconsideração da decisão anterior. Mas não foi o caso.

Ayahuasca no Brasil é um campo fértil para pesquisas de toda ordem. E muitas têm sido feitas, inclusive com colaboração de entidades¹¹⁴ religiosas. Há várias formas de se obter indícios de que a Ayahuasca causa algum malefício, de qualquer tipo, a menores de idade, mesmo sem procedimentos invasivos e sem necessidade de exames mais complexos. Poderia o Governo pesquisar o rendimento escolar das crianças, oriundas de famílias ayahuasqueiras, e compará-las com outras crianças de idêntica faixa etária e socioeconômica (repetência, evasão escolar); ou verificar junto ao Juizado da Infância e Juventude qual o percentual de crianças e adolescentes oriundas de famílias ayahuasqueiras, entre o total de infratores; ou, ainda, buscar, após prévia autorização das famílias, junto a postos de saúde, dados sobre atendimentos de famílias ayahuasqueiras e compará-las com outras, de mesmo perfil etc. Se não havia qualquer informação nova quanto ao uso de Ayahuasca, o ônus argumentativo recai em quem pleiteia alterar uma decisão e a situação nela amparada que promove um direito, impondo a apresentação de argumentos novos em prestígio da estabilidade e da segurança enquanto objetivos políticos¹¹⁵. Aplica-se aqui o princípio da inércia, pelo qual “uma opinião ou uma práxis que tenha sido aceita uma vez não pode abandonar-se sem motivo para isso” (ALEXY, 2005, p. 197)

CONAD¹¹⁶ 2002

A decisão CONFEN/87 fez breve referência a uma entidade que usava Ayahuasca associada com maconha, ali caracterizado como algo isolado e resolvido ante o compromisso firmado pela entidade de interromper o que seria um desvio do uso religioso tradicional. O passar dos anos testemunhou o crescimento exponencial desse uso ali caracterizado como não tradicional, e não o seu desaparecimento. Maconha, comércio, propaganda de Ayahuasca como remédio para todos os males, entre outras denúncias, chegam a vários órgãos públicos e ao CONAD. A leitura da Resolução nº 26, de 31 de dezembro de 2002, do CONAD, já descrita no item caso DAIME, supra, distingue duas situações nitidamente, quais sejam, os objetivos de i) preservar o uso religioso [tradicional] e ii) impedir o uso inadequado e

¹¹⁴ Um inventário parcial das pesquisas: LABATE, 2008.

¹¹⁵ Há várias pesquisas desenvolvidas por instituições independentes (Universidade da Califórnia – Los Angeles, UNIFESP etc), com adolescentes e crianças que fazem uso de Ayahuasca no contexto ritual, que não só apontam ausência de dano mas efeitos positivos em vários aspectos. BERNARDINO-COSTA, 2011 reproduz várias dessas pesquisas. O resultado dessas pesquisas, deve ficar claro, não significa que Ayahuasca seja inofensiva em qualquer quantidade ou periodicidade de ingestão ou fora do contexto ritual. Restringem-se às condições de uso descritas e observadas na pesquisa.

¹¹⁶ A Medida Provisória 1.689-1, de 29.6.1998, transformou o CONFEN no Conselho Nacional Antidrogas – CONAD, mantendo sua competência mas transferindo-o do Ministério da Justiça para a Secretaria Nacional Antidrogas da Casa Militar da Presidência da República (art. 2º).

descontextualizado de Ayahuasca. Diz serem esses objetivo responsabilidade compartilhada do Estado e das entidades e determina a instalação de grupo de trabalho constituído por instituições e organizações sociais, por representantes das entidades religiosas para apresentar à deliberação daquele Conselho propostas de medidas de controle social do uso da Ayahuasca.

Não há notícia de que este grupo de trabalho tenha sido sequer constituído¹¹⁷.

CONAD 1/2010

Como relatado, a Resolução n. 5 CONAD (DOU 18.11.2004) acolhe parecer da Câmara de Assessoramento Técnico Científico, o qual, após examinar as deliberações anteriores acerca da liberação do uso da Ayahuasca, reiterando-as, sugere modificar a decisão CONFEN 1997, proclamando que cabe aos pais decidir, no interesse dos filhos, quanto à participação destes nos rituais. Se, por um lado, a Resolução 5/04 limitou-se a modificar a deliberação anterior, por outro, retoma o debate explicitado em CONAD/2002 e institui Grupo Multidisciplinar de Trabalho - GMT para levantamento e acompanhamento do uso religioso da Ayahuasca, bem como para a pesquisa de sua utilização terapêutica; cria o cadastro nacional de todas as instituições que adotam o uso religioso da Ayahuasca; indica como objetivo final a elaboração de documento que traduza a deontologia do uso da Ayahuasca, como forma de prevenir seu uso inadequado; determina a consolidação de todas as decisões do CONFEN e CONAD sobre o uso religioso da Ayahuasca, para acesso público.

O relatório final foi aprovado pelo GMT, em 23.11.06, e submetido à deliberação do Plenário do CONAD, em 6.12.2006, obtendo aprovação. Em 26 de janeiro de 2010, é publicada no DOU a Resolução CONAD n. 01/2010, que acolhe o relatório final do GMT, garantindo o uso religioso da Ayahuasca.

A regulamentação realizada pela Resolução CONAD 1/2010 essencialmente resolve uma antiga questão: que é o uso religioso? As resoluções anteriores e mesmo a Convenção de Viena autorizavam o uso religioso, mas havia dúvida quanto ao que se devia considerar como uso legítimo. A permissão ali estabelecida permitiria, por exemplo, que as pessoas utilizassem Ayahuasca para dançar, pintar ou escrever poesias? Ou permitiria que

¹¹⁷ Relatório GMT de 23 de novembro de 2006. Publicado no D.O.U de 26.10.2010:
<<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=57&data=26/01/2010>>

psicólogos e psiquiatras ministrassem Ayahuasca em seus pacientes para o fim de investigação ou tratamento terapêutico? Somente psicólogos e/ou psiquiatras? Dizer que o uso religioso é permitido era compreendido como a permissão de todo e qualquer uso. Como assinalado na introdução deste tópico, a Resolução tenta estabelecer critérios para identificar o que é uso religioso, distinguindo-o de outros, como se infere do relatório final, quando consigna que o o GMT/CONAD

“procurou destacar e consolidar as práticas que para as próprias entidades representam o **uso religioso** adequado e responsável, anteriormente estabelecidos na ‘Carta de Princípios’, resultado do 1º Seminário das entidades da Ayahuasca, realizado em Rio Branco em 24 de novembro de 1991” (GMT, 2006, p. 6. Grifamos).

A descrição do que seria para as próprias entidades o uso religioso, teve a seguinte finalidade:

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. (GMT, 2006, p. 7. grifamos).

A Resolução CONAD n. 1/2010, integrada pelo Relatório GMT, trata a liberdade de religião como um argumento qualificado e a discute no âmbito de uma legislação que criminaliza o uso de substâncias psicoativas. Aquela liberdade básica ganha dupla prioridade: primeiro, pela sua só condição de direito básico, a todo tempo referida e referencial e, segundo, por ser o uso religioso de substância psicoativa objeto de previsão explícita na lei. A previsão explícita diminui a possibilidade de erro comum nos discursos jurídicos que envolvem liberdade de religião, qual seja, a desconsideração de sua posição de proeminência, levando a que seja tratada como mais um elemento discursivo entre tantos outros, retirando sua condição de trunfo (tal como demonstrado em *Leôncio*).

Hoasca 2006 – Ayahuasca na Suprema Corte dos Estados Unidos

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos se notabiliza por vários aspectos. Primeiro por distinguir ordenamento jurídico e legislação, conferindo àquele uma dimensão maior que o conjunto formado pelas leis e pela Constituição Americana, ao envolver também os princípios que compõem a concepção de justiça a partir da qual os juízes interpretam a lei. A aplicação da lei não se resume a um mero silogismo, no qual

figuraria a lei proibitiva do DMT como premissa maior e o fato de que efetivamente há DMT na Ayahuasca como premissa menor, do que resultaria a conclusão da proibição da Ayahuasca: a aplicação de uma lei se dá a partir do seu papel na implementação de uma concepção de justiça mais ampla e que remonta aos constituintes, concepção que prestigia os valores da igualdade e da liberdade fundantes da comunidade de pessoas livres e iguais, deixando claro, ainda, que cada lei não inaugura a história de reconhecimento aos direitos, mas a aperfeiçoa e avança.

Por segundo, emerge daquela decisão um judiciário reverente à supremacia legislativa, aceitando o papel preferencial do congresso para a iniciativa das leis e na elaboração de políticas públicas, mas enfatizando a necessidade destas se harmonizarem com os valores consagrados na história constitucional americana. O judiciário ali delineado não se assume como o intérprete único ou mesmo superior da constituição, compartilhando da realização do projeto constitucional com os demais Poderes e com a sociedade, como evidencia o caso *Smith* e a edição do ato de restauração da liberdade religiosa pelo Congresso.

Outro traço distintivo é a capacidade de considerar os vários argumentos e razões. Considerar não no sentido de aceitar passivamente, ou rejeitar acriticamente, mas de debater o argumento exposto de modo claro e à luz de razões que possam ser válidas para todos. Acolhe-se, por exemplo, a razão médico-farmacológica que enuncia o efeito psicoativo da Ayahuasca e sua capacidade de produzir visões e induzir surtos psicóticos, entre outras reações, mas leva em conta que concretamente as pesquisas têm demonstrado que o uso ritual estabelece dosagem e periodicidade seguras, sem notícia de prejuízo à saúde e à vida social. É decisão que não se oculta na razão mais cômoda ou retórica da farmacologia, examinando se concretamente há razões substantivas para inviabilizar uma liberdade fundamental.

A questão é debatida no marco de uma legislação que criminaliza o uso da substância psicoativa DMT em confronto com a liberdade de religião. Porém, o fato de o Governo reconhecer a sinceridade da prática religiosa possibilita a discussão da causa nos termos do RFRA, tentando o Governo demonstrar a existência de interesse cogente apto a justificar a limitação da liberdade religiosa alçada à posição preferencial, assim indicando: a)

a proteção da saúde dos membros da UDV; b) prevenção de eventual uso recreativo da *Hoasca*, com consequente utilização do DMT enquanto substância proibida; c) o cumprimento da convenção da ONU de 1971, relativa ao uso de substâncias psicotrópicas, da qual os EUA são signatários. A posição preferencial assumida pela liberdade de religião permitiu o afastamento de argumentos retóricos e meramente abstratos. Não bastou o Governo demonstrar que o DMT pode causar reações psicóticas, alterações cardíacas e interações diversas com outras substâncias, se a UDV comprovou, através de pesquisas, que o uso ritual de Hoasca não causava problemas concretos. Do mesmo modo, foi rechaçado o argumento abstrato, porque desacompanhado de indícios, de que a liberação para o uso religioso comprometeria a ação governamental de repressão ao uso recreativo do DMT: foi consignado que a liberação do peiote para uso religioso não dificultou as ações governamentais de repressão ao uso recreativo da mescalina (presente no peiote).

Repeliu-se o argumento de que constitui interesse cogente, apto a justificar o sacrifício de liberdade básica, o objetivo de os Estados Unidos cumprirem o Tratado Internacional. A Suprema Corte, diversamente do Tribunal de origem, diz que a Ayahuasca se encontra sim sob a égide da Convenção de Viena por conter DMT, ali listada, mas afirma que o só fato de estar ali arrolada como substância proibida não autoriza limitação à religião, impondo-se demonstração da necessidade dessa limitação (propósito). Assenta também que o Governo não demonstrou nenhuma consequência concreta que poderia advir do descumprimento do Tratado e reafirma que ao Judiciário cabe harmonizar os interesses governamentais e a liberdade religiosa.

A decisão da Suprema Corte assume a posição preferencial e proeminente da liberdade de religião (facilitado, no caso, pelo reconhecimento do próprio Governo da sinceridade da prática religiosa) e exige um interesse público cogente apto a justificar o sacrifício da liberdade. A só alegação de que DMT faz mal à saúde é insuficiente para afastar a liberdade religiosa: diante de um direito básico, impõe a comprovação de que, tal como *concretamente* utilizada, a Ayahuasca causa malefício à saúde.

A prioridade da liberdade básica, reconhecida como sustentáculo da boa vida em sociedade, permite enfrentar um argumento, com duas implicações políticas, que exige rigor metodológico para sua superação e que pode ser assim exposto. A Suprema Corte, ao liberar

bebida que contém DMT, simultaneamente facilita a exposição de outras pessoas ao seu uso e dá causa à discriminação, ao impedir que outras pessoas tenham acesso a um bem. A Suprema Corte admite a existência de um objetivo político consubstanciado na proibição genérica, e alça esta proibição a uma questão de política, de deliberação majoritária por parte da sociedade, que deve decidir por sua manutenção ou alteração. A proibição enquanto regra assegura o igual tratamento e respeito entre os cidadãos e condiciona a exceção do uso religioso à demonstração de que tal uso se mostra seguro e, portanto, não viola o propósito da norma (proteger a saúde). E prossegue, fazendo recorte bem preciso: assentado que o uso religioso se mostra relativamente seguro, não deve ser proibido pela alegação abstrata de expor as pessoas ao uso recreativo do DMT.

Essa argumentação da Suprema Corte, de sutil percepção, quando aplicada a drogas e à quase irracionalidade que domina o discurso público acerca do tema (*droga mata, enlouquece, vicia, destrói famílias, dilacera o tecido social e político etc.*), foi facilitada, em larga medida, pela discussão anterior com o peiote e seu uso ritual: a sociedade americana afirmou, no caso peiote, que a liberdade de credo de alguém não pode ser obstruída a pretexto de impedir que outras pessoas façam uso indevido de um elemento central daquela religião, se já existe uma legislação e uma estrutura institucional montada para evitar aquele uso vedado¹¹⁸. O caso peiote evidenciou que o reconhecimento de uma liberdade fundamental não implicaria custos adicionais para a sociedade. A ausência de razões bastantes aptas a justificar o sacrifício de um direito, revela que somente o preconceito, o juízo negativo que se faz acerca de certas pessoas ou práticas, é que sustentaria a restrição. Mas os direitos e liberdades básicos, enquanto elementos discursivos qualificados e prioritários, são reconhecidos e instituídos justamente para excluir aqueles juízos e preconceitos, pois são trunfos contramajoritários destinados a impedir que o capricho ou a opinião infundada da maioria oprima grupos minoritários.

Uma jornada circular – o *locus da liberdade*

A Resolução CONAD 1/2010 foi publicada em 26 de janeiro de 2010. Em abril de 2010 foi apresentado junto à Câmara dos Deputados o projeto de Decreto Legislativo (PDC)

¹¹⁸ Christopher L. Eisgruber, reitor da Universidade de Princeton, e Lawrence G. Sager, professor da Universidade do Texas, afirmaram que o caso *Hoasca*, em razão do precedente *Smith*, foi um caso fácil (“na easy case”): 2007, p. 267.

2491 para o fim de suspender aquela Resolução do CONAD e proibir o uso ritual da Ayahuasca, ao fundamento de que

“quando passou a permitir o uso da Ayahuasca para fins religiosos, violou o espírito consagrado pela Constituição de vedação ao uso e ao comércio de drogas, pois a citada substância, assim como diversas outras que ainda são vedadas, gera malefícios à integridade física e mental de seus usuários”¹¹⁹.

O Decreto Legislativo é previsto no art. 49, V, da Constituição Federal e se destina, entre outras funções, a sustar atos normativos que exorbitem do poder regulamentar. Pressupõe lei que deixou um espaço para ser regulamentado pelo Poder Executivo, e que este, ao regulamentar, extrapolou os limites que lhe foram concedidos pela lei. Insere-se como um instrumento de controle recíproco entre os poderes e, em especial, do Legislativo para que preserve o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF) e a divisão dos poderes (art. 2º, CF), de modo que obrigações e direitos decorram, sempre, em última instância, da lei enquanto ato do Poder Legislativo.

O PDC 2491, especificamente, foi motivado pela enorme repercussão advinda da morte do cartunista de um dos maiores jornais brasileiros, *Jornal Folha de São Paulo*, Glauco Vilasboas, ocorrida no dia 14 de março de 2010 (pouco mais de 30 dias após a publicação da Resolução CONAD 1/2010). Este cartunista dirigia uma igreja que fazia uso de Ayahuasca localizada na chácara onde também morava, em Osasco, estado de São Paulo. Ele foi morto a tiros, juntamente com seu filho, por Carlos Eduardo, indivíduo que durante algum tempo fez uso de Ayahuasca naquela igreja. Os principais veículos de comunicação deram grande destaque ao fato com matérias de capa¹²⁰, nas quais se questionava o acerto da “liberação”. As matérias jornalísticas, e o próprio projeto de lei, na sua justificativa, faziam crer que o uso de Ayahuasca se havia iniciado com a Resolução 1/2010, de modo que para prevenir outros incidentes de igual gravidade, impunha-se a proibição da bebida.

Durante o trâmite do PDC houve audiência pública, com participação de representantes de várias entidades e de especialistas sobre o assunto. Entre outros aspectos, restou esclarecido que ninguém afirmava ser a Ayahuasca uma bebida inofensiva em qualquer uso, mas que as pesquisas indicavam que o uso ritual, pelas condições de

¹¹⁹ Justificativa oferecida pelo Deputado Federal Paes De Lira, p. 4. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=473887>

¹²⁰ Entre outros periódicos: Revista VEJA, edição 2.157, de 24 de março de 2010: “crime: a loucura e o daime”; Revista Época, edição 618, de 20.03.2010: “o doído, o daime e o crime”.

ingestão (quantidade limitada, grande intervalo entre os usos, não associação com outras substâncias psicoativas etc.) não resultavam em malefício próprio ou de terceiros. Principalmente, ficou patenteado que a Resolução 1/2010 não reconhecia como próprio do uso ritual a associação de Ayahuasca com maconha (uso típico de uma linha doutrinária em particular, como já explicitado) e a ingestão por pessoas portadoras de distúrbios psíquicos. Essa informação é importante porque, como foi amplamente noticiado, o assassino de Glauco era portador de esquizofrenia paranóide antes de fazer uso de Ayahuasca, bem como utilizava várias outras substâncias psicoativas as quais aprofundaram seu quadro psíquico, segundo os exames realizados. A Resolução CONAD 1/2010, elaborada com a participação das entidades, justamente vedava o uso de Ayahuasca em tal contexto, e sua revogação, como pleiteado no projeto, na prática implicava a liberdade para um uso mais amplo, dado pela Lei 11.343/06. Como explicado, essa lei permitia, invocando a Convenção de Viena, o uso ritual, mas não especificava o que deveria ser caracterizado como tal; a resolução delimitou o uso generalizado e definiu como prática religiosa merecedora de proteção aquela nela caracterizada.

A sentença sobre o caso Glauco reconheceu a inimputabilidade do responsável pela morte, e lastreada em laudo pericial psiquiátrico enfatizou que a esquizofrenia de que era portador o autor dos homicídios era anterior ao seu envolvimento com Ayahuasca, mas foi agudizada (para usar a expressão do laudo pericial) com o uso associado de Ayahuasca e maconha¹²¹.

O projeto de lei foi, ao fim, arquivado, não sendo submetido à votação. O projeto apresentava grave falha formal. Não porque o Congresso não possa sustar atos do Executivo, mas porque não havia o pressuposto exigido para essa espécie normativa. O Decreto Legislativo enquanto espécie normativa (art. 59, CF) se destina a sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar. Como a Lei 11.343/06 permitiu o uso ritual de substâncias psicoativas *abstratamente* e a Resolução *delimitou* aquele uso restringindo-o às práticas que observam o contido na Resolução, significa dizer que o ato normativo (Resolução 1/2010) *restringiu* a liberdade prevista na lei de modo amplo; se houve restrição de um direito mais amplo e abstrato prevista na lei, a Resolução não desbordou a lei, antes a recortou, diminuindo seu âmbito de incidência.

¹²¹ Sentença disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/assassinato-cartunista-glauco.pdf>>

Mas o que se deseja pôr em foco aqui não é a falha congênita do projeto, que poderia ser sanada por sua conversão na espécie normativa própria. O que se quer debater aqui é a questão subjacente. Vamos supor que a Resolução 1/2010 seja sustada, ou revogada pelo próprio CONAD ou perca, por qualquer modo, sua validade. Essa é a situação que se focalizará: qual a consequência jurídica decorrente do fato de a Resolução ser tornada insubsistente? Imaginemos que os órgãos de segurança, estadual ou federal, notifiquem as entidades ayahuasqueiras para que se abstenham de fazer uso de Ayahuasca em razão da revogação ou extinção daquela Resolução. Os praticantes poderiam invocar a proteção da própria Lei, desafiando nova interpretação, agora da Lei 11.343/06. Antes o direito era concretamente definido num ato normativo do Executivo que regulamentava a lei; agora o exame judicial deve fazer o cotejo entre o direito amplo previsto na lei e o pleito dos praticantes.

Será revelador prosseguirmos com a hipótese e cogitarmos que o Congresso Nacional revogue a própria lei, no que pertine ao uso ritual, extirpando o art. 2º, na parte em que excetua o uso ritual¹²². Remanesceria a questão jurídica de saber se a revogação do dispositivo contido na Lei 11.343/06, que permite o uso ritual, implicaria a revogação do art. 32, item 4 da Convenção de Viena, nesse particular. Três questões devem ser resolvidas: a primeira refere-se à exigência de *reserva*, pelo Brasil, quanto à Ayahuasca, tal como previsto no art. 32, 4 da Convenção de Viena. Outra questão é se um tratado internacional ratificado e incorporado ao ordenamento brasileiro poderia ser recortado, rejeitando-o em algumas partes e aceitando-o em outras. A terceira questão é determinar se o Tratado Internacional, no que pertine ao direito de uso de substâncias psicoativas, veicula ou não um direito fundamental (a liberdade de credo), incidindo o disposto no art. 5º, § 2º, CF.

Quanto à primeira questão, o art. 32, n. 4 pressupõe que o país tenha formulado reservas em relação às substâncias ou plantas que pretendia excepcionar para o uso ritual. O Brasil não efetuou a reserva exigida pelo dispositivo. Todavia, isto não obsta ao reconhecimento da exceção, pois a reserva tem caráter procedimental, formal, e a forma não pode obstar o reconhecimento da substância. O que importa é que a comunidade internacional

¹²² “Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, **ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.**” (Grifo nosso).

reconheceu a existência abstrata de várias substâncias psicoativas usadas em caráter ritual, e que este uso não se confunde com o recreativo ou abusivo e, portanto, estaria fora do alcance da norma proibitiva. Além disso, em 1971, data da celebração do Tratado, as autoridades brasileiras sequer tinham ciência de que havia uso ritual de plantas psicoativas na Amazônia contendo DMT e outras, de modo que não poderiam apresentar *ressalvas* quanto ao que desconheciam existir¹²³. A circunstância de o país não ter apresentado ressalvas não obsta ao acolhimento da hipótese de exclusão prevista na Convenção, conforme precedentes internacionais, inclusive dos Estados Unidos, em relação ao cacto peyote¹²⁴ (que contém mescalina, listada junto com o DMT na lista I da Convenção de Viena) e a própria Ayahuasca¹²⁵. O STF, incidentalmente na ADPF 187, julgado em 16.6.2011, manifestou-se sobre o tema, através do voto do Min. Celso de Mello, anotando que bastaria a autorização legal ou regulamentar:

É interessante acentuar, por oportuno, considerando o que estabelece a Convenção de Viena, que o Estado brasileiro, **ao editar** a sua nova *Lei de Drogas*, **embora não havendo** manifestado, *formalmente*, **qualquer** reserva ao Artigo 32, n. 4, do texto convencional, **excluiu, assim mesmo, da norma de proibição** inscrita em referido diploma legal, **o uso ritual** de plantas alucinógenas em celebrações religiosas, **desde** que obtida, *para tanto*, autorização legal **ou** regulamentar, *como resulta claro* do art. 2º, “*caput*”, da Lei nº 11.343/2006, [...]. (p. 21, negritos do original).

Quanto à segunda questão, os tratados internacionais perdem sua validade pela denúncia¹²⁶ formal (art. 54, “a”, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 c/c art. 29 da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de Viena de 1971), e há grande controvérsia acerca da possibilidade de serem revogados através do procedimento legislativo ordinário, em razão de consubstanciarem um compromisso internacional do país, o que justificaria um procedimento diferenciado tanto para sua ratificação quanto para sua denúncia.¹²⁷

¹²³ A primeira investigação envolvendo Ayahuasca que se tem notícia realizada por órgãos federais data de 1973, com a elaboração de laudos pelo Ministério da Aeronáutica e pelo Instituto Nacional de Criminalística, ambos em Brasília. Curiosamente, os laudos incorreram em grande equívoco, e não foram capazes de detectar a presença do DMT, como relatado em *Leôncio, supra*.

¹²⁴ *Employment Div. v. Smith*, 494 U. S. 872 (1990).

¹²⁵ *Gonzalez v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal* 546 EUA 418 (2006).

¹²⁶ *Denúncia de um tratado*, previsto nos arts. 44 e 56 da Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados de 1969, “é um ato unilateral, de efeito jurídico [...]: pela denúncia manifesta o Estado sua vontade de deixar de ser parte no acordo internacional” (RESEK, 2007, p. 107).

¹²⁷ A matéria é controvertida no STF. Um precedente paradigmático é o HC 73.044, que resume o posicionamento dos integrantes da Corte e as várias correntes interpretativas. Todavia, a composição mudou significativamente, possibilitando novas mudanças. O tema foi reconhecido como de repercussão geral, embora se trate de matéria tributária, e pende de julgamento: RE 627.280. GALINDO, 2002, cap. VI, contextualiza o debate e expõe várias possibilidades.

Para nosso exercício e finalidade, aceitemos a hipótese de que haveria também revogação do dispositivo contido na Convenção de Viena acerca do uso ritual, isto é, que a revogação do artigo da Lei 11.343/06 revogaria também a exceção prevista no art. 32 da Convenção de Viena. Neste caso, ainda assim os praticantes poderiam invocar o direito abstrato previsto na Constituição Federal: o direito à liberdade de crença, previsto no art. 5º, VI. E novamente chegamos à necessidade de interpretação de uma cláusula que veicula um direito abstrato, abrindo-se as várias possibilidades interpretativas já mencionadas. Por outras palavras, se o intérprete optar por conferir a essa cláusula um princípio político, ele deverá raciocinar no âmbito de uma teoria mais ampla acerca de quais são as hipóteses que, numa sociedade caracterizada pela diversidade cultural, ideológica e social se revela legítimo proibir a prática de uma religião. Inevitavelmente o intérprete terá de refletir sobre os princípios últimos capazes de oferecer as bases de uma convivência social baseada no respeito recíproco e que abordará, por fim, a questão fundamental de saber se o Estado deve ou não tratar todos aqueles que estão sob seu império com o mesmo respeito e consideração e as consequências de aceitar este postulado. Se o intérprete aceita que o Estado deve tratar a todos com a mesma consideração e o mesmo respeito, ele deve também se pronunciar sobre algumas implicações desse axioma, pois, entre outras consequências, aceitar que todos devem ser tratados com a mesma distinção e o mesmo respeito implica que o Estado não pode privilegiar a concepção de bem, de vida, de projetos de vida de um em detrimento de outro, isto é, não deve atribuir a alguns estilos ou opções de vida mais valor do que a outros e, em decorrência, não pode tratar alguém de modo diferenciado por ter uma vida ou uma religião diferente da dos outros.

Em síntese, ele retornaria às questões centrais sobre o uso não arbitrário do poder político não só em relação à religião, pois o princípio que ele adotar nesse tema repercutirá em outros assuntos. Suponhamos que ele aceite sim debater a liberdade de religião no âmbito de uma teoria política mais ampla, e negue o uso ritual da Ayahuasca afirmando o princípio político de que cabe ao Estado (ou, em termos mais taxativos, é a única justificativa da existência do Estado) zelar pelo bem-estar dos seus governados, e se Ayahuasca tem o potencial de causar malefício à saúde física ou mental, ela deve ser proibida. Como devemos entender essa solução à luz das premissas teóricas expostas nesta pesquisa? Devemos entender que é uma proposta de interpretação de nossa prática jurídica

que busca harmonizar os princípios que justificam nossa vida em sociedade e estrutura uma solução não arbitrária para nossos conflitos de interesses, de modo que essa interpretação deve ser entendida como capaz de oferecer uma leitura, uma interpretação coerente de nossa prática jurídica como um todo. Se pensarmos em termos das duas dimensões às quais toda interpretação deve satisfazer, essa interpretação deve ser capaz também de explicar outros aspectos de nossa vida em comunidade.

Em decorrência, quem afirma que uma prática religiosa deve ser proibida porque oferece riscos potenciais à saúde deve ser capaz sustentar esse mesmo princípio para outras atividades, demonstrando que esse princípio decorre de nossas práticas e as justificam. Porém, verificamos que o Estado, e mesmo as pessoas, tem ciência que alpinismo é uma atividade inerentemente perigosa, mas ainda assim permitida, embora se trate de um esporte (e não de uma religião), tanto quanto o automobilismo, o mergulho submarino, o boxe ou UFC e outros esportes de luta. Também somos cientes de que açúcar, óleo, refrigerantes, carne, sal fazem mal, mas não os proibimos. Há práticas religiosas (muçulmanas, católicas¹²⁸, afros etc.) que fazem uso de autoflagelação. Ainda assim, não as proibimos. Algumas denominações pentecostais, a partir da leitura da Bíblia¹²⁹, creem que um homem de fé ou ungido por Deus é imune à mordida de serpentes, e realizam seus atos religiosos manipulando-as, ocorrendo, vez por outra, morte decorrente de picadas de serpentes. Também essas práticas não são proibidas.

Esses exemplos demonstram que a interpretação de que a só possibilidade de risco justifica a proibição de uma prática cultural, esportiva ou religiosa não se ajusta às nossas convicções e exigiria, por parte de seu defensor, a explicação de como um princípio que se considera suficiente para impedir uma prática religiosa – amparada por uma liberdade constitucional – não é aplicado para impedir práticas desportivas e religiosas que não só ensejam riscos potenciais, mas, algumas, danos concretos. Estaríamos aceitando um suposto princípio moral para impedir o exercício de uma prática religiosa, mas não o aplicamos para impedir práticas desportivas que ostentam, em relação à liberdade de religião, uma posição inferior em termos de proteção constitucional. O intérprete não

¹²⁸ Por exemplo a *opus Dei*. Veja: ALLEN JR., John L. Opus Dei: os mitos e a realidade. Rio de Janeiro, Elsevier, 2006, p. 169 e ss. Recentemente essa organização religiosa foi objeto de enorme controvérsia em razão de livro e filme de grande apelo popular: *O código da Vinci*, de Dan Brown.

¹²⁹ Marcos 16:16-17; Lucas 10:19.

poderia aplicar este princípio ou, caso insistisse, deveria explicar a inconsistência assinalada e apresentar uma explicação plausível.

No fundo o intérprete se depara com um princípio mais poderoso e mais conhecido, decorrente da autonomia que reconhecemos em cada indivíduo, que impede atitudes paternalistas ao instituir a neutralidade do Estado frente ao indivíduo no que concerne aos seus projetos de vida e àquilo que para cada um torna a vida boa, e que assim o faz por pressupor que cada um tem ou deve ser reconhecido como portador da capacidade de se determinar com autonomia e responder por seus atos, sem intromissão do Estado. Amparar a decisão em razões aceitáveis sob a perspectiva moral o conduziria, novamente, a decidir as razões que justificam a própria constituição, seu propósito e o tipo de democracia, de sociedade e, principalmente, de indivíduo que ela projeta e protege. E aí ele reencontraria o outro, e com este, a dimensão moral.

Agora estamos em condições de nos posicionar acerca de um último desafio proposto na introdução desta pesquisa: como deve se portar um julgador situado num país sem constituição rígida ou com constituição que não garante explicitamente a liberdade de crença e que tenha a responsabilidade de julgar um caso envolvendo Ayahuasca confrontada com a lei que criminaliza ou proíbe o DMT? Em essência, esse julgador terá de responder às mesmas perguntas: pode-se extrair das práticas dessa sociedade o princípio de que se atribui a cada indivíduo o mesmo respeito e consideração? Há nesta sociedade castas ou pessoas às quais se atribui maior valor e importância? Se a resposta for positiva, se na comunidade há pessoas ou grupos considerados de maior valor intrínseco, o julgador deve avaliar se há razões que possam justificar aquele tratamento diferenciado.

Se não houver razões justificadoras, se o ordenamento como um todo não está apto a conferir a todos os indivíduos, grosso modo, o mesmo respeito e consideração, o dever de fidelidade a essa ordem jurídica e a essa associação política fica seriamente afetado, senão aniquilado, restando apenas razões prudenciais para cumprimento das leis, razões efêmeras e circunstanciais. Assim é porque a participação moral – sob igualdade de status – acarreta reciprocidade: um indivíduo não pode ser membro a menos que seja tratado pelos concidadãos como tal, ou seja, “a menos que as consequências de qualquer decisão coletiva para sua vida sejam consideradas tão importantes quanto às consequências

da mesma decisão para a vida de todas as outras pessoas.” (DWORKIN, 2006, p. 38). Por certo que o juiz, nesse caso, deverá ponderar sobre os riscos pessoais que advirão na hipótese de reconhecer a ilegitimidade do regime político em que se encontra submetido. Talvez seja sensato tentar fazer daquele Direito algo melhor, mesmo que mentindo e dizendo que o faz em nome da lei; talvez evitar decisões de rupturas e optar por decisões de menor impacto, mas que ao longo do tempo apontem para um Direito mais justificado. Sem dúvida, outra opção a ser seriamente considerada é o magistrado pedir demissão, evitando colaborar com um regime que ele próprio reconhece como imoral ou ilegítimo.

Se ele responder afirmativamente à primeira pergunta (que é possível sim se extrair o princípio de que todos são merecedores do mesmo respeito e consideração), as demais perguntas serão desdobramentos desse poderoso princípio. É que se todos são detentores do mesmo status, então nenhum plano de vida deve ser considerado a *priori* melhor do que outro, o que o levará a questionar se essa organização política pode negar a alguém o direito de perseguir algum objetivo de vida (ganhar muito dinheiro, ser um grande desportista, exercitar uma religião etc.) desde que não interfira nos projetos de terceiros. A liberdade de agir ou a autonomia decorrente daquele princípio magno será então reconhecida como um direito básico. E aqui a viagem redonda: ele deverá então, para preservar aquela igualdade fundamental, atribuir limites às deliberações majoritárias representadas pela lei. A lei não poderá violar direitos básicos sob pena de malferir o princípio que lhe justifica e que lhe confere respeitabilidade e dever de obediência: a igualdade. E então ele se depararia com a dimensão moral. De novo.

CONCLUSÃO

Ao início desta pesquisa mostramos como juízes e advogados divergem profundamente quanto ao significado de direitos fundamentais como liberdade, igualdade, dignidade etc., tanto quando esses direitos são previstos pelo ordenamento, quando não o são, quando são utilizados para justamente questionar a ordem jurídica que não os contempla, evidenciando um uso ora jurídico ora político. Partimos do pressuposto que uma teoria sobre os direitos deveria se posicionar sobre estes aspectos e oferecer, se possível, uma visão unificadora. Porém, se verificamos que há várias noções de direitos, seria insuficiente oferecer *mais uma* interpretação sobre o que devem ser tais direitos, pelo que buscamos identificar alguma forma de compreender essa divergência na interpretação dos direitos, para que pudéssemos ter razões para escolher um sentido ao invés de outro. Identificamos esses conceitos como interpretativos, caracterizados pela necessidade de uma concepção acerca de qual a melhor forma de concretizá-los. Expomos também um modo de avaliar as várias concepções de liberdade ou Direito, por exemplo, à luz de princípios que julgamos importantes e estruturantes de nossa comunidade política, como a ideia de autogoverno, igualdade, decorrentes de uma moral crítica. Se há várias concepções acerca de como realizar um conceito interpretativo, podemos ter alguma noção sobre essas concepções se as confrontarmos com uma moral crítica, embora certamente controversa.

Utilizamos como fio condutor de nossas indagações um específico direito: a liberdade de religião utilizada para sustentar prática religiosa que faz uso de uma bebida psicoativa que contém uma substância proibida em tratados internacionais e leis de diversos países (DMT). Essa prática religiosa, por ser contestada sob vários ângulos, expõe as complexidades de construir uma teoria capaz de oferecer soluções para o uso não arbitrário do poder numa sociedade caracterizada pela diferença de concepções sobre o sentido da vida ou concepções do bem, diferenças econômicas, sociais, culturais, étnicas etc. Se não vivemos sob uma mesma tradição, sob uma mesma concepção de mundo e de poder, se não admitimos a origem divina ou mítica do poder, se vivemos, enfim, num *mundo desencantado*, nossas razões devem apelar a outro referencial que não a religião ou a

tradição. E nos deparamos com a exigência de justificarmos nossos atos e nossa estrutura de poder com base naquilo que podemos sustentar perante nós mesmos se quisermos viver sob regras não arbitrárias. Confrontamo-nos com a dimensão da moralidade política como um caminho que pode nos oferecer respostas não opressivas para nossa estrutura social e para o uso do poder coletivo. Para isso reconhecemos os direitos morais enquanto condição do exercício do poder político. Direitos que decorrem da circunstância de compartilharmos um mesmo tempo e um mesmo lugar, recursos e oportunidades escassos e, principalmente, de somente nos reconhecermos como possuidores de todos os direitos básicos que possamos sustentar também para os outros à luz de princípios coerentes, de modo que os direitos morais se revelam como necessários caso queiramos regular nossa existência conjunta com os meios do direito positivo e de modo não opressivo.

Todavia, uma concepção deve se validar sob duas dimensões ou perspectivas. Deve se ajustar à nossa prática jurídica, deve ser capaz de explicá-la. Mas não só. Deve ser capaz de demonstrar seu valor, indicar razões pelas quais devemos preservá-la, mantê-la, justificá-la enfim. Essa concepção, se plausível, deve ser capaz de explicar várias decisões sobre direitos e, principalmente, deve ser atraente na perspectiva da moralidade política ao expressar valores que reputamos importantes para a construção de uma sociedade organizada a partir de princípios. Estudamos a concepção conhecida como *integridade*, que sustenta que devemos ser governados por um conjunto coerente de princípios políticos cujos benefícios se estendem a todos os cidadãos, e que o Estado e o uso da força pública somente se justifica à proporção que demonstra dedicar a cada cidadão o mesmo respeito e a mesma consideração. Examinamos várias decisões em face dessa teoria para verificar se nos fornecia elementos para avaliá-la quanto à sua aceitabilidade moral. Verificamos que ela constrange o julgador a decidir a partir dos princípios de moralidade política que subjazem às decisões majoritárias e que devem ser estendidos aos casos futuros de modo coerente e harmônico.

A liberdade de religião surge assim como um direito fundamental forte, como um trunfo e barreira frente às decisões majoritárias, e somente pode ser afastada diante de razões que possam ser aceitas no âmbito de uma visão que considere os princípios que justificam o ordenamento como um todo, de modo que a decisão prosseguirá (ou não) com o propósito de construir uma sociedade que quer atribuir a cada um o mesmo status de

dignidade. Somente razões que possam ser sustentadas no interior de uma teoria política mais ampla e voltada para justificar nossas instituições e práticas jurídicas como um todo poderiam restringi-la. Para realizar esse papel o julgador deve ter uma convicção sobre o que é uma constituição, sobre o que é o Direito, seu propósito e aquilo que lhe justifica. Se ele compreender que o Direito é um empreendimento político que busca estruturar uma sociedade organizada atribuindo a cada um a mesma consideração e o mesmo respeito, então os direitos passam a ser o fator de legitimação e conformação do próprio ordenamento, e deixa de exigir a distinção entre direitos políticos e jurídicos, pois se compreende que os direitos políticos, advindos de uma moralidade política desejável, justificam os direitos jurídicos, os quais devem ser lidos em mira daqueles.

A informação de que Ayahuasca contém DMT e o seu potencial de risco, deixa então de ser determinante para decidir se seu uso ritual deve ser proibido ou liberado, porque a discussão passa a ser se e quando nossos princípios políticos legitimadores autorizam o Estado a intervir a fim de evitar que indivíduos se exponham a riscos, maiores ou menores. A posição de direito fundamental forte da liberdade de religião permite um diálogo racional sobre uso do poder coercitivo e propicia decisões que possam ser aceitas à luz de uma teoria política mais abrangente e destinada a regular a convivência de pessoas com visões de mundo diferentes.

Reconhecer os direitos fundamentais como direitos morais oferecem não só a possibilidade de conferir sentido unificador e esclarecedor para os diversos usos desta expressão, mas oferece também um referencial para o debate público, para a autocompreensão da comunidade sobre quais princípios são aceitáveis para reger nossa coexistência. Mas esse debate não se esgota na elaboração da constituição, de cada lei nem de cada decisão judicial. Ele prossegue refletindo sobre sua própria construção e de como essas decisões anteriores constroem – ou não – os alicerces de uma sociedade que queremos enquanto projeto coletivo do qual todos nós possamos nos orgulhar ao realiza-lo por nos sentirmos nele acolhidos e identificados.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. **La justitia social em El Estado Liberal**. Trad. Carlos Rosenkrantz. Madri: Centro de Estúdios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. São Paulo: Renovar, 2005.

BEBE-SE um chá. **Alto Falante**. Informativo do Centro Espírita União do Vegetal – CEBUDV. Edição histórica: 50 anos da União do Vegetal. Brasília, p. 10. 22 de julho de 2011.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Col. Os pensadores. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de liberdade. In: **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CALLAWAY, Jace C. fitoquímica e neurofarmacologia da Ayahuasca. In: MEZTNER, Ralph. **Ayahuasca: alucinógenos, consciência e espírito da natureza**. Rio de Janeiro, Gryphus, 2002.

CONSTANT, Benjamin. **Princípios de política aplicáveis a todos os governos**. Tradução Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2007.

_____. a liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos. In: **Filosofia Política**. Porto Alegre: LPM Editores. 1985.

BERNARDINO-COSTA, Joaze. **Hoasca: ciência, sociedade e meio ambiente**. São Paulo: Mercado de Letras, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10ª impressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2ª ed., 2003.

BORDIN, Selma, CORDEIRO, Daniel Cruz; FIGLIE, Neliana Buzi e LARANJEIRA, Ronaldo. Alucinógenos. In: FIGLIE, Neliana Buzi *et al* (orgs). **Aconselhamento em dependência química**. 2 edição. São Paulo: Roca, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CAZENAVE, Sílvia de Oliveira Santos; COSTA, José Luiz. Alucinógenos. In: OGA, Seizi *et al* (orgs). **Fundamentos de Toxicologia**. 3ª ed. São Paulo: Atheneu, 2008.

CEMIN, Arneide Bandeira. **Ordem, xamanismo e dádiva. O poder do Santo Daime**. São Paulo, Terceira Margem, 2001.

COHEN, Joshua. Procedimento e substância na Democracia deliberativa. In: WERLE, Luis Denílson e MELO, Rúrion Soares (orgs). **Democracia Deliberativa**, São Paulo, Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSTANT, Benjamin. **Princípios de política aplicáveis a todos os governos**. Tradução Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2007.

DAHL, Robert A. **Poliarquia: participação e oposição**. trad. Celso Mauro Paciornik. 1ª ed., 2ª Reimpressão. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

_____. **Sobre a Democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, 2009 (reimpressão).

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2ª tiragem. 2010a.

_____. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

_____. Filosofía y política, diálogo con Ronald Dworkin (p. 256/276). In MAGEE, Bryan. **Los hombres por detrás de las ideas: algunos creadores de la filosofía contemporánea**. México: FCE, 2008.

_____. **O Direito da Liberdade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2ª Ed. 2007. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **A virtude soberana**. Trad. Jussara Simões. São Paulo; Martins Fontes, 2005.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EDMUNDSON, William A. **Uma introdução aos Direitos**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EISGRUBER, Christopher L. e SAGER, Lawrence G. **Religious freedom and the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

FABIANO, Ruy. **Mestre Gabriel, o mensageiro de Deus**. Brasília, UDV, 2012.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo, Atlas, 2001.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FREEMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. Trad. Álvaro de Vita. In: **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política, n. 32/94, 181/199. São Paulo, 1994.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**. 2ª edição. Trad. Claudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **A inclusão do outro – estudos de teoria política**. Trad. George Sperbe, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2ª ed., Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos Costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo, Martins fontes, 6ª ed., 2ª tiragem, 1999.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política contemporânea**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LABATE, Beatriz Caiuby. **A reinvenção do uso da ayahuasca nos centros urbanos**. São Paulo: Mercado de Letras, 2004.

LABATE, Beatriz e JUNGABERLE, Henrik. **The Internacionalization of Ayahuasca**. Berlin: Lit, 2011.

LABATE, Beatriz Caiuby; ROSE, Isabel Santana de; SANTOS, Rafael Guimarães. **Religiões Ayahuasqueiras: um balanço bibliográfico**. Campinas: Mercado de Letras, 2008.

LABATE, Beatriz. Paradoxes of ayahuasca expansion: The UDV–DEA agreement and the limits of freedom of religion. **In** *Drugs: Education, Prevention, and Policy*, 2012, Vol. 19, No. 1 : Pages 19-26. Disponível em <http://informahealthcare.com/doi/abs/10.3109/09687637.2011.606397>.

MACRAE, Edward. **Guiado pela Lua. Xamanismo e uso ritual da ayahuasca no culto do Santo Daime**. São Paulo, Brasiliense, 1992.

_____. A elaboração das políticas públicas brasileiras em relação ao uso religioso da ayahuasca. **In**: LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra; FIORE, Maurício *et all*. **Drogas e Cultura: nova perspectiva**. Salvador, Edufba, 2008.

_____; MOREIRA, Paulo. **Eu venho de longe. Mestre Irineu e seus companheiros**. Salvador: EDUFBA, 2011.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido Processo Legal Substantivo. Razão abstrata, função e características de aplicabilidade. A linha decisória da Suprema Corte Estadunidense**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madri: Editorial Trotta, 1998.

MCKENNA, D. J. Clinical investigations of the therapeutic potencial of ayahuasca rationale and regulatory challenges. **Pharmacology & Therapeutics**, 102: 111-129, 2004.

MCKIM, W. A. **Drugs and behavior: na introduction to behavioral pharmacology**. 6 ed. New Jersey: Prentice-Hall, 2007.

METZNER, Ralph. A Experiência da ayahuasca – ensinamentos dos Espíritos das Plantas Amazônicas. **In** METZNER, Ralph (organizador). **Ayahuasca: alucinógenos, consciência e espírito da natureza**. Rio de Janeiro, Gryphus, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*, 4ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Ética y derechos humanos – un ensayo de fundamentacion**. 2ª edición ampliada e revisada. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1989.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POWER, Samantha. **Genocídio: a retórica americana em questão**. São Paulo: Companhia das letras, 2004.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita e Luís Carlos Borges. São Paulo: Ática, 2011.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo, Martins Fontes, 3ª ed., 2008.

RESEK, J. F. **Direito internacional público: curso elementar**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Rafael Guimarães dos. Ayahuasca: neuroquímica e farmacologia. **Revista eletrônica Saúde Mental álcool e drogas**. Vol. 3, n. 1, artigo 6. 2007. Disponível em: <http://www2.eerp.usp.br/resmad/verArtigo.php?idioma=portugues&ano=2007&volume=3&numero=1&id=104>. Acesso em 18.04.2010.

SCHULTES, Richard Evans. El desarrollo historico de la identificacion de las malpigiaceas empleadas como alucinogenos. **América Indígena**, vol. XLVI, n. 1, enero-marzo, 1986. Instituto Indigenista interamericano insurgente sur. México, 1986.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1994.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TAYLOR, Charles. A Política de Reconhecimento. *In* **Multiculturalismo**: Lisboa: instituto Piaget, 1998.

TOCQUEVILLE, ALEXIS DE. **DEMOCRACIA NA AMÉRICA**. Trad. Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

TRIBE, Laurence e DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

VITA, Álvaro de. Democracia e Justiça. *In* VITA, Álvaro de e BORON, Atilio A. (orgs). **Teoria e Filosofia Política**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagree**. New York: (reprinted), Oxford university Press, 2004.

_____. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. **Ciência e Política – duas vocações**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A Crucificação e a democracia**. Trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.