

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ

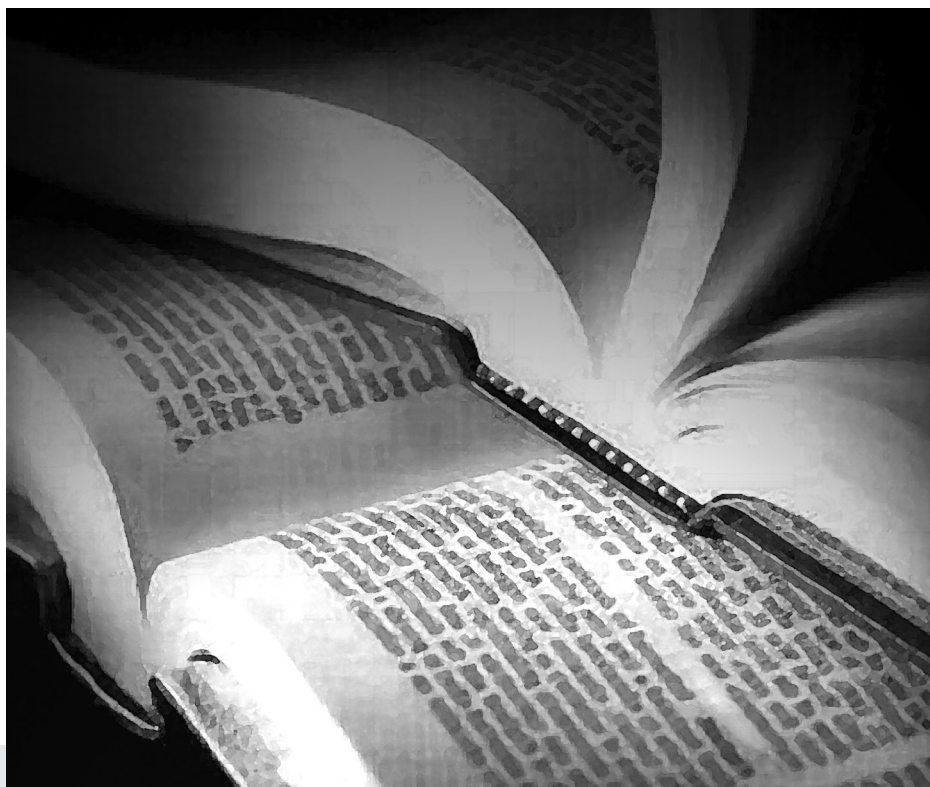
David Wilson de Abreu Pardo



Casos constitucionais em destaque: princípios fundamentais



SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



Casos constitucionais em destaque: princípios fundamentais

David Wilson de Abreu Pardo

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministro FELIX FISCHER

Presidente

Ministro GILSON DIPP

Vice-Presidente

Ministro Arnaldo Esteves Lima

**Corregedor-Geral da Justiça Federal e
Diretor do Centro de Estudos Judiciários**

Ministro Castro Meira

Ministro Humberto Martins

Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Desembargador Federal Sergio Schwaitzer

Desembargador Federal Newton De Lucca

Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler

Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima

Membros Efetivos

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Ministro Herman Benjamin

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Desembargador Federal Poul Erik Dyrland

Desembargadora Federal Maria Salette Camargo Nascimento

Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon

Desembargador Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira

Membros Suplentes

Eva Maria Ferreira Barros

Secretária-Geral

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



Casos constitucionais em destaque: princípios fundamentais

David Wilson de Abreu Pardo

Copyright © Conselho da Justiça Federal – 2013

Tiragem: 2.600 exemplares

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que citada a fonte.

As opiniões expressas pelos autores não são necessariamente reflexo da posição do Conselho da Justiça Federal.

EDITORAÇÃO

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Maria Raimunda Mendes da Veiga – Secretária

SUBSECRETARIA DE INFORMAÇÃO DOCUMENTAL E EDITORAÇÃO

Cyva Regattieri de Abreu – Subsecretária

COORDENADORIA DE EDITORAÇÃO

Edição e Revisão

Milra de Lucena Machado Amorim – Coordenadora

Ariane Emílio Kloth – Chefe de Edição e Revisão de Textos

Luciene Bilu Rodrigues – Servidora da Seção de Edição e Revisão

Vinicius Pereira Sales Caetano – Estagiário

Diagramação e arte-final

Alice Zilda Dalben Siqueira – Servidora da Seção de Programação Visual e Arte-Final

IMPRESSÃO

Coordenadoria de Serviços Gráficos da Secretaria de Administração do CJF

C341 Casos constitucionais em destaque : princípios fundamentais / [coordenador] David Wilson de Abreu Pardo. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

278 p. – (Série monografias do CEJ ; 16)

ISBN 978-85-8296-002-8

1. Direitos e garantias individuais. 2. Genética humana. 3. Anencefalia. 4. Liberdade de expressão. 5. Acesso à educação. 6. Liberdade de culto. I. Pardo, David Wilson de Abreu. II. Série.

CDU 342.7

SOBRE O COORDENADOR

David Wilson de Abreu Pardo é juiz federal na 1ª Região e professor adjunto de Teoria da Constituição e de Processo Constitucional no Curso de Direito da Universidade Federal do Acre.

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Pós-Doutorando (2012/2014) no Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília (CDS/UnB), com projeto de pesquisa sobre o direito dos povos indígenas à consulta prévia (Convenção OIT, n. 169).

COLABORADORES

Alberdan Camili Teles Júnior

Assessor na Justiça Federal do Acre

Bacharel em Direito na Universidade Federal do Acre

Amanda Ravena Martins Marques

Assessora na Justiça Federal do Acre

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Acre

Arnaldo Brasil Muniz

Assessor na Justiça Federal do Acre

Bacharel em Direito e Mestre em Educação pela Universidade Federal do Acre

Jair Araújo Facundes

Juiz Federal na Seção Judiciária do Acre

Membro do Grupo Multidisciplinar de Trabalho - GMT do Conselho Nacional Antidrogas - Conad

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Acre

Luma Ferreira da Silva Moura

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Acre

Maíha Kouzi Manasfi e Manasfi

Juíza de Direito no Estado do Acre

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Acre

Maria Penha Sousa Nascimento

Juíza de Direito no Estado do Acre

Pós-Graduada em Poder Judiciário pela FGV

Pós-Graduada em Direito Constitucional pela UFAC-UFMG

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Acre

Maureen da Silva Brandão

Assessora na Justiça Federal do Acre

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Acre

Nadine Michaelle da Silva Derze

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Acre

Neyarla de Souza Pereira

Assessora na Justiça Federal do Acre

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Acre

Valentina Maria Álvarez Catalán

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Acre

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
<i>David Wilson de Abreu Pardo</i>	
A VIDA HUMANA EM JULGAMENTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LEI QUE PERMITE A UTILIZAÇÃO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS E TERAPIA	23
<i>Alberdan Camili Teles Júnior</i>	
<i>Maria Penha Sousa Nascimento</i>	
<i>Valentina Maria Álvarez Catalán</i>	
A DIGNIDADE HUMANA EM JULGAMENTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO	61
<i>Maha Kouzi Manasfi e Manasfi</i>	
<i>Nadine Michaëlle da Silva Derze</i>	
<i>Neyarla de Souza Pereira</i>	
A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUAS AMEAÇAS: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO ELLWANGER (HC 82.424)	105
<i>Amanda Ravena Martins Marques</i>	
<i>Arnaldo Brasil Muniz</i>	
<i>Maureen da Silva Brandão</i>	
DIMENSÕES DA IGUALDADE: UMA DEFESA DA POLÍTICA DE COTAS RACIAIS PARA O ACESSO A INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR NO BRASIL	139
<i>Luma Ferreira da Silva Moura</i>	

CONSTITUIÇÃO E PLURALISMO: A PROTEÇÃO DO USO RITUAL DA AYAHUASCA (DAIME) PELA LIBERDADE RELIGIOSA	179
--	-----

Jair Araújo Facundes

INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional tem estado no centro da atenção do grande público. Em alguma medida, isso se deve aos controvertidos casos encaminhados ultimamente para apreciação do Supremo Tribunal Federal. Recorde da discussão em torno do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade que pretendia retirar a validade da autorização legal para pesquisas científicas com células-tronco embrionárias. Ou no caso que remete à Corte Suprema o pedido para tornar legalmente possível a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. No julgamento do *habeas corpus* que considerou crime de racismo a publicação de livros contendo mensagens antissemitas, racistas e discriminatórias. E na polêmica sobre os programas de ação afirmativa, no acesso ao ensino superior público mediante cotas, para quem é considerado negro.

Essas e outras polêmicas questões importam não só a juristas profissionais, mas mobilizam amplos segmentos da sociedade, com manifestações em revistas, congressos e seminários, artigos em jornal, comentários na internet, programas, debates, opiniões, entrevistas e reportagens de televisão. Não é difícil perceber porque as pessoas dão tanta importância a esses casos especiais. Eles envolvem temas de forte sentido prático e até existencial. Afetam convicções profundas e interesses diretos das pessoas, que, com as decisões proferidas, ou têm suas expectativas de comportamento confirmadas, ou, ao contrário frustradas. Na última hipótese, elas passam a rever planos de ação, a reformular posições, a protestar, ou, apenas, a se resignar. Os poucos casos enumerados indicam a intervenção do Direito Constitucional de maneira crucial e crescente na vida de todos.

A problemática pode ser vertida para a linguagem da teoria constitucional. Na prática do Direito Constitucional, em geral se trava uma disputa interpretativa acirrada sobre o sentido e aplicação de princípios fundamentais da estrutura básica da sociedade inscritos na Constituição

vigente. A decisão tomada em qualquer desses casos difíceis resulta na especificação de princípios a respeito dos quais até há certa concordância, na sociedade política. Por certo, os princípios dos direitos à **vida**, à **dignidade**, à **liberdade**, à **igualdade**, e ao **pluralismo** gozam de aceitação e **merecem** mesmo ser aceitos como bases da regulação pública em uma democracia constitucional. Porém, a especificação desses princípios em casos concretos não costuma usufruir a mesma unanimidade.

Por exemplo, muitos consideram que a decisão tomada pelo STF, no caso da autorização legal para pesquisas com células-tronco embrionárias, ao invés de estar baseada em algum princípio fundamental aceito por todos, agride, de maneira frontal, os direitos constitucionais à vida e à dignidade de um ser humano em formação. O exemplo abre espaço para a seguinte afirmação: geralmente, há controvérsia profunda quanto ao sentido de ideais constitucionais abstratos em casos específicos, de modo tal que as decisões judiciais dos casos em que o sentido desses ideais está em jogo podem afetar negativamente a convicção de parte do público de estar compartilhando a mesma ordem constitucional democrática.

O problema é mais bem delineado ao se aduzir que uma decisão constitucional tomada por uma corte judicial suprema não pode ser modificada por outro órgão estatal, ou mesmo pelo povo. No Brasil, vale a disposição segundo a qual compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Então, quando o órgão judicial supremo fixa o sentido de ideais constitucionais abstratos em casos específicos e controvertidos, parte do público não só discorda do conteúdo da decisão, como pode reclamar por não haver participado diretamente da deliberação vinculante. O certo é que interpretação e decisão judicial constitucionais são temas de grande relevância para o experimento democrático e para o reconhecimento dos direitos. Tanto a democracia quanto os direitos dependem em parte de tais procedimentos no Estado em que se pratica a revisão judicial.

Nesse relevante contexto, o estudo de casos constitucionais importantes aparece como linha de pesquisa necessária, com o propósito mais geral de examinar as razões que perpassam os julgados e sob o pano de fundo de justificativa atraente para o Estado constitucional democrático. E isso tem a sua devida importância social, pois a pesquisa acadêmica, na

área das ciências humanas especializadas, há de tentar contribuir para o processo de inclusão, salientando os mecanismos de avanço, ou apontando os eventuais entraves, na luta pela ampliação dos direitos fundamentais e pelo aprofundamento da vivência democrática. São esses, em linhas sumárias, o objetivo e a justificativa de pesquisa cujos resultados ora se apresentam.

A motivação decorreu do destaque alcançado pelo Poder Judiciário na definição dos direitos, em casos paradigmáticos cada vez mais complexos e recorrentes. Com essa postura, o Judiciário avoca para si um papel de protagonista da política constitucional. Um dos protagonistas. De todo modo, a pergunta inevitável é se a justiça constitucional está desempenhando bem o papel, seja na especificação mesma dos direitos, seja quanto aos limites institucionais de suas funções, nos marcos do Estado democrático.

Neste primeiro momento, a ideia foi trabalhar com casos envolvendo princípios fundamentais da Constituição que agasalham importantes direitos. A estratégia consistiu em selecionar, portanto, casos referindo os princípios dos direitos à **vida** [pesquisas com células-tronco embrionárias (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-0/DF, Relator Ministro Carlos Ayres Britto)], à **dignidade** [interrupção da gravidez de feto anencéfalo (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-8/DF, Relator Ministro Marco Aurélio Mello)], à **liberdade** [caso “Ellwanger” – liberdade de expressão em face da declaração judicial de constituir crime de racismo inafiançável e imprescritível o ato de escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (STF, *Habeas Corpus* n. 82.424/RS, Relator originário Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa)], à **igualdade** [cotas para alunos carentes, negros e minorias étnicas (indígenas) no acesso às universidades públicas estaduais do Rio de Janeiro (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.197/RJ, Relator atual Ministro Celso de Mello)], e ao **pluralismo** {uso religioso da *Ayahuasca* [*Gonzales v. Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*. 546 U.S. 1 (2006)]}.

Levando em conta os objetivos centrais da investigação, buscou-se avaliar se os direitos constitucionais definidos judicialmente ou levantados nos casos correspondem à melhor interpretação dos princípios funda-

mentais pertinentes e circunstâncias relevantes dos problemas; buscou-se, ainda, discutir a respeito dos limites institucionais da justiça constitucional decorrentes do princípio da separação dos poderes e da democracia, nos casos selecionados para estudo; em suma, o esforço feito foi no sentido de examinar a interpretação e a decisão judicial constitucionais dos casos, à luz de justificativa atraente para o Estado constitucional democrático.

Como dito, o primeiro aspecto relevante foi examinar a própria interpretação dos princípios fundamentais levantados nos casos e/ou decisões. No Estado constitucional democrático, importa avaliar se os direitos definidos judicialmente decorrem da melhor interpretação dos princípios fundamentais pertinentes e das circunstâncias relevantes do problema. Essa tarefa implica reconstruir argumentos centrais dos julgados e a doutrina jurídica do princípio elaborada pelo Judiciário em cada caso. Que dizem os princípios fundamentais dos direitos à **vida**, à **dignidade**, à **liberdade**, à **igualdade** e ao **pluralismo**, nos casos em que adquirem posição de destaque?

Observe que os cinco princípios mencionados estão entre aqueles considerados fundamentais, pela Constituição da República Federativa do Brasil. O direito à vida está textualmente estabelecido no art. 5º, *caput*, da Carta Constitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto na letra do art. 1º, III. Os direitos gerais de liberdade e de igualdade estão escritos também no art. 5º, *caput*, enquanto o princípio do pluralismo se encontra gravado no art. 1º, V. Apenas sob tal aspecto, a pesquisa já encontra sua justificativa, pois os artigos podem ser lidos como compondo uma doutrina articulada de importantes princípios constitucionais, a partir de uma base teórica comum (o liberalismo político igualitário; Rawls e Dworkin, principalmente).

Claro que cada caso não envolve somente um princípio. No caso da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, também é muito levantado o princípio do direito à vida, dentre outros princípios, e, no caso “Ellwanger”, fez-se uso recorrente do princípio da dignidade. A bem da verdade, todo julgamento, e de maneira especial um julgamento interpretativo de princípios abstratos, forma uma teia argumentativa complexa, em que razões várias são apresentadas, para sustentar conclusão específica. Seja como for, não é errado afirmar que cada caso põe em evidência um dado

princípio fundamental. Isso basta para afirmar que os casos envolvem a interpretação dos princípios antes enumerados, ou, ao menos, permitem examinar os seus argumentos com o objetivo de perscrutar qual interpretação do princípio destacado ali se encontra construída ou se pode construir. Via de consequência, a suposição é de que é possível descrever e avaliar a doutrina jurídica de cada direito. E quanto aos dois casos da lista que ainda não tinham sido julgados pelo Supremo Tribunal durante a pesquisa (interrupção da gravidez de feto anencéfalo e cotas para estudantes negros no acesso a universidades públicas), procurou-se examinar as suas possíveis interpretações, externando-se opinião favorável a uma delas.

Já a escolha de caso julgado pela Suprema Corte norte-americana tem uma razão adicional. A par de “o fato do pluralismo” ser dos mais complexos e de grande urgência, nas sociedades liberais democráticas de hoje, o caso diz respeito a uma prática religiosa originária do Estado do Acre e da Amazônia Ocidental. Curiosa é a circunstância de o único caso julgado por uma Corte estrangeira ter relação mais “direta e imediata” com a cultura amazônica. Importa saber se o uso de bebida psicoativa feita a partir de vegetais, como elemento constitutivo de prática religiosa distinta, merece proteção constitucional. Acredita-se que os argumentos utilizados pela Suprema Corte norte-americana podem ajudar a resolver o problema no Brasil, onde, surpreendentemente, a questão ainda não foi inteiramente esclarecida. Enfim, por meio de exercício que também toca ao direito comparado, o trabalho contribui para a melhor compreensão do direito ao pluralismo, na parte em que protege as diferentes culturas e grupos formadores da sociedade livre.

Destaca-se outra importante circunstância, ainda relacionada ao primeiro aspecto do trabalho. Têm sido feitas críticas severas ao modo de julgar do Supremo Tribunal. A divisão da tarefa consiste em atribuir a um ministro a preparação do caso e a exposição inicial de relatório e voto, podendo cada julgador, em seguida, apresentar a sua própria manifestação escrita individual. Críticos têm chamado a atenção para o fato de que esse procedimento resulta em onze julgamentos, dificultando a própria compreensão do que foi decidido pelo Colegiado. Nos casos controvertidos, como aqueles selecionados neste trabalho, a dificuldade aumenta, pela complexidade das matérias envolvidas. Portanto, enquanto se mantiver o

procedimento (já chamado por um autor de “sessão de leitura no Supremo”), avulta a necessidade de se reconstruir a interpretação da Corte, tentando dar coerência e sentido global à decisão. Ao examinar se os direitos definidos judicialmente nos casos decorrem da melhor interpretação dos princípios fundamentais pertinentes e circunstâncias relevantes do problema, o trabalho persegue esse objetivo correlato.

O segundo aspecto relevante da pesquisa tem a ver com o fato de que, quando é o órgão judicial supremo que fixa o sentido dos ideais constitucionais mais abstratos, em casos controvertidos, uma grande parte do público não só discorda do conteúdo da decisão, como também pode reclamar pelo fato de não haver participado diretamente da deliberação. Como dito, a interpretação constitucional e a decisão judicial constitucional são procedimentos de destacada relevância para o experimento democrático. Quando há controvérsia profunda sobre quais são os direitos, em circunstâncias problemáticas, deve o Judiciário constitucional ter a última palavra? Nos casos elegidos para estudo, quais os limites institucionais do Judiciário constitucional decorrentes do princípio da separação dos poderes e da democracia? Como se terá oportunidade de ler, alguns dos artigos vão considerar diretamente essas questões.

Convém tecer ainda algumas linhas sobre o método de abordagem na pesquisa. Partiu-se da constatação de que os cidadãos e juízes constroem os significados de uma Constituição pondo em marcha efetiva a atividade de verificar concretamente o que é permitido, exigido, proibido pelo direito constitucional. Isso implica tomar o direito constitucional como prática social argumentativa, que se torna totalmente compreendida quando se adota a perspectiva do participante. Foi necessário dispor da própria opinião sobre o que se julga um bom ou mau argumento no direito constitucional, para que ele se tornasse compreensível. Ou seja, foi preciso adotar o ponto de vista interno da prática do direito, para que esta se tornasse acessível; o ponto de vista do participante que tenta apreender a natureza da prática jurídica, associando-se a esta e examinando questões de acerto e verdade que também os demais participantes enfrentam. Assim, a pesquisa está comprometida com a prática jurídica examinada, assumindo como seus os problemas de correção e verdade levantados e enfrentados nos casos selecionados.

Não se tratou, pois, somente de recolher e catalogar os dados da argumentação travada pelos outros participantes do Direito Constitucional, ao enfrentarem as questões controvertidas, nos casos selecionados. Uma atitude interpretativa esclarecedora requer a reflexão crítica e a consequente construção de justificativa plausível para os elementos da prática social à qual adere. Esta não pode ser reafirmada pelo observador participante de maneira mecânica. No horizonte da modernidade, indispensáveis o exame crítico e a exposição convincente das razões para aderir a uma prática social. Essa reflexão resulta na elaboração de justificativa geral para os principais elementos da prática identificada, atribuindo-lhe valor, propósito ou princípio, que pode ser afirmado independentemente da mera descrição das regras estritas. Em outra etapa, possível reconstruir ou reformular a prática social, à luz dos propósitos que a justificam, para melhor servir à justificativa elaborada na fase anterior, testando sua validade.

Importa descrever, dessa maneira, os argumentos levantados pelos participantes da prática constitucional, ao enfrentarem as questões controvertidas, nos casos elegidos. Ao mesmo tempo, necessário levar em conta uma justificativa adequada para a vivência do Direito Constitucional, ou seja, indispensável enfrentar questões de fundamentação. E uma vez esclarecido o propósito do Direito Constitucional, discutir o que a prática social requer em circunstâncias concretas e renovadas se afigura bem mais produtivo. Ou seja, o observador-participante terá melhores condições discursivas para opinar sobre o que o Direito Constitucional bem interpretado exige nos casos selecionados para estudo.

Essa interpretação construtiva assume a forma de procedimento metodológico, com determinados passos analíticos: leitura e descrição das questões controvertidas nos casos selecionados, com reconstrução dos argumentos já ofertados pelas partes e juízes, no seu enfrentamento; discussão de justificativa atraente para o Estado constitucional, ou para valores básicos seus, a fim de dar conta dos elementos descritos na outra etapa, especialmente dos princípios fundamentais envolvidos nos casos elegidos; exame crítico das interpretações adotadas nas decisões e também acerca dos limites institucionais da justiça constitucional no Estado democrático. Esses momentos podem ser distinguidos analiticamente, mas o trabalho transita entre eles sem ordem pré-determinada.

A pesquisa foi eminentemente bibliográfica, requerendo em regra a coleta dos votos judiciais e, sempre que possível e necessário, de outras peças processuais relativas aos casos. Também foi preciso utilizar outros julgados constitucionais relacionados aos temas abordados nos casos examinados, tendo sido, ou não, referenciados por estes. A literatura abrange a teoria e o direito constitucionais, nacional e estrangeira. E as demais opiniões escritas sobre os temas dos casos foram levadas em consideração, mesmo que não propriamente jurídicas, se verificadas a pertinência e a relevância para o trabalho.

Como foi formado grupo de pesquisa, a execução exigiu distribuição dos casos entre os participantes, com formação de grupos menores, cada qual responsável por um caso específico. Em seguida, foram realizados encontros de trabalho, para apresentação dos resultados escritos em cada período. Assim, após a leitura inicial dos julgados e das peças processuais, foram realizadas reuniões de pesquisa e extensão, grupo a grupo. Em arremate, foram elaborados os artigos, com apresentação deste relatório final.

O primeiro artigo, intitulado *A vida humana em julgamento*, tem como pontos de partida a Lei n. 11.105/2005 (“Lei de Biossegurança”), que permitiu utilizar células-tronco embrionárias em pesquisas e terapia, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, movida em maio de 2005 pelo Procurador-Geral da República, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da lei. O Supremo Tribunal Federal concluiu os debates em 29 de maio de 2008 e, por maioria, julgou o pedido deduzido na inicial improcedente. No texto, os autores destacam que os diversos participantes da discussão defendiam o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, mas com visões diferenciadas, como é próprio das democracias pluralistas contemporâneas. Percorrem o caminho trilhado pelo guardião judicial da Constituição de 1988, diante da complexa questão, cotejando, no percurso, os fundamentos do julgado com abordagens da teoria constitucional acerca do ideal de justificação política nas sociedades contemporâneas marcadas pelo “fato do pluralismo” e sobre os limites institucionais do controle judicial de constitucionalidade, tendo em conta a democracia. Ao final, os autores concluem que “o julgado do STF sobre as células-tronco embrionárias demonstra o esforço de, em situa-

ções de profundo desacordo moral, fornecer à sociedade uma resposta de acordo com a Constituição, à luz de princípios e ideais aceitáveis para a razão humana”.

O artigo seguinte, intitulado *A dignidade humana em julgamento*, recorda que o direito à vida está expresso tanto na Constituição Federal de 1988 como nos tratados internacionais de direitos humanos. Adiciona que o Código Penal criminalizou a prática do aborto, admitindo, porém, duas exceções: o aborto necessário e o aborto sentimental. Com os avanços da medicina, surge nova hipótese autorizadora do aborto: a anencefalia, que consiste em uma malformação fetal que impossibilita a vida extrauterina. Depois, defende que a interpretação sistemática dos princípios constitucionais e da legislação infraconstitucional enseja a autorização da interrupção da gestação de fetos anencéfalos, destacando que o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF possibilita ao Supremo Tribunal Federal estabelecer a interpretação definitiva sobre a questão.

No terceiro artigo, cujo título é *A liberdade de expressão e suas ameaças*, o caso em destaque é o julgamento Ellwanger (HC 82.424), que exigiu da Corte Constitucional brasileira o pronunciamento acerca da extensão do direito à liberdade de expressão, quando seu exercício resulta em ofensas baseadas em preconceitos étnicos, religiosos, de gênero ou procedência, enfim, o que se convencionou denominar discurso do ódio. Os autores destacam que o julgamento evidenciou profundas divergências, não apenas a respeito dos fatos em exame na causa, se as manifestações de Ellwanger foram ou não preconceituosas; se veicularam ou não discurso ofensivo; mas, sobretudo, atinentes ao real significado que aquele direito assume na Constituição, se ele abrange a propagação de expressões dessa natureza. No trabalho, os principais argumentos que substanciaram tais divergências são esquadrihados, com o fito de verificar se e quais deles oferecem a melhor justificação para o direito à liberdade de expressão.

A bem articulada exposição feita pelos autores advoga a tese da proteção da liberdade de expressão em dupla camada. Por tal tese, afirmam que “a estratificação dos discursos políticos e não políticos, alçando a patamar superior de proteção os primeiros, consiste no modelo teórico de fundamentação da liberdade de expressão que melhor a justifica, e que,

ignoradas, em uma deliberação constituinte hipotética, as concepções de bem detidas pelos indivíduos, seria estatuída como regra constitucional”. Assim, considerando em adição que a “concepção tem como postulado a repulsa a discursos ofensivos, que ceifam o autorrespeito de suas vítimas em suas dimensões pública e privada”, a proibição do discurso do ódio é constitucional, “haja vista que a cooperação social só faz sentido se proporcionar benefício e respeito mútuo; que as liberdades fundamentais não devem ser ajustadas visando alcançar um sistema mais extenso dessas liberdades, mas permitir igualmente a todos as condições essenciais para a realização de fins e interesses particulares, respeitados os termos equitativos de cooperação social”.

Em *Dimensões da igualdade*, ações afirmativas são definidas como mecanismos temporários, cujo objetivo principal é a concretização do princípio da igualdade em sua face mais complexa, utilizando-se, para tanto, de diferenciações legalmente previstas, voltadas a indivíduos historicamente discriminados, para que estes possam ascender socialmente. Desde a implantação dessas medidas no Brasil, em especial a política de cotas raciais para ingresso em instituições públicas de ensino superior, muito se tem discutido sobre a legitimidade jurídica e social. Tal polêmica centra-se, entre outros pontos, principalmente na alegada violação ao princípio da igualdade. Com o trabalho, a autora pretende exibir diversos argumentos contra e a favor dessa modalidade de ação afirmativa, defendendo que a posição de discriminação e sub-representação ocupada pelos negros é real no cotidiano brasileiro e que, respeitada a realidade fática, o critério racial é legítimo para adoção de cotas nas universidades públicas, até porque a educação é o caminho para a ascensão, nos diversos setores da sociedade. Por isso, ao final, a autora defende que assim fosse julgada a ação que tramitava no Supremo Tribunal Federal e que atacava a atual política de cotas para os estudantes carentes ou negros, no acesso destes às universidades públicas estaduais do Rio de Janeiro (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.197/RJ).

O último texto constitui um trabalho monográfico amplamente documentado, intitulado *Constituição e pluralismo*, sendo seu autor Juiz Federal e Membro do Grupo Multidisciplinar de Trabalho do Conselho Nacional Antidrogas. O escrito se posiciona a favor da luta pelo reconhecimento

do uso ritual da *ayahuasca* (santo daime), enquanto religião de minoria, a partir da consideração de três decisões governamentais, no Brasil e nos Estados Unidos da América, incluindo-se o caso *Alberto R. Gonzales et al. v. o Centro Espírita Beneficente União do Vegetal et al.*, 546 U. S. (2006), julgado pela Suprema Corte norte-americana. Do ponto de vista teórico, a análise centra o seu foco no papel das liberdades e dos direitos básicos na proteção do pluralismo, no âmbito do Estado constitucional democrático e à luz da razão pública, afastando-se, portanto, das exigências avaliativas do que se convencionou chamar de multiculturalismo normativo.

Como explica o autor, para o multiculturalismo enquanto programa normativo, o Estado, diversamente daquilo que é postulado pelo liberalismo, “devia não só garantir as liberdades individuais, mas sim se envolver na proteção de identidades culturais de grupos, tomando medidas concretas em sua defesa”. Mas, como resume com clareza o texto, “o multiculturalismo, enquanto programa normativo que sustentava direitos a grupos culturais como algo distinto dos direitos dos demais membros da sociedade, foi acusado de estimular ou pelo menos não coibir práticas opressivas no interior de grupos culturais minoritários”. Por isso, a consideração dos “direitos como recurso discursivo” capaz de resolver corretamente a questão levantada pelo pluralismo.

Depois de um longo e fundamentado raciocínio, o arremate retoma todos os fios tecidos no caminho:

Se a *ayahuasca* é reconhecida como elemento central de uma prática religiosa de boa-fé, originada de longa tradição ameríndia, seu uso, nesses limites, não pode ser reprimido pela legislação que proíbe o uso de psicoativos, porque a liberdade de religião, como direito básico, ostenta posição preferencial no discurso político, não podendo ser suprimida pela deliberação majoritária. Ante a posição de supremacia que ostenta a liberdade religiosa, somente a demonstração concreta de que o exercício da prática provoca danos sociais justifica a restrição governamental. Todavia, mostra-se lícito adotar medidas que evitem o uso não religioso da *ayahuasca*, como consequência e cumprimento da decisão majoritária que instituiu a política pública sobre substâncias psicoativas, sem prejuízo de sua rediscussão e, se o caso, inclusão de novas hipóteses de uso seguro sob a perspectiva social.

A leitura integral do texto mostrará ao leitor a construção cuidadosa desse final. Aliás, todos os textos exibem o mesmo labor reflexivo e criterioso, revelando o esforço teórico coletivo comprometido com os móveis da pesquisa, conforme descritos no início da apresentação. Seus participantes estão de parabéns, sendo necessário agradecer ainda à Universidade Federal do Acre, que deu total apoio à execução do projeto, e também ao então Senador Tião Viana (AC), que garantiu recursos orçamentários para aquisição de acervo bibliográfico imprescindível para o trabalho, na área da teoria constitucional.

Resta esperar pela recepção/crítica do público, desejando uma boa leitura.

David Wilson de Abreu Pardo

Professor Adjunto de Teoria da Constituição e de Processo Constitucional
Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Acre
Coordenador do Projeto “Casos Constitucionais em Destaque”

PRIMEIRO ARTIGO

A vida humana em julgamento: o Supremo Tribunal Federal e a lei que permite a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas e terapia

Alberdan Camili Teles Júnior

Maria Penha Sousa Nascimento

Valentina Maria Álvarez Catalán

Introdução

Extrai-se do preâmbulo e do art. 1º, inc. V, da Constituição Federal, a opção da sociedade brasileira por uma democracia pluralista, que reconhece as tensões advindas das inúmeras e diferenciadas doutrinas religiosas, filosóficas e morais típicas das sociedades contemporâneas, nas quais não se afirma um consenso político substantivo abrangente, a alcançar todas as esferas da vida humana. A ausência de um consenso político abrangente é um fato, na medida em que as pessoas possuem visões distintas sobre valores, manifestando divergências radicais, especialmente sobre questões que envolvem dilemas morais profundos.

A possibilidade de usar, em pesquisas científicas e terapia, embriões não utilizados na fertilização *in vitro*, mantidos congelados, constitui exemplo emblemático da tensão oriunda da diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais típicas de uma sociedade plural moderna. Embora, a partir da modernidade, a investigação científica tenha se revelado um traço característico e permanente da experiência humana, não é fácil, por exemplo, conciliar a permissão das pesquisas científicas e terapia com células-tronco embrionárias com o princípio que protege a integralidade da vida humana, levando em conta as diversas visões apresentadas no debate público a respeito do tema, visões divergentes e que se pretendem razoáveis, no contexto de uma democracia constitucional pluralista.

Como se sabe, em meio às controvérsias, a Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, denominada “Lei da Biossegurança”, por meio do seu art. 5º, autorizou a realização de pesquisas e terapia com células-tronco extraídas de embriões humanos. Contudo, não obstante a opinião favorável da maioria dos representantes legislativos do povo brasileiro, a polêmica persistiu e o desacordo ensejou a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (a partir de agora, ADI) n. 3.510 pelo Procurador-Geral da República, prosseguindo assim o debate no Supremo Tribunal Federal. A ação foi julgada improcedente, mediante argumentos que se propuseram a justificar tanto o direito que a Constituição protege como a legitimidade do STF para declará-lo, sem menoscabo do regime democrático, mesmo diante do fato de a questão transcender os limites do texto legal e ter sido amplamente debatida no Poder Legislativo. A resposta oferecida pelo Poder Judiciário, no curso da recente história constitucional vivenciada pelo Brasil, a partir de 1988, enseja uma série de questionamentos sobre papel e limites de sua atuação, quando chamado a decidir questões de tal envergadura.

Posto assim o cenário da reflexão, a questão norteadora inicial do presente texto é quanto à razoabilidade da resposta dada pela Suprema Corte brasileira, na decisão, levando em conta as exigências de uma democracia constitucional pluralista.

E, ainda que razoável, há de se perguntar, também, se os fundamentos da resposta são oferecidos com respeito aos limites institucionais democráticos para atuação do Judiciário constitucional. Certamente a segun-

da questão pode ser relacionada à primeira, pois os limites democráticos de uma instituição não eleita têm a ver com o fato de a representação plural dos interesses e visões diversos, no congresso dos legisladores, alegadamente permitir o melhor equacionamento de problemas em que valores substantivos das partes estão em jogo. Se não por outro motivo, pelo simples fato de as partes estarem representadas de maneira ampla. Esse costuma ser um aspecto bem destacado por certos teóricos da democracia deliberativa, quando defendem o princípio da inclusão.

A estratégia de abordagem, no presente artigo, é fazer uma análise dos fundamentos do julgado eleito, com o propósito de se identificar pontos de convergência e/ou divergência seus com o ideal de justificação política próprio das democracias constitucionais marcadas pelo “fato do pluralismo” e com a estrutura institucional democrática de repartição dos poderes constitucionais. Isso pode permitir valorizar a decisão em si mesma, ou revelar alguma inconsistência de seus fundamentos, em face da estrutura mais geral do direito de uma sociedade que se autoproclama plural e democrática.

1 A controvérsia submetida a julgamento

1.1 Considerações iniciais sobre a questão

A chamada fertilização *in vitro*, método de reprodução assistida consistente na extração de diversos óvulos para serem fecundados por espermatozoides em laboratório, significou enorme avanço para a superação da infertilidade conjugal.¹ Desse processo resultam embriões viáveis e inviáveis, muitos dos quais, por não terem sido aproveitados nos respectivos procedimentos (“embriões excedentários”), acabam, então, perma-

1 Em meados do século XVI foi descoberta a existência das trompas de falópio; no século XVIII foram descobertos os espermatozoides; em 1770 descobriu-se a necessidade do contato entre o fluído seminal e o óvulo para a fecundação em mamíferos; em 1910 foi descoberta a conservação do sêmen, por resfriamento, fora do organismo; em 1969 foram obtidos embriões humanos por fecundação *in vitro*; em 25 de julho de 1978 nasceu a britânica Louise Joy Brown, o primeiro “bebê de profeta” do mundo; em 1984 nasceu, na Austrália, o primeiro bebê desenvolvido a partir de um embrião criopreservado (congelado); no dia 7 de outubro de 1984 nasceu Ana Paula Caldeira, a primeira brasileira fruto de uma fertilização *in vitro* (IORRA, 2008, p. 36).

necendo indefinidamente em bancos de congelamento de clínicas e laboratórios. No Brasil, no ano de 2006, existia nas 150 clínicas de reprodução assistida cerca de 10.000 embriões nessa situação (VALE, 2006, p. 1).

Embora as células-tronco não sejam encontradas apenas em embriões, somente estes possuem as células-tronco denominadas totipotentes e pluripotentes (ou multipotentes), as quais têm a capacidade de se diferenciar em quaisquer dos 216 tipos de tecidos que compõem o corpo humano, exceto as últimas, que não se diferenciam na placenta e nos anexos embrionários. Tais células, que podem ser extraídas até três semanas após a fecundação, diante da capacidade que possuem, despertaram o interesse da comunidade científica, que vê nelas a possibilidade de cura de patologias graves que acometem milhares de brasileiros.²

A possibilidade de realização de pesquisas e terapia com células-tronco embrionárias fez eclodir um intenso debate público no País, que culminou na edição da Lei n. 11.105/2005. Fruto da iniciativa do Presidente da República, o Projeto de Lei n. 2.401/2003 percorreu um longo itinerário até sua transformação na “Lei de Biossegurança”, envolvendo audiências públicas, discussões plenárias, sustentações orais e passagens por diversas comissões em ambas as Casas congressuais. Ao final, restou aprovado mediante expressiva votação: 53 votos a 2, no Senado Federal, e 366 a 59, na Câmara dos Deputados, sendo sancionada em 14 de outubro de 2004.

No que trata especificamente das pesquisas com células-troncos embrionárias, dispôs a Lei n. 11.105/2005 nos seguintes termos:

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisas e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

-
- 2 “Dentre as patologias cuja cura pode resultar das pesquisas com células embrionárias podem ser citadas, por exemplo, as atrofia espinhais progressivas, as distrofias musculares, as ataxias, a esclerose múltipla, as neuropatias e as doenças de neurônio motor, o diabetes, o mal de Parkinson, síndromes diversas (como as mucopolisacaridoses ou outros erros inatos do metabolismo). Todas elas constituem doenças graves, que causam grande sofrimento a seus portadores. [...] No Brasil, entre 10 a 15 milhões de pessoas têm diabetes; 3% - 5% da população têm doenças genéticas que podem ser congênitas ou ter início na infância ou na idade adulta; surgem entre 8.000 e 10.000 novos casos de lesão medular por ano (paraplegia e tetraplegia)” (BARROSO, 2007, p. 245-246).

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.424, de 4 de fevereiro de 1997.

Não obstante o contexto de surgimento e de deliberação, o permissivo legal teve sua constitucionalidade questionada pela Procuradoria-Geral da República, por meio da ADI n. 3.510, sob a alegação de ser contrário à inviolabilidade do direito à vida (CF, art. 5º, *caput*) e ao postulado da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), eis que, segundo o proponente da ação, “[...] a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação” (BRASIL, 2008-b, p. 10).

Em sede de informações, o Presidente da República defendeu a constitucionalidade do texto impugnado, enquanto o Chefe do Ministério Público Federal, atuando na condição de fiscal do Direito, concluiu pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais vergastados.

O ministro relator, além de admitir como “amigos da corte” (*amici curiae*) entidades da sociedade civil brasileira³, convocou a primeira audiência pública da história da Corte Constitucional brasileira, efetivamente realizada no dia 20 de abril de 2007⁴. Foram ouvidos diversos especialistas,

3 Foram admitidas as seguintes entidades: Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos - CDH; Movimento em Prol da Vida - Movitae, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - Anis; e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil.

4 A possibilidade de realização de audiências públicas pelo STF foi introduzida pela Lei n. 9.868/1999. Segundo o art. 9º, § 1º, deste diploma, “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existente nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

contrários e favoráveis à realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, que expuseram posicionamentos discrepantes sobre o marco inicial da vida humana.

Com esse pano de fundo, o STF finalmente enfrentou a questão, fazendo as mais diversas considerações de ordem jurídica, científica, política e moral. Neste artigo, importa reconstruir os argumentos centrais lançados pela Corte para, em seguida, expô-los à avaliação, como se propôs no início. É o que se fará a partir de agora.

1.2 Alguns argumentos dos ministros

O Ministro Carlos Britto, relator do feito, após realçar em sua exposição preliminar a importância da admissão dos diversos *amici curiae* e da audiência pública realizada para o deslinde da controvérsia submetida a julgamento, delimitou as duas correntes de opinião envolvidas na causa: a primeira, contrária às pesquisas, defendendo que a vida humana começa na fecundação e que as células-tronco embrionárias não possuiriam virtualidades superiores às das células-tronco adultas; a segunda, favorável aos expedientes científicos, sustentando que o embrião produzido *in vitro*, embora algo vivo, não se equipararia àquele evolvente nas estranhas da mulher, ressaltando, ainda, a maior plasticidade das células-tronco obtidas em embriões em relação àquelas extraídas de células adultas.

No voto propriamente, destacou o ministro a desnecessidade de fixação do termo inicial da vida. Segundo ele, a questão residiria em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito, salientando que os embriões referidos pela “Lei de Biossegurança”, além de produzidos sem cópula humana, não se fariam acompanhar de uma gestação, inexistindo, portanto, interrupção de gravidez. Lembrou que o embrião humano a que se reporta o art. 5º da lei constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, estando o mencionado dispositivo legal em perfeito paralelo com a Lei n. 9.434/97 e com a Constituição Federal (art. 199, § 4º). Em arremate, destacou o compromisso da Constituição-cidadã com o direito à saúde e com a Ciência enquanto ordem de conhecimento que se eleva à dimensão de sistema e garante a livre expressão da atividade científica.

A Ministra Ellen Gracie, que também votou pela improcedência do pedido formulado na ação direta, depois de esquadriñar as condições estabelecidas pela Lei 11.105/2005 para o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas e terapia, entendeu que a matéria fora disciplinada com cautela e razoabilidade, motivo pelo qual não haveria, no permissivo vergastado, ofensa à dignidade humana. Ademais, “a improbabilidade de utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos” afastaria, consoante à magistrada, a alegação de menoscabo do direito à vida. Ressaltou, ainda, a aplicação ao caso do “princípio utilitarista”.

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, considerou deficiente o tratamento legislativo dado à matéria, notadamente no que concerne à indeterminação do conceito de inviabilidade embrionária e ao grau de consentimento dos genitores exigido pela lei. Enfatizou a importância do estabelecimento de limites éticos e jurídicos à atuação científica, alertando quanto a possíveis interesses econômicos subjacentes às pesquisas em debate. Tais limites, de acordo com o ministro, evitariam a “coisificação” ou “reificação” do homem. Ao final, votou pela procedência parcial do pedido deduzido na inicial para, sem redução do texto, conferir à norma os ajustes que entendeu necessários.

A Ministra Cármen Lúcia teceu, inicialmente, algumas considerações sobre a legitimidade do tribunal para julgar a causa. No mérito, aduziu que, considerando a impossibilidade de os embriões referidos na lei transformarem-se em vida, seja porque não implantados em um útero, seja porque inviáveis ou congelados por tempo superior ao estabelecido na norma, não caberia falar em vida, nem em direito que pudesse ser violado. Assim, concluiu que as células-tronco embrionárias deveriam ser tidas como uma das substâncias humanas que a Constituição da República, em seu art. 199, §4º, permite a manipulação visando ao progresso científico da humanidade e à melhoria da qualidade de vida dos povos.

Somando-se aos que votaram pela improcedência da postulação ministerial, o Ministro Joaquim Barbosa assinalou, em suas colocações preliminares, que a lei hostilizada resultou de “[...] debate social próprio de questões dessa natureza, que é o Congresso Nacional”, afirmando

que a norma respeitava os três primados fundamentais da República: a laicidade do Estado brasileiro (CF, art. 19, inc. I), traduzida também no respeito à liberdade de crença e religião (art. 5º, inc. VI); o respeito à liberdade, na sua vertente de autonomia privada (art. 5º, *caput*); e o respeito à liberdade de expressão da atividade intelectual e científica (art. 5º, inc. IX). A seu ver, o permissivo legal traduziria opção que alia a proteção da vida num sentido mais amplo e coletivo, conciliando-a com o desenvolvimento científico.

O Ministro Eros Grau, em sentido análogo às formulações de Lewandowski, alertou para a existência de interesses mercadológicos entre os defensores das pesquisas em causa. Em seguida, com base em dispositivos da lei civil⁵, asseverou que o embrião, no sentido literal da palavra (“ser em processo de desenvolvimento vital”), faz parte do gênero humano, de maneira que as pesquisas em comento afrontariam o direito à vida e à dignidade humana. Todavia, lembrou que, no contexto da Lei n. 11.105/2005, “embrião é óvulo fecundado fora de um útero”, marginalizado, portanto, do processo de desenvolvimento vital. Firme nesse fundamento, entendeu que nestes embriões não haveria vida nem dignidade a serem protegidas. Não obstante essa conclusão, o magistrado defendeu – considerando a “amplitude da permissão” veiculada pelos preceitos sindicados (“permissão concedida sob mínimas reservas”), a necessidade de o Supremo estabelecer limites às pesquisas autorizadas pela “Lei de Biossegurança”, implementados mediante a prolação de decisão aditiva.

Ao seu turno, pontificou o Ministro Cezar Peluso que a vida é um processo, em que o ser se move sem a interferência de estímulos externos. No entanto, tal procedimento não ocorreria com o embrião congelado, porquanto não inserido em útero materno. Assim, para o Ministro, “[...] a fixação do óvulo fecundado na parede uterina é condição *sine qua non* de seu desenvolvimento ulterior e, como tal, constitui critério de definição do início da vida, concebida como *processo* ou *projeto*”. Não obstante o posicionamento de que o embrião congelado não tem vida, o ministro susten-

5 O ministro referenciou, expressamente, os arts. 2º, 542, 1.621, 1.798 e 1.799, todos do Código Civil de 2002, dando especial realce ao primeiro dos dispositivos, segundo o qual “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

tou que o fato de ser matéria-prima capaz de originar um ser humano lhe conferiria dignidade.

O Ministro Marco Aurélio, de plano, aprofundou a impropriedade do emprego da técnica de interpretação conforme ao caso em exame, pois que, além de ausentes seus pressupostos (texto legal ambíguo e ditame constitucional de alcance incontroverso), haveria o risco de o STF assumir o papel de legislador positivo. No mérito, assentou que o legislador ordinário teria disciplinado a questão com zelo, ressaltando o sentido de solidariedade expresso na norma que autorizou as pesquisas com células embrionárias ao fomentar o avanço científico na descoberta de cura para diversas doenças. Ofertou voto pela improcedência do pedido formulado na inicial.

O Ministro Gilmar Mendes, ao prolatar o último voto do julgamento, destacou, inicialmente, a legitimidade da decisão tomada pela Corte, aduzindo que a admissão dos diversos *amici curiae*, a audiência pública realizada, bem como a intervenção do Ministério Público e das advocacias pública e privada, fizeram do STF um espaço democrático, “aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral”. Também afastou a necessidade de fixar o início o fim da vida humana. Para ele, a questão consistiria em saber, à luz do princípio da proporcionalidade, se a Lei 11.105/2005 teria regulado a matéria “com a prudência exigida por um tema ético e juridicamente complexo, que envolve diretamente a própria identidade humana”. Após comparar o texto impugnado com a legislação análoga de outros países, reputou deficiente o tratamento conferido pela lei brasileira às pesquisas, mas assentou que a declaração da inconstitucionalidade da norma ensejaria vácuo normativo mais danoso à ordem jurídica e social, propondo fosse ela interpretada conforme a Constituição.

1.3 Síntese da controvérsia

Como exibidos, os argumentos dos ministros repercutem posicionamentos divergentes anteriores, que se pretendiam verdadeiros, mas sem indicativo de consenso. Ciência, religião, filosofia, ética e moral confrontaram-se novamente, depois do debate público anteriormente travado no colégio de representantes legislativos. Para a indagação, profunda e controversa, sustentavam posicionamentos divergentes. Quando se inicia a vida?

Para os concepcionistas, a simples fusão dos gametas masculinos e femininos – independentemente da viabilidade do ser concebido, do modo e do ambiente onde isso ocorra – é suficiente para o surgimento da vida, a qual não pode ser sacrificada em benefício da coletividade. Nesse sentido, a retirada de células-tronco de embriões consistiria numa espécie de aborto, violando, a mais não poder, o direito à vida e à dignidade humana. A essa corrente filiou-se a maior parte dos grupos religiosos brasileiros.⁶

Para outros, contudo, o termo inicial da vida humana coincide com a nidação, ou seja, com a fixação do óvulo fecundado no útero da mulher (sexto ou sétimo dia após a concepção). Somente neste instante, identificado, tecnicamente, como o início da gravidez, surge a real possibilidade do embrião tornar-se pessoa humana, razão por que haveria plena compatibilidade entre as referidas pesquisas e o direito à integridade da vida.

De acordo com uma terceira vertente, a vida somente tem início com o surgimento do sistema nervoso central, que ocorre por volta do décimo quarto dia após a fecundação. Como os embriões disciplinados pela Lei n. 11.105/2005 tiveram seu processo de desenvolvimento interrompido em momento anterior àquele lapso temporal, não haveria ofensa ao direito à vida nas pesquisas com células-tronco.

Vale registrar, finalmente, a posição natalista, pela qual o embrião constitui apenas parte das vísceras maternas, sem desfrutar, ainda, da condição de pessoa. O ser humano, segundo eles, surge apenas com o nascimento com vida. Também por esta visão restariam infirmadas as alegações contrárias aos expedientes científicos em análise.

6 Conforme registra Barroso (2007, p. 251), “esta é a posição defendida pela *Congregazione per la Dottrina della Fede*. No documento intitulado *Il rispetto della vita umana nascente e La dignità della procreazione*, de 1987, tal entendimento é afirmado: ‘Assim, o fruto da geração humana, a partir do primeiro momento de sua existência, isto é, a partir do primeiro momento em que o zigoto é formado, exige o respeito incondicional que é moralmente devido ao ser humano em sua totalidade corporal e espiritual. O ser humano deve ser respeitado e tratado como uma pessoa a partir do momento da concepção; e então, a partir do mesmo momento, seus direitos como uma pessoa devem ser reconhecidos, dentre os quais, em primeiro lugar, o direito inviolável de todo ser humano inocente à vida. Esta lembrança doutrinária prevê o critério fundamental para solução de vários problemas levantados pelo desenvolvimento das ciências biomédicas neste campo: como o embrião deve ser tratado como uma pessoa, deve ser também defendido em sua integridade, cuidado e protegido, à máxima extensão possível, da mesma forma que qualquer outro ser humano no que se refere à assistência médica. [...]’

Nessa quadra, ficou o STF diante de controvérsia que parecia reclamar a definição do início da vida, com a difícil missão de explicitar os princípios de justiça que todas as doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis pudessem aceitar, apesar de suas posições divergentes.

No caso, além de dizer que descabia para solução da controvérsia a definição do início da vida, o tribunal afirmou que os embriões de que trata a lei impugnada não se equiparam ao nascituro. Assentou, ademais, que a norma – tal como legislativamente disposta –, respeitava o laicismo do Estado, a autonomia privada do casal sobre o embrião e suas convicções morais e religiosas, a solidariedade intergeracional, o direito à saúde e a livre expressão da atividade científica.

Todos esses pontos foram referenciados pelos ministros do STF, valendo o esforço de tentar responder às seguintes indagações, a partir da reconstrução daqueles argumentos: considerando a exigência de razoabilidade do poder estatal em uma sociedade pluralista, resolveu bem a Suprema Corte a controvérsia submetida a julgamento? E ainda que se possa concordar quanto à razoabilidade do pronunciamento judicial, os argumentos do julgado enfrentaram adequadamente o problema, do ponto de vista democrático-institucional? Estas questões exigem algumas notas prévias sobre a razão pública em uma sociedade pluralista e sobre a divisão de competências entre os Poderes, no Estado democrático.

2 Razão pública em uma sociedade pluralista

A visualização de uma sociedade pluralista é dada pela descrição de duas organizações políticas: uma comunidade na qual a fidelidade a uma doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente é uma condição de per tença plena; outra sociedade na qual não existe consenso abrangente e, sendo seus membros livres e iguais, o projeto nacional envolve o compromisso de expressar essa liberdade igual no arranjo de instituições e escolhas coletivas.⁷ A descrição em destaque é feita por Joshua Cohen, ao pontuar que a sociedade pluralista se insere na segunda ordem. Cohen

7 Uma doutrina expressa uma visão de mundo e da vida de uns com os outros. É abrangente quando se refere à vida como um todo (RAWLS, 2000).

elabora a distinção em texto a favor da democracia deliberativa como a forma de legitimação do poder político mais “condizente com o tipo de diferenciação humana apreendida no ‘fato do pluralismo razoável’ – o fato de que há concepções de valor distintas, incompatíveis, cada uma razoável, segundo as quais as pessoas se sentem sob condições favoráveis para o exercício de sua razão pública”. (COHEN, 2007, p. 116).

Se na sociedade pluralista os cidadãos livres e iguais estão profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais conflitantes e até incompatíveis, Cohen defende uma versão de democracia deliberativa, cuja parte essencial não é o voto, mas a exigência de razões que outros a serem governados possam aceitar. O autor não aceita que a legitimidade democrática do poder estatal, a partir da igual consideração dos interesses de cada membro, decorra simplesmente de ter sido a decisão autorizada pelo voto. O debate deliberativo deve tomar a melhor decisão, a partir de razões que possam contar com aprovação de todos.

Essa versão de democracia descrita por Cohen, que põe em foco o ideal de justificação política mediante argumentação pública livre entre iguais, em uma sociedade pluralista, tem manifesta origem na concepção política de justiça defendida por John Rawls. Como se sabe, para Rawls, o “fato do pluralismo razoável” é uma característica permanente das sociedades democráticas contemporâneas, nas quais convivem doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes que, embora razoáveis, são incompatíveis entre si. Em tais sociedades, uma doutrina abrangente, ainda que razoável, não pode garantir a base da unidade social, nem oferecer o conteúdo da razão pública sobre questões políticas fundamentais. Além de essa não ser uma alternativa razoável, os conflitos seriam insolúveis.

A ideia de razão pública é a chave da concepção política de justiça descrita por Rawls, tendo aplicação exatamente nas questões que envolvem elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica, ou seja, questões da estrutura básica de uma sociedade pluralista:

A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* da cidadania igual. O objeto dessa razão é o bem do público: aquilo que a concepção política de justi-

ça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos e fins a que devem servir. Portanto, a razão pública é pública em três sentidos: enquanto a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público: seu objeto é o bem do público e as questões de justiça fundamental; e sua natureza e conceitos são públicos, sendo determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade e conduzidos à vista de todos sobre essa base. (RAWLS, 2000, p. 261-262)

De acordo com interpretação corrente, a razão pública segundo Rawls prescreve que a argumentação política “apele unicamente para as crenças gerais e para as formas de argumentação aceitas no momento presente e encontradas no senso comum, e para os métodos e conclusões da ciência, quando estes não são controvertidos” (SOUZA NETO, 2006, p. 115). E mais: o ideal de razão pública deve guiar os três Poderes em seus atos e pronunciamentos sobre questões que envolvam elementos constitucionais essenciais e de justiça básica. Fora dessas hipóteses, até haveria espaço para as maiorias parlamentares decidirem de acordo com determinada doutrina abrangente, ainda que essa possibilidade não se estenda ao Judiciário constitucional, pois:

[...] os juízes têm de explicar e justificar suas decisões como decisões baseadas em sua compreensão da constituição, de estatutos e precedentes relevantes. Como os atos do legislativo e do executivo não precisam ser justificados dessa maneira, o papel especial do tribunal faz dele um caso exemplar de razão pública (RAWLS, 2000, p. 265).

Comentando a conclusão de Rawls sobre a imprescindibilidade da razão pública no exercício da jurisdição constitucional, afiança Souza Neto:

Para que a jurisdição constitucional seja exercida sem comprometer a cooperação social, “os juízes não podem invocar sua própria moralidade particular”; não podem recorrer, ao justificarem suas decisões, a “visões religiosas ou filosóficas”. O fundamento das decisões judiciais deve se limitar aos valores políticos que os magistrados “julgar fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública”. Tais valores são aqueles que “todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem. Essa restrição faz do Judiciário um “caso exemplar de razão pública”. Por isso, a corte constitucional “harmoniza-se com a ideia de democracia constitucional dualista”. Ao aplicar a razão pública, o tribunal evita que “a lei seja corroída pela legislação

de maiorias transitórias ou, mais provavelmente, por interesses estreitos, organizados e bem posicionados, muito hábeis na obtenção do que querem”. (SOUZA NETO, 2006, p. 121-122).

A ideia de razão pública em uma sociedade constitucional pluralista, portanto, fornece a base da legitimidade do poder político em geral, poder esse que se traduz no uso da coerção, não sendo razoável e nem factível sustentar tal legitimidade em uma doutrina abrangente. Não seria razoável, pois significaria menosprezo das outras doutrinas abrangentes, caracterizando, dessa forma, violação clara ao princípio da igualdade. Não haveria justiça. Não seria factível, porque os conflitos decorrentes do privilégio seriam insolúveis, como ensina a história. Não haveria estabilidade social, a sociedade não seria possível.

Insistindo: numa sociedade democrática, a razão pública é a razão de cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo sobre os outros, ao promulgar leis e emendar a Constituição. Aplica-se aos elementos constitucionais essenciais e às questões de justiça básica, quando os cidadãos atuam na argumentação política no fórum público a respeito desses temas. Sendo razoáveis e racionais, os cidadãos devem assim atuar, ou seja, devem estar dispostos a explicar a base de suas ações uns para os outros em termos que cada qual razoavelmente espere que outros possam aceitar, por serem coerentes com a liberdade e igualdade dos cidadãos (RAWLS, 2000, p. 263-267). As questões de justiça básica têm a ver com a estruturação das principais instituições políticas, sociais e econômicas da sociedade, como um sistema unificado de cooperação social. Já os elementos constitucionais essenciais se traduzem nos princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político e nos direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar (RAWLS, 2000, p. 277).

As decisões judiciais que tratam dos elementos constitucionais essenciais, em uma sociedade pluralista, dessa maneira, também devem apelar para razões públicas, e não para razões não públicas. Haveria um comprometimento da cooperação social, por violação da justiça (igualdade) e risco de desintegração, se a discussão sobre os elementos consti-

tucionais apelasse para doutrinas religiosas e filosóficas abrangentes. A integração social justa apenas se torna possível com a justificação política do poder coercitivo ancorada na razão pública.

Essas ideias oferecem diretrizes importantes para o exame de deliberações sobre questões fundamentais em uma sociedade pluralista, como pode ser visualizada a deliberação sobre a utilização de embriões humanos em pesquisas e terapias. E sobre tal ponto se voltará mais adiante. Antes, porém, algumas notas prévias sobre a democracia e o problema que surge com a previsão de controle judicial de constitucionalidade das leis.

3 Controle judicial de constitucionalidade e democracia

Como já se disse, a propositura da ADI 3.510 colocou o STF diante de uma questão extremamente complexa. Afora a multiplicidade de aspectos envolvidos na causa (jurídicos, religiosos, científicos, éticos e morais), havia, ainda, um ponto institucional em discussão: a legitimidade do tribunal para syndicar a decisão política substantiva tomada pelo Congresso Nacional, num contexto de profundo e genuíno desacordo moral na sociedade.

Como se proclama, em um regime democrático todo o poder advém do povo, que constitui, a um só tempo, fundamento e destinatário da atuação estatal. O povo é, simultaneamente, autor e destinatário do direito. A Constituição de 1988 incorpora expressamente esta ideia ao estabelecer em seu art. 1º que o Brasil é um “Estado Democrático de Direito”, para dispor, logo em seguida, “que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, nos termos nela previstos.

No adimplemento do múnus da representação popular, compete ao Parlamento a feitura das normas que devem reger a vida em sociedade. Como bem o disse Conrado Hübner Mendes, “a democracia se apropriou do Parlamento para ecoar e concretizar a soberania popular, seu principal fundamento ideológico” (MENDES, 2008, p. 21). Nesse sentido, a instituição parlamentar é um espaço pluralístico por excelência, a sede natural

de discussão e equacionamento dos diversos anseios, concepções e proposições conflitantes jacentes na tessitura social.

A constatação de que as leis derivam de uma atividade que expressa o exercício da própria soberania popular causa certo estranhamento quando se verifica a possibilidade de um tribunal, composto por membros não eleitos, invalidar as decisões congressuais insertas na legislação. Tal possibilidade, de acordo com o referido autor, “[...] soa incompatível com a premissa [...] segundo a qual numa democracia ‘decidimos em conjunto, respeitando a igual autonomia e *status* de todos os cidadãos’” (MENDES, 2008, p. XXV).

Com efeito, o controle judicial de constitucionalidade das leis tem sido identificado por parte dos teóricos do direito constitucional como algo essencialmente traumático em um regime democrático. Expressões como “dificuldade contramajoritária” (Alexander Bickel) e “paradoxo da democracia constitucional” (Frank I. Michelman) procuraram dar conta das implicações político-institucionais que circunscrevem a prática da revisão judicial.

De um modo geral, a defesa do controle jurisdicional de constitucionalidade é fundamentada nas ideias de supremacia constitucional e proteção de direitos fundamentais. Argumenta-se que não seria prudente deixar ao completo arbítrio dos legisladores, indivíduos movidos por paixões e egoísmos, a resolução de questões relacionadas a direitos e princípios. Haveria, nesta hipótese, sempre o risco de serem desrespeitados os direitos de minorias, de instalação de uma tirania da maioria. A Constituição seria inelutavelmente desfigurada.

Nesta ordem de ideias, somente com o estabelecimento de um mecanismo rígido de fiscalização do labor legislativo, executado por indivíduos distanciados da vida política ordinária e não sujeitos às pressões populares, poder-se-ia assegurar a observância dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e, por conseguinte, da própria Carta Política. A revisão judicial seria, nesse diapasão, “o corolário institucional imediato” (MENDES, 2008, p. 10).

As cores lúgubres com que foram pintadas a legislação – verificáveis em descrições nas quais a atividade legislativa aparece como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses

e procedimentos eleitorais – serviram, consoante Waldron, para endossar e dar credibilidade à ideia de revisão judicial das leis. É o que, observa o autor, “construímos [...] um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato da má fama do legislar” (WALDRON, 2003, p. 2). E prossegue:

[...] As pessoas se convenceram de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados de couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, seriam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter. (WALDRON, 2003, p. 5).

Mas haveria realmente razões profundas para sustentar a visão generalizada a que se refere Waldron? Que motivos levam a crer que os magistrados seriam pessoas especialmente vocacionadas à proteção de direitos e, os legisladores, indivíduos incapazes de transcender os próprios interesses? Guilherme Soares oferece uma descrição interessante do pensamento daqueles que identifica como críticos da teoria constitucional:

[...] A teoria constitucional quer justificar o controle judicial de constitucionalidade das leis por ser esta uma forma de evitar o arbítrio do legislador, ou das maiorias populares, que tendem a deliberar preocupados exclusivamente com seus próprios interesses. Mas, se esse egoísmo, que inspira um mecanismo judicial de contenção, é algo intrínseco ao indivíduo liberal, não há razão para imaginar que os juízes, indivíduos liberais tanto quanto quaisquer outros cidadãos, serão menos egoístas e orientados pelos próprios interesses do que todas as outras pessoas. (SOARES, 2006, p. 95).

De fato, a própria história parece oferecer elementos concretos desfavoráveis a essa visão “messiânica”⁸ do controle judicial de constitucionalidade das leis. Em *Dred Scott v. Sanford*, por exemplo, a Suprema Corte

8 O adjetivo foi empregado por Conrado Hübner Mendes na obra *Controle de constitucionalidade e democracia*. Para o autor, a versão messiânica do controle jurisdicional de constitucionalidade está presente em descrições nas quais a prática da revisão judicial é identificada como “última trincheira do cidadão”, “a reserva de justiça da constituição”, dentre outras. (MENDES, 2008, p. XXVI).

Americana invocou a cláusula do devido processo legal (*due process of law*)⁹ para invalidar o *Missouri Compromise Act*, uma lei que assegurava aos escravos, em situações específicas, o direito à liberdade. No caso, a Corte entendeu que a aplicação do referido estatuto possibilitaria que um cidadão, o proprietário do escravo, fosse privado de seus bens e de sua propriedade, o escravo, sem o devido processo legal. Além disso, o tribunal afirmou que, na condição de escravo, Dred Scott não possuía legitimidade para pleitear em juízo sua liberdade.

Tendo em conta esse cenário complicado, alguns sustentam que o controle judicial de constitucionalidade das leis configura uma prática antidemocrática, pois possibilitaria a uma minoria não eleita (portanto, não representativa) invalidar as decisões tomadas pela maioria democraticamente escolhida, os representantes legislativos. Permitir aos juízes revisar as decisões substantivas do Parlamento seria, nessa ordem de ideias, subestimar o *status* igualitário dos cidadãos, com sério risco de substituição da soberania popular pela judicial.

Para outros, contudo, este não seria o entendimento mais adequado do problema. A visualização do controle de constitucionalidade das leis como uma manifestação antidemocrática decorreria da confusão entre democracia e majoritarismo. Democracia, nessa perspectiva, não poderia ser definida apenas em termos procedimentais, reduzida à simples regra da maioria (à “premissa majoritária”, no dizer de Dworkin). Pelo contrário. Uma compreensão adequada exigiria a inserção de elementos substantivos, que a colocasse igualmente dependente de procedimentos e resultados.

A alocação de vetores substantivos na definição de democracia serviria de contrapeso à deliberação cruamente majoritária, impedindo que uma decisão fosse reputada democrática somente pelo fato de ter sido tomada pela maioria dos participantes. Estes vetores substantivos, denominados por Dworkin de “condições democráticas”, corresponderiam à exigência de igual respeito e consideração à totalidade de cidadãos.

9 “Amendment 5 (Ratified 12/15/1791) – No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken in public use, without just compensation”. (UNITED STATES, 2008, p. 28).

A adoção de uma compreensão diferenciada e abrangente de democracia, que abraça, simultaneamente, procedimento e substância, afastaria a mácula antidemocrática atribuída à jurisdição constitucional. Não seria legítimo objetar, em nome da democracia, procedimentos capazes de assegurar o *status* igualitário dos cidadãos, pois este seria, justamente, uma condição de realização do próprio regime. Nas palavras de Dworkin:

[...] A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições “democráticas” – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas. (DWORKIN, 2006b, p. 26-27).

O problema, entretanto, atine ao fato de que nem sempre (e principalmente nos chamados casos difíceis) o desrespeito às condições democráticas apresenta-se de modo bem evidente¹⁰. Ao revés: as especificações e exigências concretas de determinadas cláusulas constitucionais (vida, dignidade humana e igualdade, por exemplo) costumam suscitar profundas divergências, sobretudo em sociedades pluralistas, como a brasileira. Para repetir, assim se encara o caso das pesquisas com células-tronco embrionárias, por exemplo.

Estas circunstâncias, de um modo geral, têm resultado num conselho em que juízes, ao exercerem o controle de constitucionalidade das leis, assumam uma atitude de deferência em relação ao legislador, reservando a declaração de inconstitucionalidade para casos extremos, nos quais a ofensa aos postulados republicanos (“condições democráticas”) seja patente e ostensiva. Esta postura de contenção específica evitaria que a sindicância judiciária, a pretexto de salvaguardar valores constitucionais, im-

10 Dworkin não ignora este fato. Para esta objeção, responde o autor: “[...] É claro que pode haver desacordo quanto a saber quais são, na realidade, as condições democráticas, e quanto a saber se uma determinada norma as ofende ou não. Mas, de acordo com a concepção constitucional, não teria cabimento levantar-se objeções, sob a alegação de que tal prática seria antidemocrática, a que a decisão final acerca dessas condições fosse reservada a um tribunal; isso não teria cabimento porque essa objeção parte do princípio de que as leis em questão respeitam as condições democráticas, e é exatamente este o assunto que está em questão” (DWORKIN, 2006b, p. 27).

plicasse mera substituição do juízo legislativo pela compreensão da Corte Suprema sobre a matéria julgada (MENDONÇA, 2007).

Sem embargo de toda a polêmica que o tema encerra, a continuidade do artigo levará em conta essa advertência da teoria constitucional contemporânea, conquanto o conselho, como se observa, não resulta em abdicar da competência de revisão judicial das leis e dos atos normativos. No Brasil, aliás, o poder de revisão judicial é expresso, consoante dispõe a letra do art. 102 da Constituição da República. O que se deve assumir, para as finalidades deste artigo, é que o melhor desenho institucional de um Estado constitucional pluralista há de considerar o déficit democrático do controle judicial de constitucionalidade, exigindo atitude de deferência do tribunal e ampla cooperação e diálogo entre todos os Poderes, na escrita e reescrita da história constitucional (SOARES, 2006).

4 Razão pública e legitimidade democrática no julgado

4.1 Quando tem início a vida humana?

As discussões travadas a partir da ADI 3.510 giraram, preponderantemente, em torno do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, defendidos tanto por aqueles que se manifestaram favoravelmente à autorização concedida pela Lei n. 11.105/2005, quanto pelos que se firmaram em sentido contrário. Para a maioria dos participantes do debate, a questão essencial para o desfecho da controvérsia consistia na identificação do termo inicial da existência humana. Identificado este marco, bastaria apenas confrontá-lo com a opção vazada no permissivo legal impugnado, para a aferição de sua compatibilidade com a Lei Maior. Mas seriam as coisas tão simples assim?

A resolução da causa por meio da delimitação do início da vida humana encontra sua primeira dificuldade na apresentação do dispositivo ou do conjunto de preceitos magnos veiculadores desta resposta. Vale dizer, se o juízo é de constitucionalidade e a questão resume-se à revelação do ponto de partida da existência humana, seria no próprio texto

constitucional, e não em qualquer outro documento, que tal momento deveria ser identificado.

Ocorre que, quanto ao termo inicial da vida humana, no exato trocadilho formulado pelo Ministro Ayres Britto, a Constituição foi de um silêncio de morte (BRASIL, 2008b, p. 32). Não há dúvidas de que o constituinte reservou ao direito à vida um *status* privilegiado. Foi o primeiro direito fundamental a ser enunciado na Carta Política, pondo-se, tal como normativamente disposto e ontologicamente concebido, como centro de gravidade de uma série de outros direitos de idêntica envergadura. Entretanto, no que toca ao preciso instante de irrompe do viver humano, nada disseram os mentores da Carta.

Como bem acentuou o Ministro Gilmar Mendes, ao se referir aos marcos inicial e final da vida humana,

[...] são questões transcendentais que pairam no imaginário humano desde tempos imemoriais e que nunca foram resolvidas sequer com relativo consenso. Ciência, religião e filosofia construíram sua própria história em torno de conceitos e concepções sobre o que é a vida, quando ela começa e como deve ser ela protegida. Como todo desenvolvimento do pensamento e do conhecimento humano, não é possível vislumbrar qualquer resposta racionalmente aceitável de forma universal, seja pela ciência ou pela religião, seja pela filosofia ou pelo imaginário popular. (BRASIL, 2008b, p. 467-468).

Assim, qualquer manifestação do tribunal no sentido de fixar o momento inicial da vida humana, dentre as múltiplas concepções existentes, não poderia se reputar, com franqueza intelectual, produto de uma interpretação aceitável. Seria simplesmente uma escolha, quiçá arbitrária. E, como disse a Ministra Ellen Gracie, logo após constatar o mesmo silêncio a que fez referência o relator, “[...] não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências” (BRASIL, 2008b, p. 81).

Sem embargo desta primeira dificuldade (inexistência de uma definição constitucional do início da vida humana), há ainda outra, relativa à apresentação de uma resposta estatal de tal natureza no âmbito de uma comunidade onde não existe consenso abrangente, ou seja, em uma co-

munidade com visões divergentes sobre o início da vida (seção 1.3), que se pretendem razoáveis e reclamam a mesma consideração e respeito. Afirmar judicialmente como verdade este ou aquele marco inicial da vida seria uma imposição indevida no contexto de uma sociedade pluralista democrática e, portanto, incompatível com a razão pública.

Ademais, o fato de inexistir consenso sequer no meio científico acerca do início da vida indica a impossibilidade de estabelecer uma ideia que venha a ser compartilhada por todos, valendo lembrar que a razão pública, segundo Rawls, prescreve que a argumentação política “apele unicamente para as crenças gerais e para as formas de argumentação aceitas no momento presente e encontradas no senso comum, e para os métodos e conclusões da ciência, quando estes não são controvertidos” (SOUZA NETO, 2006, p. 115).

Acertada, pois, a decisão da Corte de desprezar a discussão sobre o início da vida. E o acerto se revela ainda maior quando se observa que foi colocado no centro do debate o que realmente está na base das visões diferenciadas a respeito do problema: o valor intrínseco da vida humana. É possível defender que essa é a razão comum aceita pelos usuários da técnica de fertilização *in vitro*, pelos possíveis beneficiários da pesquisa com os embriões excedentes e também por aqueles contrários aos expedientes científicos.

Com efeito, é essa razão o móvel dos que buscam a própria fertilização, da pretendida pesquisa com os embriões excedentes e mesmo do receio da coisificação da vida humana. Elucidativas, neste ponto, as palavras do Ministro Gilmar Mendes:

Independentemente da concepção que se tenha sobre o termo inicial da vida, não se pode perder de vista – e isso parece ser indubitável diante de qualquer posicionamento que se adote sobre o tema – que, em qualquer hipótese, há um elemento vital digno de proteção jurídica. [...] Assim, a questão não está em saber quando, como e de que forma a vida humana tem início ou fim, mas como o Estado deve atuar na proteção desse organismo pré-natal diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não pode prever. (BRASIL, 2008b, p. 468-469).

Irrecusável a circunstância de o direito oferecer diferentes níveis de proteção aos diversos estágios da biologia humana. Este resguardo jurídi-

co diferenciado transparece de forma visível na esfera infraconstitucional, sobretudo na seara criminal, em que se distinguem (inclusive com reprimendas diversas) os crimes de aborto, infanticídio e homicídio. Também a fixação de delitos contra o respeito aos mortos, com penas significativamente menores, põe-se como demonstrativo desta tutela discriminada que o direito empresta ao evolver humano.

Ainda sobre a constatação de que o direito protege, sim, por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano, lembrou o relator o pensamento de Ronald Dworkin, exposto no livro “Domínio da Vida”. Nesta obra, o jusfilósofo americano, tomando a opinião doutrinária sobre o aborto, leva à compreensão de que devem ser buscados os pressupostos independentes e não as ideias derivativas para melhor apreensão das opiniões sobre assuntos conflitantes:

A opinião doutrinária religiosa sobre o aborto será mais bem apreendida se entendermos que a vida humana tem por base o pressuposto independente de que a vida humana tem valor intrínseco, e não a ideia derivativa de que o feto é uma pessoa com interesses e direitos próprios. (DWORKIN, 2009, p. 70).

Assim, na discussão sobre o aborto, eutanásia e pesquisa com embriões humanos, por exemplo, tem-se como pressuposto independente o valor intrínseco da vida humana, princípio este compartilhado de forma abrangente pela comunidade jurídica, a partir do qual podem ser resolvidas tais questões. Diante do valor intrínseco da vida humana, não pode o embrião ser simplesmente instrumentalizado, sendo certo que a resistência à pesquisa, a exemplo da constatação de Dworkin sobre o aborto, “remete à irresponsabilidade de pôr fim a uma vida humana sem uma justificação realmente importante” (DWORKIN, 2009, p. 81).

4.2 A compatibilidade entre a permissão das pesquisas e as concepções divergentes

A ideia de que a vida humana experimenta diferentes níveis de tutela, de que o “Magno Texto Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico” (BRASIL, 2008b, p. 3), conduz à seguinte indagação: teria o legislador ordinário regulamenta-

do, de maneira razoável, a realização das pesquisas com células-tronco embrionárias, outorgando proteção compatível com a dignidade e o valor intrínseco próprios do organismo vital que constitui o objeto desses experimentos?

A despeito das divergências que a questão suscitou, a maioria dos ministros do STF entendeu que a matéria fora disciplinada adequadamente, sem violação ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, uma vez que, embora vida humana, os embriões não gerariam qualquer pessoa humana, seja porque não implantados em um útero, seja porque inviáveis ou congelados por tempo superior ao estabelecido na norma impugnada.

Com efeito, depreende-se do permissivo legal impugnado¹¹ a preocupação de viabilizar a realização das pesquisas, sem menosprezo ao valor intrínseco da vida humana, e também de deixar espaço para a convivência pacífica das opiniões divergentes. Assim, vedou-se a comercialização dos embriões, impôs-se obrigação às instituições de pesquisa e serviços de saúde de submeterem seus projetos à aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa, permitindo fossem utilizados somente os embriões inviáveis ou congelados há três anos ou mais, e exigindo, em qualquer caso, o consentimento dos genitores.

Além de terem sido preservados embriões que pudessem evoluir para pessoa humana na hipótese de serem implantados no útero materno – preservação que decorre de se permitir pesquisas apenas com aqueles embriões considerados inviáveis ou congelados por lapso temporal igual ou superior a três anos –, exigiu-se o cumprimento de outra condição: o consentimento dos genitores dos embriões excedentários. A exigência de

11 “Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisas e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.424, de 4 de fevereiro de 1997”.

consentimento, combinada com a opção pela permissão (a letra do dispositivo começa com “é permitida”), e não proibição ou imposição da utilização das células-tronco embrionárias em pesquisa e terapia, preserva a liberdade dos diversos grupos em divergência para autorizar, ou não, o uso do embrião em pesquisas e terapias, de acordo com sua concepção de bem, que envolve, no caso, o valor intrínseco da vida humana.

Para alguns grupos, esse valor impede a experimentação científica com qualquer forma de vida humana, ainda que embrionária. Para outros, porém, a forma embrionária de vida humana tem valor, mas não ao ponto de impedir a pesquisa que tem a finalidade de descobrir as novas formas de terapia para enfermidades graves que ameaçam e põem fim a vidas humanas estruturadas, de pessoas que fizeram longo investimento em suas histórias e escolhas significativas para si, para outros e para a comunidade como um todo.

Andou bem, portanto, o legislador, ao colocar no plano da discricionariedade de cada casal a decisão fundamental sobre a doação, ou não, dos embriões resultantes da fertilização *in vitro*. Sem proibir nem impor tal conduta, mas simplesmente permiti-la, a norma investe na autonomia privada, sobrevalorizando a capacidade de deliberação moral dos diferentes integrantes da comunidade política. Esta dimensão da norma foi contemplada nos argumentos apresentados por diversos integrantes do STF, sendo assim desenvolvida pelo Ministro Joaquim Barbosa:

A conjugação da laicidade do Estado e do primado da autonomia privada conduz a uma importante conclusão: os genitores dos embriões produzidos por fertilização *in vitro*, têm a sua liberdade de escolha, ou seja, a sua autonomia privada e as suas convicções morais e religiosas respeitadas pelo dispositivo ora impugnado. Ninguém poderá obrigá-los a agir de forma contrária aos seus interesses, aos seus sentimentos, às suas ideias, aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do momento em que a vida começa. Preservam-se, portanto, a esfera íntima reservada à crença das pessoas e o seu sagrado direito à liberdade. (BRASIL, 2008-b, p. 334-335).

A autonomia jurídica do casal para escolher livremente o destino dos embriões por eles produzidos coloca em destaque

[...] o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de “autogoverno de uma esfera jurídica”, e tem como matriz a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom e ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ela importa o reconhecimento que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isso não implique em lesão a direitos alheios. [...]. (SARMENTO apud BRASIL, 2008b, p. 333-334).

Esta concepção do ser humano como agente capaz de deliberar moralmente, de realizar as escolhas estruturantes de seu próprio projeto espiritual, sendo por elas responsável, além de compor a base que informa todos os direitos fundamentais, vincula-se de forma estreita ao direito ao planejamento familiar, estampado no art. 226¹² da Carta Política sobre os postulados da “dignidade humana” e da “paternidade responsável”. É este direito que, sendo “fruto da livre decisão do casal” e exercitado mediante fomento estatal com “recursos educacionais e científicos”, autoriza os indivíduos incapacitados de conceberem filhos pelo método natural a recorrer às técnicas humanas de reprodução assistida, sem lhes obrigar, por outro lado, ao aproveitamento da integralidade de embriões gerados. Colhe-se, a propósito, o seguinte excerto contido na ementa do julgado:

A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como “direito ao planejamento familiar”, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”. [...] A opção do casal por um processo “in vitro” de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para este casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana

12 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer às técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou “in vitro”. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). [...] O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inc. II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inc. II do art. 5º da Constituição. [...]. (BRASIL, 2008b, p. 5-6).

Estampa-se, pois, perfeita sintonia entre a permissão para utilizar referidos embriões e a permissão para a reprodução assistida e consequente impossibilidade de compelir a mulher a utilizar todos os embriões. Ambas as permissões denotam a neutralidade estatal, a ideia de tolerância e a valorização da autonomia da pessoa, que deve assumir a responsabilidade não só pela ação de submeter-se à reprodução assistida, mas também pelo excedente de embriões daí resultantes e sua destinação.

Assim, diante das possíveis alternativas oferecidas pela questão profundamente controversa, o Legislativo valorizou aquela possível de aceitação por todos os sujeitos razoáveis a serem governados pela decisão. No caso, impor, obrigar ou proibir a utilização dos embriões seria uma escolha indevida no contexto da democracia pluralista, pois representaria a adesão a uma específica visão abrangente, mediante a imposição coativa de uma concepção acerca do bem, a exemplo do que seria a fixação do marco inicial da vida.

Inevitável concluir que, no contexto de uma democracia pluralista, não poderia ser outra a decisão do Estado senão deixar espaço de liberdade para que cada qual resolva se vai permitir que o embrião originado de seu proceder anterior seja usado em pesquisas científicas. O que o Estado pode, como o fez, é impor regras para controle das pesquisas e para garantir que cada qual possa livremente decidir sobre a autorização.

A resposta pública em questão profundamente controversa como a destacada reclama independência das doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes, pois “é vital para a ideia de liberalismo político que possamos, sendo perfeitamente coerentes, afirmar que não seria possível empregar o poder político para impor nossa própria visão abrangente, que devemos, não há dúvida, defender como razoável ou verdadeira” (RAWLS, 2000, p. 184). Como bem lembrou o Ministro Joaquim Barbosa:

[...] o melhor caminho para a proteção do direito à vida, em seus diversos e diferentes graus, é uma legislação consciente e a existência de órgãos dotados de competência técnica e normativa para implementá-la, fiscalizando efetivamente a pesquisa científica no país. A proibição *tout court* da pesquisa, no presente caso, significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e para os eventuais benefícios que dele podem advir, bem como significa dar uma resposta ética unilateral para uma problemática que envolve tantas questões éticas e tão diversas áreas do saber e da sociedade. (BRASIL, 2008b, p. 341).

Observa-se, finalmente, que o STF mostrou, argumentativamente, que a permissão em referência está norteadada pela razão pública de uma sociedade pluralista como a consagrada pela Constituição brasileira, podendo ser exibida, diante da controvérsia em destaque, como a base comum razoável para o acordo político que permite conciliar o fato do pluralismo com a legitimidade mais ampla do poder coativo do Estado. Uma decisão baseada em certa crença religiosa não teria essa força, significando, antes, a imposição dos valores de uns sobre todos.

4.3 O julgamento pelo STF: entre Hércules e Pilatos

O fato do desacordo moral razoável, evidenciado em todo o contexto de aprovação da Lei n. 11.105/2005 até o ajuizamento da ADI 3.510, somado à inequívoca resposta dada pelo legislador brasileiro à polêmica questão das pesquisas com células-tronco embrionárias, agravaram a tarefa do STF, demandando-lhe a apresentação de uma resposta capaz de ser sustentada não apenas em termos de razoabilidade pública, mas igualmente defensável do ponto de vista democrático-institucional.

A questão da legitimidade democrática foi suscitada de forma expressa por Luís Roberto Barroso, advogado de um dos *amici curiae* ad-

mitidos na ação. Segundo o causídico, o tribunal deveria levar em conta que a lei impugnada resultou de amplo processo de discussão no Congresso Nacional, tendo sido aprovada por expressiva maioria em ambas as Casas legislativas. Assim, não se legitimaria a atuação contra-majoritária do Supremo, que deveria abster-se de substituir a decisão do legislador pela sua.

A arguição de Barroso foi enfrentada pela Ministra Cármen Lúcia, logo em suas considerações iniciais:

Finalmente, Senhor Presidente, e ainda como observação preliminar, a se tomar não apenas quanto a esse, mas em relação a qualquer julgamento de controle abstrato de constitucionalidade, preocupa-me o que foi aqui afirmado por um dos ótimos advogados que assomaram a tribuna, na inicial desse julgamento. Segundo o que anotei nas alegações lançadas na tribuna, afirmou um dos eminentes procuradores, que, no presente julgamento, não teria muito a fazer este Supremo Tribunal, pois não haveria um vazio legislativo sobre a matéria. A questão resumir-se-ia na indagação que poderia ser assim traduzida: que legitimidade teria o Poder Judiciário para afirmar inconstitucional uma lei que o Poder Legislativo votou, o povo quer e a comunidade científica apóia?

No Estado Democrático de Direito, os Poderes constituídos desempenham a competência que lhes é determinada pela Constituição. Não é exercício de poder, é cumprimento de dever. Ademais, não imagino que um cidadão democrata cogite querer um juiz-Pilatos dois mil anos depois de Cristo ter sido crucificado porque o povo assim queria. Emoção não faz direito, que é a razão transformada em escolha jurídica. Quantos Cristos a humanidade já não entregou segundo emoções populares momentâneas? E quem garante quem será o próximo, que poderá sofrer uma injustiça, evitada pelo que o leigo, às vezes, considera ou apelida ser apenas uma “firula legal”? [...] (BRASIL, 2008-b, p. 195-196).

As ponderações da ministra merecem algumas reflexões. Em primeiro lugar, não há dúvidas de que, no sistema jurídico-constitucional brasileiro, compete ao STF a realização do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos. O art. 102 da Carta de Outubro é claro ao instituir o Tribunal como seu legítimo guardião. Mas definir a quem cabe a guarda diz muito pouco, ou quase nada, sobre a forma e os limites de seu exercício.

Em segundo lugar, a circunstância de que num Estado constitucional democrático não apenas o Judiciário, mas todos os demais Poderes devem respeitar e promover a Constituição, conduz a seguinte indagação: estaria sendo realmente Pilatos o juiz constitucional que, ao sindicalizar as leis em face das cláusulas abstratas da Constituição, considerasse a deliberação legislativa como algo digno de relevância? O juiz que enxergasse na deliberação legislativa comprometida um desestímulo a uma atuação mais ativista estaria, de fato, lavando as mãos quanto ao seu mister constitucional?

A argumentação sustentada pela Ministra Cármen Lúcia enviesa pelo seguinte argumento encontrado na teoria constitucional: ao realizar o controle de constitucionalidade das leis, a Corte Suprema poria termo ao potencial homicida do legislador presente em momentos de exaltação popular. Manteria incólumes os sagrados valores constitucionais em face do ímpeto tirânico do Parlamento. Mas, até que ponto seria verdadeiro sustentar que a deliberação promovida pelo Congresso Nacional, no processo de aprovação da Lei n. 11.105/2005, expressa uma decisão tomada segundo “emoções populares momentâneas”?

Conforme já enunciado, o processo legislativo que culminou na edição da “Lei de Biossegurança” foi precedido de amplos debates em ambas as Casas congressuais, nos quais tiveram vez e voz diversos segmentos sociais, políticos, científicos, religiosos e filosóficos. O quórum qualificado com que foi aprovado o estatuto – particularmente raro em temas de tamanha conflituosidade – indica não um conluio dos congressistas, mas um consenso resultante da deliberação política responsável.

Seja como for, a ideia de contenção judicial – presente na atitude que a Ministra Cármen Lúcia associou à jurisdição de Pilatos – foi igualmente rechaçada pelo Ministro Gilmar Mendes ao acentuar que:

[...] a aparente onipotência ou o caráter contramajoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. (BRASIL, 2008-b, p. 464).

Segundo ele, as Cortes Constitucionais, chamadas a dirimir controvérsias de tais naturezas, “[...] têm exercido suas funções com exemplar desenvolvu-

ra, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático” (BRASIL, 2008b, p. 464), destacando, ainda, que:

Em nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS n. 26.602, 26.603 e 26.604), sem que se possa cogitar que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias, e que assim teriam maior legitimidade democrática. (BRASIL, 2008-b, p. 465).

Para Mendes, a deliberação judicial sobre “questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos” não deve ser objetada com o argumento de que os integrantes da Corte são desprovidos de representatividade. O múnus da representação popular, consoante o magistrado, compete também ao Tribunal, embora de forma diversa daquela exercida pelos legisladores: “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente” (BRASIL, 2008-b, 466).¹³

A tese da representatividade argumentativa apresenta a virtude de destacar a dimensão discursiva própria da jurisdição constitucional, revelando-a como um espaço particularmente receptivo a questões de princípios. Neste ponto, a tese é forte e acentua, sem dúvida, uma verdade constatável a olho nu. O problema é que, para sustentar a representatividade da corte constitucional, a teoria investe em um ponto que, a rigor,

13 Trata-se de compreensão extraída pelo ministro dos ensinamentos do constitucionalista alemão Robert Alexy. Confira-se: “O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o funcionamento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer *negativamente* que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprove os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito com instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode-se falar de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados” (ALEXY, 1999, p. 55-56).

não seria necessário para justificá-la: a existência de deficiências no processo legislativo.

No caso específico da “Lei de Biossegurança”, por exemplo, justificar a atuação da Corte Constitucional brasileira como contraponto às mazelas e distorções do processo de deliberação parlamentar não poderia ser feita sem certa dose de falsidade de propósitos. O Congresso Nacional, como já assinalado, debateu exaustivamente a matéria regulamentada, realizou audiências públicas, ouviu especialistas e entidades da sociedade civil e, ao final, exprimiu sua decisão mediante um quórum surpreendente.

Não se descuida do fato de que mesmo decisões expressivamente majoritárias podem, eventualmente, veicular escolhas atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, disfarçando, sob o véu de um forjado consenso, preferências políticas sem espaço, numa sociedade comprometida com o igual respeito e dignidade de seus integrantes. Todavia, não é correto presumir, no contexto de uma democracia constitucional, que este tipo de situação ocorra sempre. Desvios institucionais existem, e não devem ser omitidos. Mas empregá-los como razão e fundamento últimos da atividade da corte suprema é amesquinhar em muito o significado e relevo da jurisdição constitucional.

A deliberação legislativa comprometida, notadamente quando levada a efeito em situações de profundo desacordo moral, deve significar um dado relevante para o exercício do controle de constitucionalidade das leis. A glosa judicial não pode desprezar este fato, sob pena de grave violação à harmonia que deve presidir as relações entre os Poderes de um Estado constitucional democrático. Expressivos, neste diapasão, os comentários tecidos pelo Ministro Marco Aurélio, a propósito do julgamento da ADI 3.510:

Devem-se colocar em segundo plano paixões de toda ordem, de maneira a buscar a prevalência dos princípios constitucionais. Opiniões estranhas ao Direito por si sós não podem prevalecer, pouco importando o apego a elas por aqueles que as veiculam. O contexto alvo de exame há de ser técnico-jurídico, valendo notar que declaração de inconstitucionalidade pressupõe sempre conflito flagrante da norma com o Diploma Maior, sob pena de relativizar-se o campo de disponibilidade, sob o ângulo da conveniência, do legislador eleito pelo povo e que em nome deste exerce o

poder legiferante. [...] Somente em situações extremas, nas quais surge, ao primeiro exame, a falta de proporcionalidade, pode-se adentrar o âmbito do subjetivismo e exercer a glosa. No caso, a lei foi aprovada mediante placar acachapante – 96% dos Senadores e 85% dos Deputados votaram a favor, o que sinaliza a razoabilidade. (BRASIL, 2008, p. 407-408).

O mesmo ministro que afirmou o caráter extraordinário da declaração de inconstitucionalidade das leis e atos normativos, apontando que o expressivo quórum de aprovação da Lei n. 11.105/2005 sinalizaria razoabilidade no trato da matéria, afastou com veemência a proposta de aplicação ao caso da técnica de interpretação conforme, sugerida pelo Ministro Menezes Direito. É que, segundo Marco Aurélio, haveria “[...] o risco de, a tal título, redesenhar-se a norma em exame, assumindo o Supremo, contrariando e não protegendo a Constituição, o papel de legislador positivo” (BRASIL, 2008-b, p. 405).

Argumentos veiculadores de contenção judicial foram proferidos também pelo Ministro Joaquim Barbosa. Este, logo após assinalar que não caberia ao Tribunal delimitar o momento inicial da existência humana, mas, sim, verificar se exceção ao direito à vida consubstanciada no dispositivo impugnado seria ou não compatível com os princípios constitucionais, iniciou seu inventário de razões pela improcedência da ação, ressaltando que a lei vergastada “[...] foi fruto de debate social no âmbito próprio de discussão de questões dessa natureza que é o Congresso Nacional” (BRASIL, 2008-b, p. 330).

Perceptível, portanto, que a questão da legitimidade democrática não passou ao largo das discussões travadas no STF no julgamento da ADI 3.510. Pelo contrário. Tanto os atos de instrução probatória (realização de audiência pública, admissão de *amici curiae* etc.) como os votos dos ministros demonstraram a preocupação da Corte em apresentar uma resposta institucionalmente defensável, sem qualquer pretensão de menoscabo do labor legislativo. Entre argumentos vocacionados à defesa de uma atitude hermenêutica mais proativa e afirmações reveladoras de contenção judicial, entre Hércules e Pilatos, transpareceu o propósito do Tribunal de proferir um veredicto fundado em razões publicamente aceitáveis e ajustado às exigências decorrentes da repartição de competências de competências no Estado constitucional democrático.

Considerações finais

Nas sociedades democráticas contemporâneas, marcadas pela heterogeneidade e complexidade, seus membros não compartilham uma mesma ideia substantiva acerca do bem. Como não há democracia sem pluralismo, compete às instituições políticas democráticas garantir e respeitar a convivência de doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, em suas decisões, especialmente em situações de profundo desacordo moral.

A Constituição brasileira de 1988, marco de reencontro da Nação com a democracia, consagrou a democracia pluralista (preâmbulo e art. 1º, V), rompendo com consensos abrangentes, o que, de um lado, assegura a democracia, e de outro, oportuniza dilemas morais inconciliáveis. Os desacordos morais, que nem sempre se resolvem por meio da edição de leis, cada vez mais têm sido levados ao conhecimento do Poder Judiciário, onde não poderão ser resolvidos mediante a “fria aplicação da letra da lei”. Nem por isso há espaço para que os juízes imponham discricionariamente suas convicções ou extrapolem os limites decorrentes da repartição de competências no Estado constitucional democrático.

Na concepção de justiça defendida por John Rawls, a justiça constitucional, caso exemplar da razão pública, deve se esforçar para explicitar os princípios de justiça que todas as doutrinas religiosas, filosóficas e morais possam aceitar apesar de suas divergências.

O julgado do STF sobre as células-tronco embrionárias demonstra o esforço de, em situações de profundo desacordo moral, fornecer à sociedade uma resposta de acordo com a Constituição, à luz de princípios e ideais aceitáveis para a razão humana.

Embora o STF tenha deixado intocadas as concepções acerca do início da vida, garantindo o pluralismo de ideias, discutiu a questão com profundidade, mediante prática argumentativa que aborda princípios e valores de máxima importância, apresentados como próprios da razão pública. Mostrou que o bloco normativo impugnado compreende a ideia de que o embrião é sim digno de proteção (diferenciada da proteção do nascituro ou da pessoa humana) e que promove a autonomia da vontade dos diversos grupos em divergência, que poderão autorizar, ou não, o uso dos embriões em pesquisas e terapias, de acordo com sua concepção de bem.

O julgado também não denota violação aos limites decorrentes da repartição de competências no Estado democrático. Além de ter admitido entidades da sociedade civil brasileira como *amici curiae* e realizado audiência pública no desiderato de viabilizar espaço adequado para análise da constitucionalidade ou não da decisão do legislador, que enfrentara difícil caso de interesse para toda a sociedade, o STF, guiado por razões públicas, entendeu que a anulação da lei seria incompatível com os princípios albergados pela Constituição e compartilhados pela sociedade. Quanto a isso, não deixa de ser auspicioso o fato de a ação ter sido julgada improcedente, mantendo a deliberação democrática do congresso ampliado dos representantes legislativos.

Referências

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217, p. 55-66, jul/set 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília (DF): Senado, 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 3.510/DF*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

_____. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 4 jul. 2010.

COHEN, Joshua. Procedimento e substância na Democracia Deliberativa. In: WERLE, Denílson Luís; MELO, Rurióon Soares (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

IORRA, Alice Krämer. *Aspectos jurídicos da pesquisa com células-tronco embrionárias*. Disponível em: <www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/...1/alice_kramer.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2010.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Ulisses e o superego: novas críticas à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. *Revista de Direito do Estado*, ano 2, n. 7, p. 81-115, jul/set 2007.

RAWLS, John. Liberalismo Político. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Revisão da tradução de Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

ROCHA, Renata da. *Direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

UNITED STATES OF AMERICA. *The Constitution, the Declaration of Independence and the Articles of Confederation*. United States of America: A & D Publishing, 2008.

VALE, Juliana. *Quantos vão chegar lá? Congelados em clínicas de reprodução, milhares de embriões aguardam um destino*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/220306/p_114.html>. Acesso em: 2 jun. 2010.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SEGUNDO ARTIGO

A dignidade humana em julgamento: o Supremo Tribunal Federal e a interrupção da gravidez de feto anencéfalo

*Maha Kouzi Manasfi e Manasfi
Nadine Michaëlle da Silva Derze
Neyarla de Souza Pereira*

Introdução

A questão do tratamento jurídico que deve ser conferido à interrupção da gravidez de feto anencéfalo tem sido alvo constante de estudos, debates e discussões, sobretudo após o ajuizamento, no Supremo Tribunal Federal, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF. O problema, que demanda uma profunda reflexão acerca da extensão da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, desperta interesse e debate não apenas entre os juristas, mas também em toda a sociedade, inclusive por estar fortemente impregnado de conteúdo ético, moral e religioso.

Com relação à essencialidade da vida humana, o Estado brasileiro elegeu a vida como um dos bens jurí-

dicos mais importantes, conforme se vislumbra do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e dos tratados internacionais de direitos humanos de que o país é signatário.

Nessa perspectiva, também a vida humana intrauterina é protegida pela legislação penal, a qual tipificou o aborto como crime doloso contra a vida, nos termos dos arts. 124 a 128 do Código Penal, autorizando somente duas hipóteses de interrupção prematura da gestação, quais sejam: a) em caso de não existir outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário); e b) quando a gravidez seja resultado do crime de estupro (aborto sentimental).

Ocorre que, atualmente, decorridos mais de 60 anos da edição do Código Penal, é possível detectar, já na fase inicial da gestação, se o feto padece de anencefalia, anomalia irreversível consistente na ausência de desenvolvimento de parte do cérebro, crânio e couro cabeludo. Tal deformidade inviabiliza completamente a vida extrauterina, uma vez que o feto em nenhum outro momento da gestação desenvolverá integralmente o seu sistema nervoso, fazendo com que a grande maioria dos recém-nascidos nessa situação sobreviva por pouquíssimos minutos após o parto.

E é em virtude das peculiaridades próprias das gestações de fetos anencéfalos que têm surgido muitos questionamentos acerca do caráter criminoso da prática do aborto em tais casos. No âmbito do Poder Judiciário, aonde chegam diuturnamente pedidos de alvarás para a interrupção de gestações de anencéfalos, parte da jurisprudência tem entendido que tal hipótese não se subsume ao crime de aborto, enquanto outra parte defende ser inviável a admissão de uma nova excludente de ilicitude não prevista expressamente na legislação.

A insegurança jurídica gerada por posicionamentos jurisdicionais tão díspares a respeito da mesma situação culminou com o ajuizamento, por parte da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde – CNTS, de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de estabelecer uma interpretação definitiva acerca da controvérsia. A petição inicial da aludida ação constitucional pleiteia, em síntese, que a Corte Suprema determine uma **interpretação conforme a Constituição** da legislação que criminali-

za o aborto, explicitando que ela não se aplica aos casos de interrupção da gestação de fetos anencéfalos.

Conhecido o problema, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar que o sistema de princípios e valores da Constituição Federal de 1988 admite a possibilidade de aborto em casos de malformação fetal letal, como é o caso da anencefalia. Pretende-se elucidar, ainda, de que forma os princípios já concretizados no nível da legislação infraconstitucional, quando vistos sob o enfoque de uma ordem de valores única e coerente, apontam na mesma direção, qual seja, a da permissão de mais essa hipótese de interrupção da gestação.

1 Interrupção da gravidez e anencefalia fetal

1.1. Apresentação do problema e sumário preliminar das posições

No Brasil, o Código Penal reservou importância capital aos crimes dolosos contra a vida. O Título I de sua parte especial cuida dos crimes contra a pessoa, e, nesse título, já o Capítulo I abriga os crimes contra a vida. A topografia do delito no diploma penal não se deu ocasionalmente. Ao contrário, ao abordar em primeiro lugar os crimes que atentam contra a vida da pessoa humana, o legislador procurou demonstrar sua principal preocupação na seara penal, qual seja, a proteção do bem jurídico vida. Compõe o rol de delitos que atentam contra a vida a interrupção deliberada de uma gravidez, o aborto, seja ele praticado pela própria gestante ou por um terceiro:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O diploma penal brasileiro, entretanto, exclui a ilicitude da interrupção da gravidez nos casos de aborto necessário, em que a interrupção da gestação é o único meio de salvar a vida da mulher, e de gravidez resultante de estupro, denominado aborto sentimental. A Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal justifica as exceções, nos seguintes termos:

Mantém o projeto a incriminação do aborto, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o aborto necessário, ou em caso de prenhez resultante de estupro. Militam em favor das exceções razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender.

Por influência da liberalização das leis referentes ao aborto em outros Estados, bem como em razão das profundas transformações comportamentais, morais e culturais que a sociedade brasileira viveu, e tem vivido – sobretudo a significativa força política que a mulher tem conquistado – passou-se a discutir a necessidade de revisão das normas que tipificam como crime a interrupção da gravidez, especialmente nos casos de malformação fetal letal, como a anencefalia.

Tal debate não significa que a vida humana se tenha desvalorizado da década de quarenta para os dias atuais, desmerecendo a proteção legislativa. Ao contrário, ocorre que o modo de pensar a vida se modificou. O indivíduo tem sim, e fundamentalmente, direito à vida. Esse direito, no entanto, se mostra hoje de forma ainda mais ampla, no sentido de vida com dignidade. O próprio texto da Constituição Federal de 1988, que positivou uma gama de direitos e garantias antes não expressamente previstos, representa essa mudança.

Assim, ao se pensar na interrupção de uma gravidez, sobretudo aquela na qual há risco à saúde da mulher e certeza da inviabilidade fetal, outros valores, além da proteção à vida do feto, adentram ao debate, tais como a liberdade de crença, o direito à intimidade e à saúde da mulher, bem como a própria dignidade da pessoa humana.

No que diz especificamente quanto ao aborto nos casos de anencefalia fetal, é de se verificar que o caráter criminoso de tal conduta é, ao menos, discutível. Isso porque, ao definir o aborto como crime, o legislador penal buscou proteger o bem jurídico da vida. Mas como se falar em proteção da vida de um feto se este será incapaz de usufruir de vida extrauterina? Por outro lado, se há vida intrauterina, como permitir uma nova hipótese de exclusão da ilicitude não prevista expressamente na lei penal? Seria este um caso de atipicidade material ou inexigibilidade de conduta diversa? Os princípios albergados na Constituição Federal admitem tal conduta?

Como a legislação penal brasileira criminaliza o aborto com a finalidade de proteger a vida do nascituro, e sendo o bem jurídico “vida” o elemento básico para a formação do referido tipo penal, é de se concluir que a viabilidade fetal extrauterina seria requisito necessário para a exata subsunção da conduta ao tipo penal, o que, em casos de anencefalia, não se mostra possível.

No ponto, convém adiantar que a Lei n. 9.434/97 (Lei de Transplantes de Órgãos) reconheceu a morte encefálica, ou seja, a ausência de atividade cerebral, como momento fim na vida humana. De acordo com os arts. 3º e 4º da citada lei, constatada a morte encefálica, mesmo que outras estruturas do corpo ainda estejam em funcionamento, já podem ser os órgãos do doador retirados para fins de transplante, desde que haja autorização expressa de sua família.

A legislação brasileira, portanto, adotou como critério de definição da morte humana a falência cerebral. Em casos de anencefalia fetal, a conclusão não poderia ser distinta, uma vez que o feto, por não ter desenvolvido integralmente seu sistema nervoso, não será capaz de realizar atividade cerebral após o nascimento.

Outro argumento a ser destacado é a analogia com as excludentes de ilicitude previstas no Código Penal: os abortos necessário e sentimental. Se a legislação permite a interrupção da gestação em casos em que os fetos são plenamente viáveis, em atenção às peculiaridades vividas pela mulher naquela oportunidade, com mais razão deveria acolher a situação de interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, em virtude não somente da inviabilidade fetal, mas também da profunda angústia e dor que a mulher enfrenta em tais gestações.

Nessa linha foi o entendimento manifestado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, em voto que seria proferido no *Habeas Corpus* n. 84.025/2004, o qual, posteriormente, perdeu o objeto, após o parto e morte do feto que figurava como paciente:

Em casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extra-uterina, uma interpretação que tipifique a conduta como aborto (art. 124 do Código Penal) estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada na possibilidade de escolha de manter ou de interromper a gravidez, nos casos previstos no Código Penal. Em outras palavras, dizer-se minuciosa a conduta abortiva, para a hipótese em tela, leva ao entendimento de que a gestante cujo feto seja portador de anomalia grave e incompatível com a vida extra-uterina está obrigada a manter a gestação. Esse entendimento não me parece razoável em comparação com as hipóteses já elencadas na legislação como excludente de ilicitude do aborto, especialmente porque estas se referem à interrupção da gestação de feto cuja vida extra-uterina é plenamente viável.

Cumpramos observar que muitos juízes já têm autorizado a interrupção da gravidez em casos de anencefalia, por entenderem não ser razoável exigir de uma mulher que prossiga numa gestação sabidamente infrutífera. Conforme dados divulgados na Revista Veja (2009, p. 74), nos cinco anos anteriores foram concedidos aproximadamente três mil alvarás

judiciários para suspensão da gravidez em casos de malformação fetal. A Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, inclusive, já determinou a expedição de alvarás judiciários autorizando a interrupção de gravidez de feto anencéfalo, nos autos das apelações criminais n. 2004.001375-5 e n. 2006.002735-8.

Assim, mesmo inexistindo previsão legal expressa autorizando o aborto nos casos de malformação fetal letal, vislumbra-se que o caráter criminoso de tal conduta é altamente discutível, o que justifica uma profunda reflexão acerca do tema, tanto do ponto de vista dos princípios constitucionais, como da legislação infraconstitucional já existente.

1.2 O discurso científico da anencefalia

A ocorrência de anencefalia fetal letal é bem mais frequente do que se imagina. Moore e Persaud (2004, p. 491) esclarecem que:

Em virtude da complexidade de sua história embriológica, é comum o desenvolvimento anormal do encéfalo, sendo que a maioria das principais dessas anomalias congênitas, como a anencefalia, resulta de um defeito no fechamento do neuroporo rostral durante a quarta semana, e envolve os tecidos sobrepostos (meninges e calvária).

Segundo definição constante da Biblioteca Virtual da Saúde – Bireme (2009), a anencefalia é uma malformação do sistema nervoso causada por falha de fechamento do neuroporo anterior. Os neonatos nascem com medula espinhal, cerebelo e tronco cerebral intactos, porém sem a formação de estruturas neurais acima deste nível. O cérebro é somente parcialmente formado. Os neonatos afetados são capazes somente de reflexos primitivos (tronco encefálico).

Suspeita-se de anencefalia, quando há um nível elevado de alfa-fetoproteína no líquido amniótico, que é o líquido que protege o embrião. O excesso de líquido amniótico está frequentemente associado à anencefalia, pois, possivelmente, por faltar ao feto o controle nervoso necessário para a deglutição do líquido amniótico, o líquido não vai para o intestino para sua absorção e conseqüentemente não é transferido para a placenta para ser eliminado (MOORE; PERSAUD, 2004, p. 493).

Em geral, a anencefalia tem uma herança multifatorial, ou seja, decorre de fatores genéticos, nutricionais e/ou ambientais. Os principais fatores nutricionais e ambientais que podem influenciar indiretamente nesta malformação são: exposição da mãe durante os primeiros dias de gestação a produtos químicos e solventes; irradiações; deficiência materna de ácido fólico; alcoolismo e tabagismo. (ANDAFAPT NETO, 2009).

As evidências têm demonstrado que a diminuição do ácido fólico materno está associada com o aumento da incidência de anencefalia, daí sua maior frequência nos níveis socioeconômicos menos favorecidos. O Brasil é um país com incidência alta, aproximadamente 18 casos para cada 10 mil nascidos vivos. (FRANCO, 2009).

Detectada a anencefalia não há qualquer tipo de tratamento para reverter a anomalia, vez que o feto em nenhum outro momento da gravidez poderá desenvolver integralmente o seu sistema nervoso.

Quanto aos riscos à saúde da gestante, é de se dizer que as gestações de anencéfalos causam, com maior frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrânio (excesso de líquido amniótico), levando as mães a percorrerem uma gravidez com risco elevado. Saliente-se, ainda, que o parto de um feto com anencefalia pode ser mais problemático do que um parto comum, em virtude da grave deformação física da criança. (PINOTTI, 2009).

Ademais, o diagnóstico da anencefalia já se mostra suficiente para criar, na mulher, uma grave perturbação emocional, idônea a contagiar a si própria e a seu núcleo familiar. São evidentes as sequelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angústia suportadas pela mulher gestante que se vê obrigada à espera do parto de um feto absolutamente inviável. (FRANCO, 2009).

A Resolução n. 1.752/04, do Conselho Federal de Medicina – CFM (2004), estabelece que o anencéfalo, por não possuir os hemisférios cerebrais, é um natimorto cerebral. Esclarece, ainda, que o anencéfalo é resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevida, por não possuir a parte vital do seu cérebro. A mesma resolução autoriza o uso de órgão e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização formal dos pais, manifestada no prazo mínimo de 15 dias antes da data provável do parto.

Os dados até aqui apresentados, inclusive a constatação, pela sociedade médica, de que o feto acometido de anencefalia é um natimorto cerebral, indicam a necessidade de afastamento do caráter ilícito da interrupção da gestação em tais casos. Uma conclusão definitiva a favor da descriminalização do aborto de fetos anencéfalos, contudo, necessita de um debate jurídico mais complexo, a ser desenvolvido nas seções seguintes.

2 A interrupção da gravidez do feto anencéfalo em julgamento: o valor da vida humana e a aplicação do direito

2.1 Nova contextualização da problemática

Para uma melhor compreensão da questão, faz-se necessário analisar como o Poder Judiciário brasileiro tem-se manifestado acerca da interrupção da gravidez em casos de anencefalia, e qual tem sido a fundamentação de tais decisões.

Inicialmente, cumpre constatar que a controvérsia acerca da viabilidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo – ou a antecipação terapêutica do parto, nas hipóteses em que a gestação já se encontre em estágio avançado – tem gerado uma grave situação de insegurança jurídica. Isso porque juízes e tribunais de vários estados da federação vêm proferindo decisões conflitantes: parte deles entende ser possível a aludida conduta, enquanto a outra parte tem decidido pela absoluta ilicitude da prática.

Em virtude do lapso temporal necessário para o deslinde de um processo criminal, sobretudo pela pluralidade de recursos cabíveis nesta seara, decorrente da relevância dos bens jurídicos ali tratados, muitas ações não chegam sequer a ter seu mérito apreciado, em virtude da perda de seu objeto. É que comumente ocorrem abortamentos espontâneos, próprios de tal espécie de gestação, e até mesmo o transcurso integral do período gestacional, sem que se tenha uma decisão definitiva.

O próprio Supremo Tribunal Federal se viu diante de tal situação, vez que, na primeira oportunidade que teria para se manifestar sobre o tema,

mediante o controle difuso de constitucionalidade, a ação foi extinta por perda de seu objeto:

EMENTA: HABEAS CORPUS PREVENTIVO. REALIZAÇÃO DE ABORTO EUGÊNICO. SUPERVENIÊNCIA DO PARTO. IMPETRAÇÃO PREJUDICADA. 1. Em se tratando de *habeas corpus* preventivo, que vise a autorizar a paciente a realizar aborto, a ocorrência do parto durante o julgamento do *writ* implica a perda do objeto. 2. Impetração prejudicada.

Nas ações em que o mérito chega a ser apreciado, o problema reside no manifesto desencontro, ou mesmo confronto, de entendimentos:

Se o Código Penal Brasileiro permite a interrupção da gravidez para expulsão antecipada do feto mesmo naqueles casos em que esse feto tenha conformação viável e apresente perspectiva de vida extra-uterina saudável (art. 128, incs. I e II, CP), não se iria sustentar que, numa situação aflitiva e dolorosa, em presença de feto anencefálico, o rigor empedernido da lei penal devesse impedir que a mulher pudesse, por sua espontânea vontade (tanto quanto no caso de gestação decorrente de estupro), obter a interrupção de uma gravidez que, embora desejada um dia, depois (graças ao avanço da Medicina) se comprovou ser totalmente inviável. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2ª Câmara de Direito Criminal. Mandado de Segurança n. 4982813000. Julgado em 29 abr. 2005).

HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.

1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o *writ* se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.

2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.

3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal.

4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.

5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental. (grifo nosso).

(Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Julgado em 17 fev. 2004).

Um dos argumentos utilizados pelos magistrados que entendem não ser possível a interrupção da gestação em casos de anencefalia é a inviolabilidade absoluta do direito à vida do nascituro. Essa interpretação parte da premissa de que o constituinte originário, ao tutelar o direito à vida, não fez qualquer tipo de ressalva, sobretudo relativa aos casos de abortamento.

Outro argumento utilizado com frequência é o de que as excludentes de ilicitude do crime de aborto previstas na legislação penal não abrangem a hipótese de malformação fetal letal, mas tão somente os abortos necessário e sentimental. Desse modo, diante da absoluta falta de previsão legal, não poderia o Poder Judiciário estabelecer uma hipótese totalmente nova de exclusão de ilicitude, por se caracterizar como uma usurpação da função legislativa e um desrespeito ao princípio da reserva legal. Esse foi o entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgado susomencionado.

Também os ministros do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, Cezar Peluso e Ellen Gracie, quando do julgamento da questão de ordem suscitada pelo Procurador-Geral da República quanto à admissibilidade

da ADPF n. 54-DF, votaram pelo não conhecimento da aludida ação, por considerar que o pedido de interpretação conforme a Constituição, dos artigos do Código Penal que descriminalizam o aborto, de modo a abranger a hipótese de anencefalia, implicaria ofensa ao princípio da reserva legal, criando mais uma hipótese de excludente de punibilidade (STF, Informativo n. 385).

Por outro lado, também relevantes são os argumentos dos que sustentam a constitucionalidade da interrupção da gestação de feto anencéfalo.

Em razão da absoluta inviabilidade de sobrevivência do feto após o nascimento, há os que defendem a atipicidade da conduta que interrompe a gestação em casos de anencefalia, uma vez que não existiria, ali, bem jurídico algum a ser protegido. Isso porque a criminalização do aborto visa a proteger o bem jurídico **vida**, o qual se mostra impossível para o feto portador da referida malformação fetal:

A essa conclusão se chega quando se tem presente a verdadeira e atual extensão do tipo penal, que abrange: a) a dimensão formal-objetiva (conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica formal à letra da lei); b) a dimensão material-normativa (desvalor da conduta + desvalor do resultado jurídico + imputação objetiva desse resultado); e c) a dimensão subjetiva (nos crimes dolosos). O aborto anencefálico elimina a dimensão material-normativa do tipo (ou seja: a tipicidade material) porque a morte, nesse caso, não é arbitrária, não é desarrazoada. Não há que se falar em resultado jurídico desvalioso nessa situação. [...] O fato é atípico justamente porque o resultado jurídico (a lesão) não é desarrazoado (desarrazoada). Basta compreender que o “provocar o aborto” do art. 124 significa “provocar arbitrariamente o aborto” para se concluir pela atipicidade (material) da conduta. Esse, em suma, é o fundamento da atipicidade do aborto anencefálico (GOMES, 2008, p. 2).

Carolina Lima (2008, p. 164), por seu turno, defende que a admissão do aborto nos casos de anencefalia, desde que haja o consentimento da gestante, enquadra-se na hipótese de exercício regular de direito, causa excludente de ilicitude, conforme o inc. III, do art. 23, do Código Penal. A fundamentação para tal posicionamento seria alcançada pela aplicação do princípio da proporcionalidade:

Se, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, conclui-se pela prevalência dos direitos da mulher, é porque a realização do aborto nos casos comprovados de anencefalia – e desde que haja consentimento da mulher – configura conduta lícita perante o ordenamento jurídico brasileiro. Por ser uma conduta lícita, a mulher encontra-se diante de uma realidade que configura exercício regular de direito, acobertado pela exclusão da ilicitude. Isso porque a aplicação do referido princípio leva a uma regra: a mulher tem o direito constitucional de realizar o aborto nos casos de comprovação de anencefalia. Por isso, a penalização do aborto, nessa situação, seria de flagrante inconstitucionalidade, por violar o princípio da proporcionalidade (LIMA, 2008, p. 166).

Rogério Greco (2009, p. 420), ao se referir ao inc. II, do art. 128, do Código Penal, que autoriza a interrupção da gestação quando esta é resultante de violência sexual, afirma ser aquela uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa (excludente de culpabilidade) – ao contrário dos demais doutrinadores que a identificam como uma excludente de ilicitude – não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato seria típico e ilícito, mas deixaria de ser culpável.

Nesse sentido, também seria possível aplicar o mesmo raciocínio na interrupção da gestação em que há malformação fetal letal, não sendo razoável exigir que a mulher prossiga com tal gravidez, dadas as suas peculiaridades. O aborto em casos de anencefalia, portanto, seria uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, sendo tal conduta um exemplo de causa supralegal de exclusão da culpabilidade – que é “aquela que, embora não seja prevista expressamente em algum texto legal, é aplicada em virtude dos princípios informadores do ordenamento jurídico”. (GRECO, 2009, p. 420).

O Tribunal de Justiça do Estado do Acre, quando instado se manifestar sobre a controvérsia, aplicou idêntico entendimento:

APELAÇÃO CRIMINAL. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ. FETO COM ANENCEFALIA. LAUDO MÉDICO ATESTANDO A ANOMALIA. INVIABILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA. CAUSA SUPRA LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. PROVIMENTO. UNÂNIME.

1. A interrupção da gravidez de feto com má-formação congênita – anencefalia –, devidamente comprovada por laudo médico, consoante uma melhor leitura da Constituição Federal, deve ser autorizada, a despeito da falta de previsão legal, ante a incidência de exculpante supra legal, de inexistência de outra conduta, pois não é lícito exigir-se da mãe, ciente da inaptidão vital de seu filho (feto), que leve adiante a gestação sob intenso sofrimento físico e psicológico. Nestes casos, o direito deve voltar-se para tutelar a vida da genitora, que está efetivamente exposta a risco.

2. Precedente desta Câmara Criminal.

(Acórdão n. 3.320, publicado no DJ n. 2.853, de 21/10/2004)

Por todo esse contexto, fácil perceber a importância do estabelecimento de interpretação uniforme acerca da viabilidade do aborto, em casos de anencefalia fetal. O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF pelo Supremo Tribunal Federal, ajuizada com tal finalidade, poderá restaurar a segurança jurídica abalada e frear o tratamento jurídico distinto que tem sido dado a situações idênticas.

2.2 Arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento adequado para o estabelecimento de uma interpretação constitucional definitiva sobre a interrupção da gravidez do feto anencéfalo

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF – é um importante instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais. O instituto ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, com natureza jurídica de norma constitucional de eficácia limitada, e, portanto, só pode ser efetivamente utilizado a partir de dezembro de 1999, quando foi promulgada a Lei n. 9.882/99, que trouxe a sua regulamentação.

A previsão constitucional do aludido instituto está expressa no art. 102, § 1º: “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Com relação às hipóteses de cabimento da nova

ação constitucional de controle concreto da constitucionalidade, a Lei n. 9.882/99 estabeleceu:

Art. 1º A arguição prevista no § 1 do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II – (VETADO).

A expressão “preceito fundamental” foi utilizada no texto constitucional unicamente para designar o objeto da aludida arguição. André Ramos Tavares (2003, p. 51) afirma que, nos quadrantes do Direito, a noção de **preceito** ancora-se na ideia de ‘ordem’, ‘mandamento’, ‘comando’, identificando-se, uma vez mais, com o conteúdo que se encontra tanto em regra como em princípio. Assim, preceito torna-se sinônimo de ‘norma’, designativo das regras e dos princípios jurídicos.

Os princípios envolvidos na controvérsia acerca da interrupção da gestação nos casos de anencefalia fetal, como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade de consciência e de crença, do direito à vida e à saúde, portanto, são também preceitos fundamentais, vez que integram o cerne do sistema de valores da Constituição, podendo ser tutelados por meio de ADPF.

Com a finalidade de resolver a controvérsia acerca da viabilidade da interrupção da gestação de feto anencéfalo, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde - CNTS, ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 54/DF.

A petição inicial da aludida ação citou como preceitos fundamentais violados os seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º, inc. IV – dignidade da pessoa humana –, art. 5º, inc. II – princípios da legalidade, liberdade e autonomia da vontade –, art. 6º, *caput*, e art. 196 – direito à saúde. Foram apontados como atos do Poder Público causadores da lesão o conjunto normativo formado pelos arts. 124, 126, *caput*, e 128, incs. I e II, do Código

Penal e a interpretação alegadamente inadequada que diversos juízes e tribunais estão conferindo aos textos mencionados, a despeito dos princípios constitucionais, indeferindo os pedidos de antecipação terapêutica do parto em casos de fetos anencéfalos.

Em suas razões, a parte autora afirma que, inexistindo viabilidade fetal extrauterina, o foco da atenção deve voltar-se para o estado da gestante e para o reconhecimento dos seus direitos fundamentais: dignidade, direito à saúde, liberdade e autonomia da vontade da mulher.

Assim, nos exatos termos da petição inicial da ADPF n. 54/DF, o que esta visa, em última análise, “é a *interpretação conforme* a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado”. (BARROSO, 2004, p. 10).

No caso em questão, é forçoso reconhecer que uma interpretação da parte do Supremo Tribunal Federal que autorize a interrupção da gestação de fetos anencéfalos estará sim, a partir de um critério interpretativo, autorizando a utilização de uma excludente de ilicitude/culpabilidade não prevista expressamente na legislação penal.

No entanto, é de se adiantar que, dada a relevância da controvérsia constitucional e a inércia legislativa, apenas uma medida extrema, como uma decisão em sede de ADPF, com efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, possui efetividade para evitar ameaças e reparar as lesões a preceitos fundamentais ali identificadas, refreando a insegurança jurídica decorrente das decisões contraditórias acerca da questão.

2.3 Valor da vida humana e interrupção da gravidez

A interrupção da gravidez, ou aborto, em uma nomenclatura mais comum, é tema que costuma despertar polêmicas intensas, colocando em lados opostos os defensores do direito de escolha da mulher e aqueles que defendem ser inviolável o direito à vida do nascituro. Em uma linguagem passional: “os que são a favor da vida e os que são contra a vida”. As divergências são profundas e envolvem argumentos jurídicos, morais, religiosos e atinentes à saúde pública.

Ronald Dworkin (2003, p. 12) destaca dois argumentos básicos utilizados por aqueles que se posicionam contrários ao aborto. O primeiro argumento, que ele denominou “derivativo”, pressupõe que o feto tem os mesmos direitos e interesses que todos os seres humanos e, portanto, nessa linha de princípio, o aborto é errado porque viola o direito de alguém de não ser morto, violando o seu direito à vida. O governo, sob essa ótica, tem a responsabilidade derivativa de proteger o feto, ou seja, derivada dos direitos e interesses a ele inerentes.

O segundo argumento contrário ao aborto consiste na ideia de que a vida humana possui um valor sagrado desde a concepção, e a interrupção da gravidez, nesse sentido, seria um erro, por desconsiderar o valor intrínseco e sagrado de qualquer estágio ou forma de vida humana. Esta objeção é denominada “independente”, por não estar atrelada a qualquer direito ou interesse particular do feto, devendo o governo proteger o valor intrínseco da vida.

Quanto à primeira objeção, a que defende que o feto possui os mesmos direitos que qualquer outro ser humano, é de se observar que este é um argumento de difícil sustentação. Isso porque “não tem sentido imaginar que alguma coisa tenha interesses e direitos próprios – não obstante seja importante o que lhe aconteça –, a menos que tenha, ou tenha tido, alguma forma de consciência, algum tipo de vida mental ou física” (DWORKIN, 2003, p. 21).

O ordenamento jurídico brasileiro não acolhe a objeção derivativa acerca do aborto. O Código Civil estabelece, em seu art. 2º, que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, ainda que a lei ponha a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Nessa perspectiva, conclui-se que a personalidade só deixa de ser expectativa de direito e passa a ser direito adquirido após o efetivo nascimento com vida, sendo que não se poderia atribuir a um ser ainda sem personalidade os mesmos direitos de uma pessoa nativa¹. O Código Penal, da mesma

1 Nesse sentido se manifestou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, quando da apreciação da constitucionalidade da Lei de Biossegurança, que asseverou que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), “livre exercício dos direitos individuais” (art. 85, III) e “direitos e garantias individuais” (art.

forma, apesar de criminalizar o aborto, excepciona as hipóteses de risco à saúde da mãe e de gravidez decorrente de estupro, donde se conclui que o nascituro, em que pese ter grande relevância para o sistema jurídico, não usufrui os mesmos direitos de um ser humano já nascido.

Se, dessa maneira, se pode considerar rejeitada a primeira objeção, a derivativa, cumpre constatar que o ponto central da controvérsia sobre a interrupção da gravidez reside na objeção que Dworkin (2003, p. 12) adjectivou de independente, ou seja, no “caráter sagrado” e no elevado valor que se atribui à vida humana.

A grande maioria das pessoas partilha da ideia de que a vida humana é intrinsecamente importante, sagrada, inviolável, não podendo ser deliberadamente eliminada. Sendo a vida um bem intrinsecamente importante, seu valor independe daquilo que as pessoas apreciam, desejam, necessitam, ou do que é bom para elas. A vida é um bem valioso em si mesmo.

Ronald Dworkin (2003, p. 114) afirma que se considera a vida humana intrinsecamente valiosa em decorrência de sua história, do modo como ela veio a existir e da forma como hoje é concebida, após anos de evolução. A vida de cada ser humano exige respeito e proteção em virtude do complexo investimento criativo que representa, bem como pela admiração causada pelo processo divino (ou evolutivo) que produz novas vidas a partir das velhas.

Além desse aspecto natural-evolutivo, a vida é também um bem valioso em virtude do processo civilizatório pelo qual a humanidade passou e vem passando, ao longo de sua história, processo que fez o ser humano absorver e dar continuidade a centenas de gerações e culturas, de formas de vida e de valor. Essa exaltação da humanidade se verifica, ainda, numa dimensão individual, relativa às derrotas e conquistas do homem indivíduo, pessoa comum.

Assim, “a ideia que se tem de que a vida humana é inviolável e carece de proteção fundamenta-se em duas bases do sagrado que se

60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado (Informativo n. 497 do Supremo Tribunal Federal).

combinam e confluem: a criação natural e a criação humana” (DWORKIN, 2003, p. 115).

Valoriza-se criação natural, em virtude dos processos divinos ou evolutivos que geram novas vidas a partir das que as antecederam, e, especialmente, por ser admirável a complexidade e perfeição do organismo humano. Sob essa perspectiva, a natureza humana é enaltecida em razão da racionalidade própria do *homo sapiens*, a qual o torna diferente e intelectualmente superior às demais formas de vida.

A criação humana, por outro lado, também é vista como de grande importância, e isto se deve à evolução intelectual e social que ocorreu ao longo do processo de civilização. Tal evolução permitiu que o homem se tornasse um agente transformador do meio ambiente em que vive, modificando a natureza na busca de uma melhor qualidade de vida. Também se valoriza a criação humana de modo particularizado, a partir do ponto de vista do indivíduo, especialmente com relação aos planos e expectativas que cada pessoa tem em relação à sua própria existência, como, por exemplo, em que gostaria de trabalhar, se pretende se casar, se deseja ter filhos, etc.

Essas duas noções que fundamentam o valor atribuído à vida humana demonstram que a vida representa um verdadeiro investimento. Investimento de Deus ou da Natureza, no sentido da perpetuação e evolução da espécie, e investimento do próprio homem, o qual tem objetivos próprios para sua existência e para o desenvolvimento de sua comunidade. Dworkin (2003, p. 117) afirma que “o horror que se sente diante da destruição intencional de uma vida humana reflete um sentimento comum e inarticulado da importância intrínseca de cada uma dessas dimensões do investimento feito”. A interrupção ou continuidade de uma gravidez, nesse sentido, representa a priorização de uma das faces deste investimento: o investimento natural/biológico ou humano.

Ainda segundo Dworkin (2003, p. 120), a ênfase no investimento biológico é dada pelos conservadores, enquanto que os liberais tendem a priorizar o investimento humano. Essa divergência, contudo, não ocorre porque uns refutam valores que os outros consideram cardinais, mas porque adotam posições radicalmente diferentes acerca da importância relativa desses valores, que ambos reconhecem fundamentais e profundos.

Seguindo essa linha de raciocínio, se a vida humana é um bem sagrado, intrinsecamente importante, ela o é não apenas para o feto, mas também para a mulher grávida. Sob esse ponto de vista, os interesses específicos da mulher são, inclusive, de mais clara visualização, uma vez que esta já construiu uma história de vida, têm escolhas pessoais, interesses e objetivos próprios e, além de seu direito fundamental de permanecer viva, tem um rol de outros direitos assegurados, tais como o direito à privacidade, à saúde e à sua dignidade.

O valor da vida humana é um postulado que pode ser arguido tanto pelos que se posicionam contrários, como por aqueles que se mostram a favor da interrupção voluntária da gravidez. O valor que se atribui à vida da mulher – vida esta compreendida como um todo complexo – está em contraposição ao direito que a humanidade tem de proteger a vida do feto, no sentido único de **manter vivo aquele ser**, ainda que igualmente relevante, cumpre frisar.

A controvérsia acerca da interrupção da gestação de feto anencéfalo é uma dessas situações na qual surge concorrência entre direitos fundamentais. O direito que as pessoas têm de ver a vida humana protegida, preservada e incentivada, esteja ela em qualquer estágio. Mas também, o direito à vida digna da mulher, consubstanciado nos direitos à saúde, à liberdade de crença e autonomia reprodutiva, também estes direitos fundamentais. A questão reside em definir qual vida recebe a proteção jurídica adequada, se a dignidade da vida de uma pessoa que já integra a comunidade de direito, ou da vida de uma pessoa apenas em potencial, como pode ser tomado o feto ainda no útero materno, considerando-se que todos esses valores são tutelados pela Constituição Federal de 1988.²

2.4 Integridade na aplicação do direito

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 assegurou de forma expressa a importância da dignidade da pessoa humana e do direito à vida,

2 Dworkin, nesse aspecto, trabalha com a tese da frustração: a frustração da morte será maior ou menor dependendo do estágio da vida em que ocorre. Isso porque a frustração é maior se ocorre após e não antes de uma pessoa fazer um investimento significativo na sua própria vida. E é menor se ocorre depois de um investimento ter sido substancialmente realizado ou realizado na medida do possível. (DWORKIN apud SARMENTO; PIOVESAN, 2007, p. 174).

na República Federativa do Brasil. Na controvérsia aqui tratada, esses dois valores essenciais ao Estado brasileiro (vida e dignidade) estão em concorrência, ambos da mesma hierarquia constitucional. Diante desse impasse, ou aparente impasse, surge o problema da interpretação dos princípios constitucionais.

A interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade prática que tem por finalidade precípua – estabelecendo o seu sentido –, tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas. Isso porque, sem que se opere a transformação do abstrato em concreto e do geral em particular, o texto nada dirá àquele que pretenda compreendê-lo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 77).

Nesse sentido, a interpretação, ao concretizar os modelos normativos diante de situações concretas e palpáveis, pressupõe certa medida de criatividade por parte de um de seus principais protagonistas, no caso, o juiz, ante a inexistência de uma resposta especialmente moldada de maneira prévia ao caso. No âmbito da jurisdição constitucional, o exercício dessa criatividade, *a priori*, é desprovido de muitos limites textuais, uma vez que a atividade interpretativa se desenvolve essencialmente em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos – as fórmulas lapidares que integram a parte dogmática das constituições (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 80).

Disso resulta que nas Cortes Supremas essa atividade de criação que o magistrado desempenha no curso do processo de aplicação do direito pode se dar de forma ainda mais acentuada, seja em virtude da amplitude principiológica das controvérsias, seja pela inexistência de textos infraconstitucionais regulamentadores das normas de eficácia plena contidas nas cartas, como tem ocorrido em alguns casos da realidade constitucional do Brasil.

Com relação à interpretação do direito, Ronald Dworkin (2005), após investigar e questionar a validade das interpretações que vêm sendo adotadas nos Juízos e Tribunais – especialmente o pragmatismo e o convencionalismo³ – desenvolveu a teoria do **direito como integridade**, a qual se

3 O **convencionalismo** sustenta que a prática jurídica bem compreendida é uma questão de respeitar e aplicar as decisões políticas e jurídicas do passado, de considerar apenas suas conclusões e nada

apresenta como uma melhor vertente interpretativa para a prática jurídica contemporânea, na medida em que busca a coerência de princípios como forma de interpretação do direito.

Ronald Dworkin entende que a interpretação do direito se dá pela reconstrução deste a partir das próprias práticas da comunidade personificada, num processo denominado de **interpretação criativa**. A partir dessas interpretações, a construção da prática jurídica funcionaria como um **romance em cadeia**, na qual juízes e tribunais buscariam, a partir das decisões passadas e dos princípios fundamentais eleitos pela comunidade, dar continuidade ao **romance** até ali já escrito, de modo que o mesmo permanecesse coerente:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (DWORKIN, 2005, p. 276).

Segundo a teoria proposta por Ronald Dworkin, essa interpretação do direito se junta a outros três ideais políticos distintos, almejados pela comunidade, que são a justiça, a equidade e o devido processo legal:

A justiça diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada.

mais, como direito. Se só as decisões políticas passadas e os precedentes podem ser tidos por direito, se estará privilegiando o ideal das expectativas asseguradas, da segurança jurídica, o que pode ser efetivamente benéfico para a comunidade do ponto de vista da estabilidade das deliberações judiciais. Ocorre que, nos casos onde não exista qualquer legislação ou decisão correlata, o magistrado poderá, excepcionalmente, utilizar-se da discricionariedade, solução esta que vai de encontro à principal bandeira do convencionalismo, qual seja, a segurança jurídica. O **pragmatismo**, por sua vez, nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado, de modo que a única justificativa necessária à coerção seria a justiça, a eficiência ou alguma outra virtude contemporânea da decisão. Uma interpretação pragmática estimula os juízes a decidir e agir segundo seus próprios pontos de vista, pressupondo que essa prática servirá melhor à comunidade – aproximando-a daquilo que realmente é uma sociedade imparcial, justa e feliz – do que qualquer outro programa alternativo que exija coerência com as decisões já tomadas por outros juízes no passado.

O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu (DWORKIN, 2005, p. 483).

A integridade, nesse contexto, seria um quarto ideal político, mais abrangente que os três primeiros, porquanto, ela própria, tem a finalidade de proporcionar o equilíbrio perfeito entre os ideais da justiça, da equidade e do devido processo.

A teoria da integridade na interpretação do direito de Ronald Dworkin (2005, p. 254) pressupõe que as sociedades sejam comunidades de princípio, cujos membros admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.

Insiste em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, em sentido lato, o sistema de princípios necessários à sua justificativa. (DWORKIN, 2005, p. 273). Admitindo o ideal político da integridade na prestação jurisdicional, Ronald Dworkin (2005, p. 477) afirma que o direito real contemporâneo consiste nos princípios que proporcionam a melhor justificativa disponível para as doutrinas e dispositivos do direito como um todo.

Na essência, a integridade é uma coerência de princípios, e não uma coerência mecânica no sentido de repetição literal de decisões anteriores. A integridade exige que as pessoas sejam tratadas como se estivessem vivendo sob um único e coerente conjunto de princípios políticos fundamentais, a bem da própria ideia, também fundamental, da igualdade. Nesse diapasão, é possível pensar que o direito como integridade fornece a chave interpretativa para resolver a concorrência de direitos que o problema examinado neste artigo apresenta. E resolver bem, considerando outras exigências básicas do Estado constitucional democrático, como é o ideal da igual consideração e respeito em relação a todos os indivíduos e a necessidade de resolver, com profundidade, as assimetrias normativas apontadas na descrição preliminar do problema, feita na seção primeira.

A vantagem da proposta interpretativa é admitir a positividade do direito, mas de modo relacionado aos valores fundamentais do Estado constitucional democrático, especialmente o princípio da igual consideração e respeito de todos. Relacionar adequadamente positividade ou segurança do direito com a exigência de justiça é a chave da prática jurídica no Estado constitucional democrático. E o direito como integridade pretende elucidar essa questão.

Nessa perspectiva, na parte seguinte deste trabalho, os princípios albergados pela Constituição de 1988, bem como aqueles já concretizados na legislação infraconstitucional, serão apresentados conforme a proposta interpretativa do direito como integridade, de Ronald Dworkin, de modo a investigar qual a melhor interpretação construtiva para a controvérsia acerca da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, enfatizando-se a necessária coerência do sistema de princípios que rege o Estado brasileiro.

3 Princípios constitucionais e regras legais autorizadores da interrupção da gravidez do feto anencéfalo

3.1 Dignidade da pessoa humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, vetor axiológico da República Federativa do Brasil, é frequentemente apontado como valor/norma autorizadora da interrupção prematura da gestação em situações de anencefalia fetal. Faz-se necessário, portanto, explorar o conteúdo deste postulado.

Immanuel Kant (apud SARLET, 2009, p. 36), ao discorrer sobre a dignidade, afirmou que “quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.”

Ingo Sarlet, por sua vez, propõe um conceito elucidativo para a dignidade da pessoa humana:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade implicando, neste sentido, um **complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável**, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (Grifo nosso) (SARLET, 2009, p. 67).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a reconhecer, no âmbito do Direito Constitucional Positivo, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de Direito, conforme estabelece o art. 1º, inc. III, da Carta Política. Cumpre registrar que o texto constitucional vigente foi além, ao referir-se expressamente à dignidade também em outros artigos: ao estabelecer que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*), ao fundar o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável (art. 226, § 6º), bem como ao assegurar à criança, ao adolescente e à pessoa idosa o direito à dignidade (arts. 227 e 230, *caput*).

E por abrigar essa concepção de valorização do ser humano é que o princípio da dignidade da pessoa tem sido entendido como valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Sobretudo porque “a dignidade, evidentemente, não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já que constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa”. (SARLET, 2009, p. 47).

Com relação ao dispositivo constitucional que enunciou a dignidade da pessoa humana, cumpre observar que este contém não somente normas definidoras de direitos e garantias, no sentido de reprimir toda e qualquer tentativa de coisificação do homem, mas também compreende **deveres** fundamentais, a serem realizados tanto pelo Estado, como pela comunidade. Assim, quando se fala – para Ingo Sarlet (2009, p. 78)

equivocadamente – em “direito à dignidade”, se está, em verdade, a considerar o direito a **reconhecimento**, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana.

Desse modo, a dignidade, mais que um direito, é um princípio fundamental, o qual se espraia por todo o sistema jurídico, orientando a atuação estatal direcionada ao indivíduo socialmente situado, carecedor de medidas que lhe proporcionem mínimas condições de existência, bem como garantindo ao homem individualmente considerado proteção contra eventuais ataques à sua autonomia e individualidade.

No que tange ao objeto da ADPF n. 54, o mandamento jurisdicional que tem o efeito de jungir a gestante a prosseguir gravidez absolutamente inviável, do ponto de vista científico, macula sua dignidade e autonomia individual, bem como produz sofrimento infundável à gestante e à sua família, uma vez que essa situação peculiar vai de encontro à lógica da vida.

Assim como a legislação não pode coagir a mulher, em qualquer hipótese, ao abortamento, do mesmo modo não pode impedir que esta, movida por justificadas razões de ordem pessoal, interrompa a gestação nos casos de malformação fetal letal. Tal cerceamento significa, inclusive, impor uma angústia a mais à gestante, além daquela já vivida em decorrência das peculiaridades da gravidez.

A dignidade da pessoa humana pressupõe o direito de se proteger contra situações que acarretem um sofrimento injustificado. Evitar a dor, nesse sentido, é algo que concretiza o princípio da dignidade humana. Constitui uma exigência do princípio da dignidade permitir que a gestante possa aliviar suas dores físicas ou psicológicas lancinantes provocadas por um feto com morte cerebral (PARDO, 2005, p. 287).

Um argumento contrário ao aborto, utilizado de forma recorrente no debate, é que em oposição ao “direito à dignidade” da mulher estaria o direito à vida do feto. É certo que tanto a vida como a dignidade da pessoa humana são princípios fundamentais, não se podendo cogitar acerca de uma possível supremacia de um ou de outro, pois ambos se revestem da essencialidade e da inviolabilidade.

Ocorre que a proteção da vida do nascituro em casos de anencefalia ganha contornos distintos. Isso porque um feto viável, além de nascer com vida, nasce com todas as capacidades essenciais para se manter vivo e, depois de decorrido seu ciclo vital, inevitavelmente morrer, como é próprio da existência humana. O feto anencéfalo, por sua vez, em que pese possa vir a nascer com vida, não possui as estruturas biológicas mais fundamentais para possibilitar desenvolver uma existência humana complexa e completa.

Não se pode falar em predominância da dignidade, em detrimento do valor vida, mas esta, num sentido completo, está envolvida com aquela. O direito à vida que a Constituição tutela, mais que a vida em sentido biológico, compreende a vida em um sentido maior, vida que possibilite a completa realização pessoal. Não se trata tão somente de uma sobrevivência, mas sim de uma existência que tem por finalidade a felicidade.

Desse modo, concretizar o valor da dignidade da pessoa humana é conferir liberdade para que a gestante possa refletir e tomar ela própria a decisão que lhe traga maior conforto na delicada situação de anencefalia fetal, interrompendo ou não a gravidez.

3.2 Autonomia privada e liberdade individual

A autonomia reprodutiva consiste em outro princípio fundamental que rende ensejo à procedência da ADPF 54, a fim de conferir liberdade plena para que a gestante possa refletir e tomar ela própria a decisão que traga maior conforto na delicada situação de anencefalia fetal, interrompendo ou não a gravidez.

Consoante o § 95 da Plataforma da IV *Conferência Mundial sobre a Mulher*⁴, a autonomia privada é caracterizada por ser o direito de “decidir livre e responsabilmente pelo número de filhos, o espaço a medear entre os nascimentos e o intervalo entre eles”, e, ainda, de “adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coações nem violência”.

4 A Conferência Mundial sobre a Mulher: Igualdade, Desenvolvimento e Paz foi um encontro organizado pelas Nações Unidas entre 4 de setembro e 15 de setembro de 1995 em Pequim, China. Participaram do evento 189 governos e mais de 5.000 representantes de 2.100 ONGs. Os principais temas tratados foram: os direitos humanos da mulher, pobreza, tomada de decisões, infante feminina e a violência contra a mulher.

A máxima relevância da autonomia reprodutiva foi aduzida pelo Ministro Joaquim Barbosa, quando, como relator, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.025, afirmou que:

Nesse ponto, portanto, cumpre ressaltar que a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos, são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher, razão por que, no presente caso, ainda com maior acerto, cumpre a esta Corte garantir seu legítimo exercício, nos limites ora esposados. Lembro que invariavelmente essa concepção fundada no princípio da autonomia ou liberdade individual da mulher é a que tem prevalecido nas cortes constitucionais e supremas que já se debruçaram sobre o tema.

Com efeito, a partir da dicção do art. 5º, inc. II, da Constituição Federal de 1988, pode-se vislumbrar a positivação do princípio da autonomia reprodutiva, considerando este como uma vertente do princípio da liberdade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”.

Nessa esteira, um Estado que se proclama democrático não pode desrespeitar ou alijar a liberdade de cada indivíduo, sob pena de tornar-se despótico e totalitário. A esse respeito, a criminalização do aborto terapêutico é incompatível com o Estado democrático de Direito, e, nas palavras de Ronald Dworkin, redundaria em uma “escravização parcial”.

Se a autonomia pessoal está intrinsecamente ligada à dignidade da pessoa humana, sendo, para Kant, o seu próprio fundamento, *ipso facto*, o respeito à liberdade individual da gestante, por via reflexa, significa a efetiva observância do princípio informador da ordem jurídica brasileira, qual seja: a dignidade humana.

A vedação da interrupção da gestação de um feto anencéfalo, que tem o condão de conspurcar a privacidade e liberdade individual, restringe a faculdade de decisão, trazendo incomensurável angústia e sofrimento à gestante e toda sua família, porquanto nada mais cruel do que esperar por nove meses o parto de um natimorto, apenas para tomar providências concernentes ao seu enterro.

O direito à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher, consagrado em nosso ordenamento jurídico, consiste em um permissivo legal

ao aborto de um feto portador de anencefalia, pois a opção estritamente íntima de prosseguir ou não com a gestação compete apenas à mulher, que deverá sopesar as circunstâncias específicas de sua gravidez, e, então, tomar a melhor decisão para a sua saúde física e psíquica e corporal.

3.3 Laicidade do Estado, liberdade religiosa e de consciência

O Brasil é um estado laico, e a laicidade estatal significa, essencialmente, que o Estado não adotou uma religião oficial⁵, que defende um regime de separação entre a comunidade política e as igrejas, além de assegurar a liberdade de consciência e crença.

Ocorre que o fato de um Estado ser laico não significa, necessariamente, que este esteja absolutamente imune às influências religiosas, mas sim que a política e as finalidades institucionais não são determinadas por critérios religiosos. Com relação à laicidade do Estado brasileiro, Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 461) pontua: “o Estado brasileiro não é confessional, mas tampouco é ateu, como se deduz do preâmbulo da Constituição, que invoca a proteção de Deus. A laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé”.

Apesar de existir nítida separação entre Estado e Igreja, a Constituição Federal de 1988 admite contatos entre o Estado e as religiões. O ensino religioso é admitido em escolas públicas de ensino fundamental, ainda que sob a forma de disciplina facultativa (art. 210, §1º). O casamento religioso pode produzir efeitos civis, na forma da lei (art. 226, § 2º). É assegurada a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, também nos termos da lei (art. 5º, inc. VII). E, por fim, a sistemática constitucional acolhe ainda a possibilidade de aliança dos Poderes Públicos com comunidades religiosas mediante colaboração de interesse público (art. 9º, inc. I).

Cumprir frisar, ainda, que a ordem constitucional estabelecida a partir de 1988, além de não adotar religião oficial para o Estado brasileiro, as-

⁵ Será inequivocamente religião o sistema de crenças que se vincula a uma divindade, que professa uma vida além da morte, que possui um texto sagrado, que envolve uma organização e que apresenta rituais de oração e de adoração. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009. p. 461).

segurou aos seus nacionais o livre exercício de suas convicções religiosas, filosóficas e existenciais, sendo que tal direito foi alçado, pelo legislador constituinte originário, à categoria de direito fundamental, insuscetível de ser mitigado ou abolido. É o que estabelece o art. 5º, inc. VI, da Constituição Federal de 1988: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

No supracitado dispositivo constitucional é possível identificar duas espécies de liberdade: a liberdade de consciência e a liberdade religiosa. Com relação à **liberdade religiosa**, esta compreende a liberdade de crença, a liberdade de aderir a alguma religião e a liberdade de exercício do culto respectivo. Desse modo, ao indivíduo é assegurado tanto o direito de professar suas próprias convicções religiosas como o de se manter alheio a manifestações dessa natureza.

Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco leciona que o Estado brasileiro, ainda que laico, reconheceu a importância da liberdade religiosa, não apenas como mecanismo secundário de prevenção e controle das tensões sociais, mas essencialmente por considerá-la um bem intrinsecamente importante:

O reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição denota haver o sistema jurídico tomado a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado. Afinal, as normas jusfundamentais apontam para valores tidos como capitais pela coletividade, que devem não somente ser conservados e protegidos, como também ser promovidos e estimulados. [...] O reconhecimento da liberdade religiosa decerto que contribui para prevenir tensões sociais, na medida em que, por ela, o pluralismo se instala e se neutralizam rancores de desavenças decorrentes do veto oficial a crenças quaisquer. O reconhecimento da liberdade religiosa também tem por si o argumento de que tantas vezes a formação moral contribui para moldar o bom cidadão. Essas razões, contudo, não são suficientes em si para explicar a razão de ser da liberdade de crença. A Constituição assegura a liberdade dos crentes porque toma a religião como um bem valioso por si mesmo, e quer resguardar os que buscam a Deus de obstáculos para que pratiquem os seus deveres religiosos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 463).

No que diz com a **liberdade de consciência**, ou de pensamento, esta visa resguardar a faculdade de o indivíduo formular juízos e ideias sobre

si mesmo e sobre o meio externo que o circunda. É o direito de pensar, refletir e crer no que quiser, sobre qualquer assunto. Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual. Como consequência dessa liberdade, o Estado não pode interferir na esfera íntima do indivíduo, não lhe cabendo impor convicções filosóficas aos cidadãos. Por outro lado, é também sua a tarefa de propiciar meios efetivos de formação autônoma da consciência das pessoas. Se o Estado reconhece a inviolabilidade da liberdade de consciência deve admitir, igualmente, que o indivíduo aja de acordo com as suas convicções. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 464).

Com relação ao objeto do presente estudo, a possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo, é de se verificar que os argumentos de ordem moral e, sobretudo, religiosa, exercem uma significativa influência no debate. Ronald Dworkin (2003, p. 48) afirma que, em todo o mundo ocidental, mesmo onde a Igreja e o Estado são normalmente separados, a batalha do aborto quase sempre tem o caráter de conflito entre seitas religiosas.

As igrejas cristãs, sobretudo a Igreja Católica, se posicionam radicalmente contra a interrupção de uma gravidez, seja qual for a justificativa de tal decisão. Tal fato não pode ser simplesmente ignorado, uma vez que o Brasil tem significativa maioria cristã, notadamente católica. Ainda que a influência das igrejas neste tipo de debate não seja sempre determinante na formação da opinião de seus fiéis, uma vez que há muitos cristãos, católicos inclusive, que se manifestam favoráveis à interrupção da gravidez em determinadas situações, o fato é que a influência que a fé exerce sobre essa grande parcela da população é bastante significativa, refletindo-se no debate social como um todo.

No ponto, cumpre observar que é perfeitamente legítima a manifestação dos grupos religiosos. Constitui excelente exemplo de liberdade religiosa e de consciência protegida e incentivada pelo sistema de valores constitucionais. Tais embates, inclusive, se prestam a conferir maior segurança, efetividade e mesmo respaldo às decisões deles decorrentes, uma vez que é nessa seara onde ocorre o enfrentamento das questões relevantes da controvérsia.

Ocorre que, apesar da influência do elemento religioso no debate público, uma sociedade democrática deve sempre se pautar no respeito

a todos os seus integrantes, sem distinção, professem eles ou não alguma religião. Ronald Dworkin (2003, p. 223) afirma, com relação ao aborto, que a questão constitucional em jogo consiste em saber se um Estado pode impor a todos uma interpretação oficial do valor inerente à vida.

Diante da proteção constitucional às liberdades de convicção e religiosa, o Estado não pode, com base em qualquer fundamento religioso, ter a pretensão de interferir na educação e na cultura de toda a sociedade, sob pena de violar o pluralismo religioso e cultural. Isso porque impor princípios de fé espiritual ou de convicção aos indivíduos é uma forma terrível de tirania. (DWORKIN, 2003, p. 18).

A possibilidade da interrupção da gestação de feto anencéfalo, objeto do presente estudo, envolve uma grande carga de conteúdo moral-religioso. Isso porque, enquanto parte das pessoas acredita que a interrupção de uma gravidez seja algo abominável, outras, por sua vez, não vislumbram qualquer racionalidade em exigir que uma mulher prossiga gestação na qual o concepto está acometido de malformação fetal letal.

Garantir a eficácia da liberdade de consciência e de crença, nesses casos, significa proporcionar o direito à escolha. Ao Estado, aqui, não cabe impor condutas, sob pena de violação aos próprios princípios fundamentais por ele estabelecidos. Essa é, inclusive, a razão que leva muitas pessoas a acreditarem que aborto e eutanásia sejam profundamente condenáveis e, ao mesmo tempo, entenderem que não cabe ao governo tentar estigmatizá-los com a força das leis penais.

O reconhecimento do direito de interromper a gestação de feto anencefálico tem a finalidade de outorgar uma permissão à mulher, uma faculdade, para que ela própria, atendendo às suas convicções pessoais, sejam elas de ordem moral ou religiosa, tenha a liberdade de optar pela interrupção ou pelo prosseguimento da gravidez.

Uma interpretação comprometida do texto constitucional, na qual se prestigie a coerência de princípios, leva a concluir que o respeito à liberdade religiosa e de convicção dos indivíduos compreende, necessariamente, o direito à escolha. Nos casos de anencefalia fetal, portanto, a mulher gestante deve ter assegurado o seu direito de optar entre interromper ou não sua gestação inviável, de acordo com os valores que lhe são mais caros.

3.4 Direito à saúde

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, *caput*, classificou o direito fundamental à saúde como um direito social. Na ordem constitucional brasileira, a saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos.

O direito fundamental à saúde é corolário da dignidade da pessoa humana. Se o Estado tem como objetivo proporcionar aos seus nacionais uma vida digna, esta pressupõe qualidade de vida, a qual, por sua vez, compreende o bem estar físico, psíquico e social do ser humano. Conforme pontua Sarlet (2009, p. 59):

A concretização dos direitos fundamentais é a concretização da própria dignidade da pessoa humana. Em cada direito fundamental faz-se presente um conteúdo ou, ao menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. O não reconhecimento dos direitos fundamentais à pessoa humana representa a negação da própria dignidade.

Um dos corolários do direito à saúde é o acesso à informação. Toda pessoa tem direito de se informar e ser informada a respeito das situações que podem, de alguma forma, afetar seu bem-estar físico e psíquico. Assim é que tanto a mulher quanto o homem devem ter acesso a informações relativas à reprodução humana, a métodos contraceptivos e a outras consequências que possam advir das relações sexuais.

Assim, bem informada, a mulher tem o direito de não ficar grávida contra a sua vontade, razão pela qual a lei penal autorizou o aborto em gestações resultantes de estupro. Por outro lado, uma vez escolhida a gestação – seja por vontade consciente, seja por inobservância dos métodos contraceptivos – o corpo da mulher passa a acolher uma nova vida, a qual não pode ser sumariamente desconsiderada.

No entanto, uma situação específica surge diante de um caso de gravidez de feto anencéfalo. Isso porque, em tais em gestações – mesmo que voluntárias e desejadas – a malformação fetal letal é um resultado que não pode ser de qualquer forma atribuído aos genitores, porque quase sempre decorre de fatores alheios a sua vontade consciente. Ademais, as

ciências médicas ainda não desenvolveram métodos que possam efetivamente prevenir tal tipo de malformação fetal letal.

A partir dessas considerações, a compreensão da interrupção dessa gestação como conduta criminosa pode configurar verdadeira lesão ao direito fundamental à saúde, uma vez que a saúde física, psíquica e social da mulher, pode ser profundamente abalada em virtude de uma gestação de concepto anencéfalo.

As expectativas familiares e sociais desencadeadas a partir de uma gestação são frequentemente marcadas por um clima de alegria e satisfação, em razão da expectativa do nascimento de uma criança, da chegada de uma nova vida. Nessa atmosfera, um diagnóstico de uma anomalia fetal grave – sobretudo a anencefalia – provoca completa transformação nesse “ambiente”, que passa a refletir angústia, frustração e culpa.

No que diz, especialmente com a saúde psíquica da mulher, uma pesquisa realizada pela equipe da Dra. Gláucia Benute (2009) estudou um grupo de gestantes cujo feto era portador de malformação fetal letal, com o objetivo de descrever os processos emocionais vivenciados com a interrupção da gestação, após o diagnóstico da anomalia. As conclusões se mostram elucidativas para a compreensão do objeto do presente estudo.

De acordo com o trabalho realizado, o conhecimento do diagnóstico de anomalia fetal irreversível é um momento vivido com grande sofrimento pela gestante ou pelo casal. Apesar de tentarem manter o equilíbrio emocional, manifesta-se a perda do raciocínio lógico e há prevalência das reações instintivas. Compreendido o diagnóstico, inicia-se um processo de reflexão acerca da melhor decisão a ser tomada, seja a manutenção, seja a interrupção da gravidez. É período de revisar os valores de vida da gestante ou do casal, tais como os morais, os religiosos, bem como os filosóficos e culturais. (BENUTE apud LIMA, 2008, p. 112).

Quando a escolha foi por manter a gestação, a autora observou o sentimento de esperança, quanto a algo que pudesse ser mudado. Quando a escolha foi por interromper a gravidez, a autora observou o início da elaboração do luto e da aceitação do diagnóstico (BENUTE apud LIMA, 2008, p. 112).

De acordo com o aludido estudo, ao solicitar judicialmente a interrupção da gravidez, a gestante experimenta novas angústias e tensões.

Durante o período de espera, há grande sofrimento, e, quando o pedido é deferido, a gestante manifesta sentimento de adequação social e apresenta maior capacidade para lidar com as emoções e com a realidade social da interrupção da gestação. No entanto, quando há o indeferimento do pedido, ela vivencia nova desestruturação emocional, uma vez que sua decisão não encontra respaldo legal e social.

O estudo verificou que, mesmo sendo o aborto decorrente de reflexão responsável, o procedimento também desencadeia profundo sofrimento na gestante, sobretudo quando é realizado em enfermaria obstétrica. Ali, há o contato da gestante com outras mulheres que tiveram gestações saudáveis, o que desperta sentimentos mais intensos de fracasso e frustração, não pela interrupção em si, mas pela incapacidade sentida no gerar, pela ausência do filho imaginado, pelo filho perdido (BENUTE, 2009).

Em suas conclusões, a pesquisadora afirma que as angústias vivenciadas fazem parte do processo de reflexão, que é de fundamental importância para a decisão consciente e posterior satisfação com a atitude tomada. Reconheceu, ainda, que a interrupção da gravidez foi a melhor escolha, e que efetivamente minimizou o sofrimento, sendo que não foram identificadas reações de arrependimento ou culpa (BENUTE, 2009).

Na mesma linha de pensamento, o Ministro Marco Aurélio Melo, em decisão liminar proferida na ADPF n. 54/DF, em 1º de julho de 2004, afirmou:

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretantes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos,

postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivência é diminuída, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivência, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina.

Nesse contexto, o direito deve ser aplicado para minimizar os efeitos perversos do evento na vida da mulher e da família envolvida. Ao invés de uma postura criminalizadora do aborto na situação específica, deve-se garantir a liberdade de escolha, de modo que cada mulher, de acordo com suas convicções individuais, possa decidir acerca da solução que lhe acarrete menor dano.

É possível defender, inclusive, a utilização de analogia *in bona parte*, no sentido de que a autorização de aborto necessário também inclui os casos de anencefalia fetal. Isso porque, se a lei penal permitiu a interrupção de um conceito viável com o objetivo de preservar a vida da gestante, maior razão há para interromper a gestação de um feto inviável e que pode, potencialmente, produzir graves distúrbios psíquicos na mulher.

Sob esse aspecto, o fundamento da excludente de ilicitude prevista no art. 128, inc. II, que autoriza o aborto em casos de estupro, ensejaria a sua autorização, em casos de anencefalia. Assim como a gestação decorrente de violência contra a mulher é capaz de proporcionar-lhe vergonha, angústia, sofrimento e transtornos emocionais, em casos de malformação fetal letal, tais consequências também podem ser identificadas, com a diferença de que, na primeira situação, o feto pode ser saudável e plenamente viável, enquanto na segunda o conceito terá, na melhor das hipóteses, uma efêmera e precária sobrevivência.

A única forma, portanto, de respeitar o direito fundamental à saúde é garantir que a interrupção da gestação nos casos de anencefalia seja resultado de uma decisão livre e autônoma da mulher, ou do casal, e não de

uma imposição estatal cerceadora daquele direito essencial, como sugere uma leitura puramente legalista do ordenamento jurídico.

Assim, o estudo sistemático dos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia reprodutiva, da laicidade estatal, da liberdade de consciência e de crença e do direito à saúde leva à conclusão de que o plexo de princípios albergados pela Constituição Federal de 1988 autoriza, *rectius*: faculta, o aborto nos casos de anencefalia fetal.

3.5 Anencefalia fetal e legislação infraconstitucional

A partir do conceito interpretativo proposto por Ronald Dworkin, qual seja, o direito como integridade, já acima aludido, é possível observar que, no caso da interrupção de uma gestação de um concepto anencéfalo, há um conflito apenas aparente entre os valores aceitos pela sociedade brasileira e positivados na Constituição Federal de 1988.

Partindo-se do pressuposto de que a legislação infraconstitucional reflete os princípios fundamentais adotados pela nação – a comunidade personificada, como denominou Dworkin – é de se inferir que o Código Penal e a Lei 9.434/97, que regulamenta os transplantes de órgãos, já contemplam – com o apoio e a aquiescência da sociedade – os princípios que autorizam a interrupção da gestação em casos de anencefalia: a valorização da dignidade da mulher, a proteção diferenciada da vida humana e a adoção do critério da morte encefálica como definidor do momento final da existência humana.

O Código Penal autoriza expressamente, como já dito alhures, que a mulher interrompa uma gestação indesejada decorrente de violência sexual, em respeito aos seus valores morais e à sua dignidade. Em tais situações o feto é plenamente viável e possui as capacidades biológicas essenciais para sobreviver fora do útero materno. No entanto, o legislador protegeu de forma diferenciada essa forma de vida humana.

A Lei de Transplantes de Órgãos, por sua vez, reconheceu a morte encefálica, ou seja, a ausência de atividade cerebral, como momento fim na vida humana:

Art. 3º - A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de

diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

[...]

Art. 4º - A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Nos termos da supracitada lei, verificada a morte encefálica, mesmo que outras estruturas do corpo ainda estejam em funcionamento, a exemplo do coração, já podem ser os órgãos do doador retirados para fins de transplante, desde que com a autorização expressa de sua família. Assim, no Brasil, o critério de definição da morte humana é a falência cerebral.

Em razão dessas decisões legislativas, é de se reconhecer que a conjugação dos princípios que fundamentam as legislações supramencionadas autoriza a interrupção da gestação em casos de anencefalia. Isso porque no feto anencéfalo não há qualquer expectativa de atividade cerebral, após o parto, uma vez que o principal órgão do sistema nervoso central humano, o cérebro, sequer completou sua formação biológica, fundamental ao seu perfeito funcionamento. O anencéfalo, no fundo, é um natimorto cerebral, como já reconheceu a Resolução n. 1.752/04, do Conselho Federal de Medicina - CFM.

Facultar à gestante a decisão pela interrupção ou não da gestação é, portanto, a solução que melhor se adéqua ao sistema de princípios albergado na Constituição e no direito brasileiro. É o direito que decorre da coerência dos princípios adotados pela **comunidade personificada**, conforme a proposta dworkiana da integridade na prestação jurisdicional. Tal interpretação, além de levar harmonia ao ordenamento jurídico, permitirá que a mulher reflita sobre sua religiosidade, saúde, estado psíquico e sobre a abreviação de uma dor inevitável. O Estado, assumindo essa postura, decerto, não estará abrindo de sua prerrogativa e até obrigação de proteger toda e qualquer forma de vida humana. Todavia, a par de essa proteção poder ser diferenciada, considerando a existência ou não

da personalidade, essa é a postura que melhor valoriza a vida não só do feto, mas também a da mulher.

Diante de tudo que foi exposto, dos princípios e valores constitucionais revisitados, a partir da visão do direito como integridade, infere-se que a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da ADPF n. 54/DF, tinha de ser inexoravelmente no sentido de autorizar (ou facultar) a interrupção da gestação em casos de anencefalia fetal, e, desse modo, preservar a coerência de princípio do ordenamento jurídico brasileiro.

Considerações finais

A vida é bem jurídico intrinsecamente importante. O Estado brasileiro reconheceu o direito à vida como fundamental, conforme a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos de que o país é signatário.

A vida humana intrauterina também é alvo dessa proteção, sendo que a interrupção deliberada da gravidez é tipificada como crime, de acordo com os arts. 124 a 127 do Código Penal. O legislador, contudo, afastou o caráter ilícito do aborto em duas situações específicas: quando a gestação implicar risco à saúde da mãe (aborto necessário) e se a gravidez for resultante do crime de estupro (aborto sentimental).

A anencefalia consiste numa malformação fetal letal que inviabiliza absolutamente a vida extrauterina, na medida em que o anencéfalo não desenvolve integralmente o sistema nervoso central e sobrevive, na grande maioria dos casos, por poucas horas após o parto.

O aborto em casos de anencefalia se mostra tema controverso nos juízos e tribunais pátrios. Uma parte dos magistrados tem reconhecido a viabilidade da interrupção da gestação na hipótese de anencefalia, enquanto outra parte tem se manifestado contra, ocasionando uma grave insegurança jurídica.

A apreciação da ADPF n. 54/DF é a oportunidade para o Supremo Tribunal Federal se manifestar a respeito da problemática do aborto em caso de anencefalia, estabelecendo uma interpretação constitucional definitiva e pondo fim à grave insegurança jurídica gerada pela divergência de entendimentos sobre o tema.

Inexistindo dispositivo legal expresso autorizando o aborto em casos de anencefalia fetal, a teoria da integridade na deliberação judicial fornece uma proposta interpretativa para a questão. O intérprete, na perspectiva do direito como integridade, deve orientar-se pela coerência dos princípios fundamentais acolhidos pela Constituição e pelas decisões políticas pretéritas que já traduzem tais valores, de modo que as decisões do Estado, seja ele Executivo, Legislativo ou Judiciário, apontem todas para a mesma direção.

A partir do conceito interpretativo proposto por Dworkin, o estudo dos princípios constitucionais envolvidos na problemática – direito à vida, liberdade de consciência e de crença, laicidade do Estado, dignidade da pessoa humana e direito à saúde – leva à conclusão de que o sistema de valores construído na Constituição Federal de 1988 não rejeita, mas sim autoriza a interrupção da gestação de fetos anencéfalos.

Os princípios da laicidade do Estado e da liberdade de consciência e de crença asseguram que ao Estado não é dado interferir na esfera de consciência do indivíduo, salvo para proteger outro princípio concorrente de maior peso na hipótese considerada. Quando se trata de gestação de fetos anencéfalos, o direito de liberdade constitucionalmente assegurado impõe que o prosseguimento ou não da gravidez, ao contrário de uma imposição estatal, deve ser resultado de uma decisão livre e particular da mulher.

O valor-princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, determina que o indivíduo não deve ser coagido a suportar um sofrimento desmesurado e injustificado. O transtorno pelo qual passa uma mulher obrigada a gestar feto anencéfalo para, ao fim, vê-lo falecer, nas primeiras horas após o parto, contrariando a lógica da própria vida, representa um sofrimento demasiado e resultado do prolongamento de dor inevitável. Evitar a dor e a angústia é valorizar o ser humano e sua dignidade.

A gestação de feto anencéfalo pode comprometer, ainda, a saúde física e, sobretudo, psíquica da mulher. Concretizar o direito à saúde, nesse aspecto, é permitir que a gestante avalie sua situação pessoal e decida acerca da continuidade da gestação.

Além dos princípios constitucionais, a legislação infraconstitucional já disciplina de forma clara questões semelhantes às discutidas na pro-

blemática do aborto do feto anencéfalo. O Código Penal autoriza a interrupção da gestação de fetos plenamente viáveis nos casos de risco à saúde da mãe e de gravidez resultante de violência sexual. Tais exceções têm fundamento, respectivamente, no direito à saúde e na dignidade da mulher. A Lei de Transplantes de Órgãos, por sua vez, determina que o evento terminativo da existência humana é a morte encefálica. Desse modo, inexistindo atividade cerebral, não há bem da vida a ser protegido. A ausência de previsão legal, portanto, não se mostra justificativa suficiente para a inadmissão da mesma orientação principiológica, em casos de anencefalia fetal.

Assim, a permissão do aborto nas gestações de fetos anencéfalos é a solução que melhor se adéqua ao sistema de princípios desenhado na Constituição Federal e positivado na legislação infraconstitucional. Essa interpretação não só se coaduna com a visão harmônica do ordenamento jurídico, como também concretiza os direitos e garantias fundamentais da mulher gestante, respeitando sua liberdade, religiosidade, direito à saúde e, sobretudo, sua dignidade.

Referências

ALVES JÚNIOR., Luís Carlos Martins. O direito fundamental do feto anencefálico: Uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. n. 54. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 11, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 18 nov. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54/DF*: Petição Inicial. Ajuizada em 17 jun. 2004. p. 19.

BENUTE, Gláucia Rosana Guerra. *Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbgo/v28n1/29588.pdf>. Acesso em: 9 maio 2009.

BIREME. *Biblioteca Virtual da Saúde*. Disponível em: <<http://www.bireme.br/php/index.php>> Acesso em: 30 jan. 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2007.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940.

_____. Lei 9.434/97, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos e tecidos e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 fev. 1997.

_____. Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 dez, 1999.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Julgado em 17 fev 2004. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 18 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 84.025/2004*. Brasília, DF, 4 de março de 2004.

_____. _____. *Anencefalia e Aborto*. Informativo n. 385. Publicado em 29 abr. 2005. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2009.

_____. _____. *ADI e Lei de Biossegurança*. Publicado em 3 mar. 2008. Informativo n. 497. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Acre. Câmara Criminal. *Apelação Criminal n. 2006.002735-8*. Rel. Des. Arquilau Melo. Disponível em: <www.tjac.jus.br>. Acesso em: 23 abr. 2009.

_____. CFM. Resolução CFM n. 1.752/04, de 8 de setembro de 2004. Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 set. 2004, Seção 1, p. 140.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. *Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 10 jan. 2009.

GRECO, Rogério. *Direito penal: parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. Curitiba: Juruá, 2008.

LOPES, Silvia Regina Pontes. *Vida, anencefalia fetal e argumentação judicial: fundamentos para a legitimidade discursiva da ADPF 54-8/DF*. Disponível em: <<http://www.unb.br/posgraduacao>>. Acesso em: 25 out. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOORE, Keith L., PERSAUD, T.V.N. *Embriologia clínica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

NETO, Jorge Andalaft. *Anencefalia: posição da Febrasgo*. Disponível em: <http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/anencefalia_febrasgo.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2009.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Direitos fundamentais não enumerados: justi-*

ficação e aplicação. Tese de Doutorado. UFSC: Florianópolis, 2005, p. 287.

PINOTTI, José Aristodemo. Anencefalia. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 10 jan. 2009.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 2ª Câmara de Direito Criminal. *Mandado de Segurança n. 4982813000*. Julgado em 29 abr. 2005. Disponível em <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 25 mar. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Coords.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Coords.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter. (Orgs.) *Arguição de descumprimento de preceito fundamental à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VEJA (Revista). *Aborto: a realidade dos consultórios*. v. 42. n. 4. 28 jan. São Paulo: Abril, 2009, p. 73.

TERCEIRO ARTIGO

A liberdade de expressão e suas ameaças: reflexões a partir do caso Ellwanger (HC 82.424)

Amanda Ravena Martins Marques

Arnaldo Brasil Muniz

Maureen da Silva Brandão

Introdução

A definição mais imediata da atividade judicante a relaciona à aplicação de dispositivos constitucionais e legais nos casos que se apresentam aos juízes. Estes, então, limitar-se-iam a inventariar o acervo de expressões legais atinentes aos casos em exame para, ao fim, pronunciar o direito, já latente, adequado à resolução da contenda.

Esta tarefa, dita desta forma, parece deixar breve margem para divergências entre os intérpretes do direito, concernentes ao perímetro de aplicação de determinado texto legal, de sua existência ou validade. Os dissensos que poderiam surgir estariam limitados ao reconhecimento, por uns, de que certo acontecimento está sob o âmbito de abrangência de lei tal, ao passo que outros o

veriam à égide de disposição diversa. Como explicar, então, o fato de que diferentes juízes diante do mesmo caso, aplicando as mesmas disposições constitucionais e legais, e reconhecendo sua existência e validade, podem chegar a resultados interpretativos diferentes?

A constatação de que este fato realmente ocorre, e com frequência, conduz à conclusão de que as profundas divergências que permeiam a interpretação judicial não decorrem da dificuldade de identificação de qual dispositivo constitucional ou infraconstitucional é aplicável, mas da existência de valores implícitos a este que infundem díspares posicionamentos acerca do que realmente requer o texto constitucional.

O reconhecimento deste tipo de divergência, quanto aos fundamentos do direito, é feito por Dworkin (2007), que repele o conceito de direito acima exposto como mera questão de fato. Para ele, o direito se define na tarefa de desvelar nas decisões políticas precedentes (constituição, leis, decisões judiciais, regulamentos) a moralidade que lhes subjaz e, identificando seu propósito, conferir-lhe continuidade. Longe de meramente subsuntiva, esta tarefa deve ser crítica e, sobretudo, norteadada pela percepção de que a interpretação conferida às decisões políticas precedentes deve ser empreendida do modo como a comunidade, como um todo, aceitaria como fundamentalmente correta, sem o que estaria destituída de legitimidade política, e expressa, no limite, no postulado da igual consideração e respeito que o Estado deve tributar a todos os cidadãos.

A lealdade de princípio da deliberação judicial com a comunidade não se exaure com a argumentação inserta nas decisões judiciais. Os argumentos nelas expostos deverão estar, permanentemente, sujeitos ao desvelo – e crítica – das concepções deles constantes, máxime quando as questões revolvidas pelos tribunais são profundamente controversas e envolvem interesses que dizem respeito a todos os membros da comunidade, afetando de forma significativa suas vidas.

Esta circunstância esteve presente no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do *habeas corpus* 82.424, impetrado por Siegfried Ellwanger.

Ellwanger foi denunciado pelo crime de racismo contra judeus, com fundamento no art. 20 da Lei n. 7.716, com a redação da Lei n. 8.081/90. Para a acusação, as obras de sua autoria (*Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século*) e por ele distribuídas (*O judeu internacional; A*

história secreta do Brasil; Brasil: Colônia de banqueiros; Os protocolos dos sábios de Sião; Hitler Culpado ou inocente?; Os conquistadores do mundo os verdadeiros criminosos de guerra) continham mensagens antissemitas, racistas e discriminatórias.

Absolvido em primeira instância, foi condenado pelo Tribunal de Justiça. Impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual foi indeferido. Ajuizou no Supremo Tribunal Federal *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, onde foi autuado sob número 82.424.

O *habeas corpus* não atacou a condenação pelo crime de discriminação ou preconceito. O inconformismo voltou-se contra a caracterização da conduta como racista, sustentando-se que o preconceito foi praticado contra judeus e estes não constituem raça. Os advogados impetrantes argumentaram que o paciente teria direito à extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição, uma vez que, das condutas descritas no art. 20 da Lei n. 7.716/89, somente o racismo seria imprescritível, nos termos do art. 5º, XLII, da Constituição: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

A partir da reconstrução dos argumentos expostos no julgamento supremo do caso, o que será feito na seção inicial, o trabalho delinea e elege como ponto de investigação central a seguinte controvérsia moral sobre a qual se funda o caso: saber até que ponto o exercício da liberdade de expressão é legítimo quando seu intuito é denotar desprezo e dirigir ofensas a caracteres, modos de ser e viver próprios de determinados grupos sociais.

Para abordar essa questão essencial, as mais relevantes justificações teóricas à proteção constitucional à liberdade de expressão serão discutidas, investigando-se de que modo influenciaram os votos proferidos no julgamento do *habeas corpus* 82.424, ao mesmo tempo em que tais justificações serão submetidas a múltiplos testes, aptos a expor suas virtudes e limitações, a fim de identificar qual delas oferece a melhor resposta ao caso.

1 Alguns argumentos do caso

Relator do caso, o Ministro Moreira Alves limitou-se a analisar o argumento suscitado no *habeas*. Recorrendo à interpretação histórica para investigar quais seriam as intenções do constituinte, e valendo-se de trechos do discurso do constituinte que propôs o inciso, o Ministro acatou a

tese formulada, concluindo que, não sendo os judeus uma raça, encontrava-se prescrita a pretensão punitiva.

O Ministro Maurício Corrêa, inicialmente, também examinou a intenção e os limites que o constituinte atribuiu ao termo racismo. Posteriormente, após vista dos autos, o Ministro acrescentou novo ponto ao problema enfrentado ao lembrar que, desde o mapeamento do genoma humano, não mais subsiste o conceito biológico de raça. Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão humana segundo as características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não raça. Para ele, configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que apregoam a discriminação contra os judeus, por terem a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a antirraça. Sendo assim, o racismo não se definiria pela discriminação fundada na existência objetiva de raças diversas, mas pela promoção do preconceito e da segregação calcada na concepção subjetiva de que grupos unidos por questões culturais, religiosas, étnicas, ou de qualquer natureza constituiriam raça inferior, a ensejar o desprezo pelas características e formas de vida que detêm.

Este voto também foi o primeiro a analisar, ainda que brevemente, se a hipótese envolvia violação à liberdade de expressão de pensamento do paciente, concluindo que a previsão constitucional “não assegura o ‘direito à incitação ao racismo’, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas” (HC 82.424, p. 39).

Por adotar um critério antropológico de raça, por entender que o Direito Internacional aponta para a necessidade de repressão a todas as formas de preconceito e, ainda, por não considerar a situação albergada pela liberdade de expressão, o Ministro Maurício Corrêa votou pela denegação do *habeas corpus* pleiteado.

O Ministro Celso de Mello, fundamentando-se na orientação extraída dos diversos tratados de direitos humanos, cujo conjunto proclama a necessidade imperiosa de repressão à intolerância e às práticas discriminatórias e entendendo incompleta a noção de raça ancorada exclusivamente em critérios biológicos atualmente defasados, antes de denegar o *habeas corpus*, também teceu considerações sobre a problemática para a liberdade de expressão. Para o julgador, seria impróprio afirmar que a incitação

ao ódio público contra o povo judeu estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.

Em seguida, coube ao Ministro Gilmar Mendes proferir seu voto, no qual também decidiu pela denegação da ordem. Primeiro, debruçou-se sobre a problemática do conceito de racismo, concluindo que “não se divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o antissemitismo” (HC 82.424, p. 67). Em seguida, questionou como se articulariam as manifestações de caráter racista com a liberdade de expressão positivada no texto constitucional. Para ele, a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão comprometeria a igualdade, um dos pilares da democracia. Divergindo de Celso de Mello, neste ponto, afirmou que no presente caso se instaurou uma colisão entre direitos fundamentais, que deveria ser resolvida mediante o emprego do princípio da proporcionalidade.

Os Ministros Carlos Veloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Cezar Peluso, sem acrescentar novos argumentos ao julgado, seguiram a mesma linha dos votos que denegavam a ordem.

O Ministro Carlos Ayres Britto, dissentindo dos votos anteriores, decidiu pela concessão de *habeas corpus* de ofício, por entender que o paciente não incorreu em conduta típica, porque as ideias veiculadas nas obras publicadas não caracterizavam racismo, mas, apenas, revisionismo histórico. A divergência, aqui, não foi propriamente com as teses só de direito anteriores, mas, antes, resultou de diferente consideração dos fatos.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio apresentou seu voto, no qual, utilizando a ponderação de interesses em conflito na forma realizada pelo Ministro Gilmar Mendes, concluiu, diversamente, pela inexistência da prática de racismo. Além de conceder primazia à liberdade de expressão, o Ministro questionou a potencialidade de o livro servir como instrumento de incitação ao preconceito e, especialmente, no Brasil, contra o povo judeu.

2 Proibição à censura prévia

No direito estadunidense, a liberdade de expressão só veio adquirir o *status* de direito constitucionalmente garantido com o advento da Primeira Emenda, porquanto os 10 artigos constantes no texto original da

Constituição americana, promulgada em 1776, não lhe conferiam qualquer proteção especial. Em 1791, a Primeira Emenda dispôs que:

O Congresso Americano não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.¹ (Tradução nossa).

Mas, em 1798, foi publicado o *Sedition Act*, que previa sanções a qualquer manifestação falsa, escandalosa ou maliciosa publicada contra o Governo, as casas do Congresso ou o Presidente dos Estados Unidos da América. Isso porque o entendimento predominante no chamado período fundador era o de que a Primeira Emenda criava limitação tão somente à censura prévia (*prior restraints*), o que não impedia a penalização posterior da opinião expressada. Possível, portanto, a coexistência da Primeira Emenda com o *Sedition Act*.

Sobre a lei, Sunstein destacou que:

Nos textos contemporâneos, bem como nas interpretações recentes da Suprema Corte, o *Sedition Act* é comumente descrito como um ato maligno de inquestionável censura inconstitucional. Mas é facilmente perceptível que logo após o período fundador, a maioria das pessoas considerava o ato constitucionalmente aceitável². (SUNSTEIN, 1993, IV) (Tradução nossa).

E, discorrendo sobre a proibição à censura prévia, Dworkin (2006, p. 314) acrescentou:

[...] o que se pensava era que a Primeira Emenda declarava um princípio bastante limitado e, portanto oferecia aos cidadãos uma proteção bastante limitada. O jurista inglês William Blackstone, do século XVIII, que os advogados norte-americanos tinham na conta de oráculo do direito consuetudinário, declarara que, nessa tradição, o direito de liberdade de expressão só tinha força contra o que se chamava de “restrição prévia”. Blackstone dizia que o Estado não podia impedir os cidadãos de publicar o que bem

1 *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*

2 *In contemporary textbooks, as well as in modern Supreme Court opinions, the Sedition Act is commonly described as an act of evil and unquestionably unconstitutional censorship. But it is highly revealing that soon after the founding period, many and perhaps most people thought that the act was constitutionally acceptable.*

entendessem, mas era livre para puni-los depois da publicação caso a matéria publicada fosse afrontosa ou perigosa. Era essa a tradicional concepção britânica da liberdade de expressão: o próprio John Milton, que movera uma campanha ferina contra a restrição prévia no famoso ensaio *Areopagítica*, insistia em que toda expressão de desrespeito para com a Igreja depois de publicada, poderia e deveria ser punida “pelo fogo e pelo carrasco”. Os federalistas norte-americanos entendiam a liberdade de expressão da mesma maneira.

Não obstante todos os que foram condenados com base no *Sedition Act* tenham sido posteriormente absolvidos durante o governo de Thomas Jefferson (1801-1809), que questionava a constitucionalidade do dispositivo, a verdade é que, até o início do século XX, a doutrina da proibição à censura prévia, herdada do jurista inglês Willian Blackstone, foi continuamente reiterada pelos tribunais americanos.

O Ministro Carlos Ayres Britto acolheu tal justificação, acentuando em seu voto que:

Uma coisa, porém, é a liberdade de que desfruta **quem quer que seja para dizer o que quer que seja** [...]; outra coisa, bem diferente, é o titular dessas liberdades ficar imune a resposta por eventual agravo a terceiros, ainda que não intencionalmente cometido. Ou, pior ainda, deixar de responder pelos abusos em que vier a incorrer deliberadamente. [...] Não é pela possibilidade de agravo a terceiros, ou de uso invasor da liberdade alheia, que se vai coibir a primitiva liberdade de expressão (que se define, assim, como liberdade absoluta, nesse plano da incontrolabilidade da sua apriorística manifestação. (HC 82.424, p. 806, grifo no original).

Embora essa interpretação dada à Primeira Emenda tenha predominado nos Estados Unidos por quase cem anos, ela foi abandonada, ante a percepção de que a proteção absoluta à liberdade de expressão era aparente, porque a possibilidade de punição posterior à exteriorização do discurso infundia tamanho receio que esvaziava o sentido da cláusula constitucional.

A regra da proibição à censura prévia traduz uma profunda deslealdade com o cidadão: promete liberdade de expressão absoluta, mas permite ao Estado puni-lo severamente. Em alguns casos, a cláusula sequer protege afirmações verdadeiras, se estas, por alguma razão, se mostrarem ofensivas ou perigosas, conforme apontado por Dworkin (2006, p. 314):

Oliver Wendell Holmes, cujos famosos votos divergentes depois ajudaram a enterrar para sempre essa concepção, adotou-a em 1907 para corroborar a condenação por desacato à autoridade de um editor que criticara um juiz. Na ocasião, Holmes disse que o objetivo principal da Primeira Emenda era proibir a restrição prévia, e acrescentou que até mesmo afirmações verdadeiras poderiam ser punidas se mostrassem danosas para o processo judicial.

Entretanto, não se pode confundir a promessa de plena proteção consorciada à liberdade punitiva do Estado, permitida pela concepção invocada pelo Ministro Ayres Britto, com a limitação do exercício da liberdade de expressão decorrente da legítima regulação das oportunidades de fala.

Além disso, a ideia de liberdade absoluta ao discurso está relacionada à visão de que o falar não perfaz nenhuma ação. Aliás, o Ministro Ayres Britto chegou a defender, em apontamentos que antecederam o pedido de vista, que “publicar um livro é um direito que exprime a liberdade de pensamento. Está no plano da reflexão, não no plano da ação; não está no plano da conduta, portanto, não significa prática”. Nesse sentido, o discurso configuraria ação somente se resultasse em instigação, incitação e induzimento à prática de racismo, e, dessa forma, poderia ser objeto de punição. Embora tenha se retratado em relação a esse ponto no voto proferido, adotou a tese da censura à proibição prévia, que pressupõe uma distinção entre discurso e ação.

A regra da proibição à censura prévia à liberdade de expressão não resiste ao exemplo formulado por Holmes de alguém que grita “Fogo!” num teatro cheio de gente, que configura manifestação expressiva portadora da potencialidade de deflagrar consequências nefastas, a merecer restrição antes mesmo de sua exteriorização. Segundo Rawls (2000, p. 402), o exemplo de Holmes “é banal porque só é pertinente em relação ao ponto de vista, que não é defendido por ninguém, de que todo e qualquer tipo de expressão verbal está protegido, talvez porque se pense que a expressão verbal não é ação, e só a ação pode ser punida”.

Assim, a concepção da proibição à censura prévia não confere a melhor interpretação à cláusula constitucional que protege a liberdade de expressão. Em razão das limitações apontadas, essa doutrina foi supe-

rada, no constitucionalismo estadunidense, pela regra do perigo claro e presente, que também foi invocada no julgamento do *habeas corpus* 82.424.

3 A regra do perigo claro e presente

O Ministro Marco Aurélio reconheceu que o paciente, em seu livro, defendia ideias radicais e preconceituosas sobre os judeus. Todavia, para o ministro, a divulgação dessas ideias por meio de livro não deveria ser censurada, uma vez que a limitação à liberdade de expressão somente se justificaria em casos excepcionais, como na hipótese de perigo iminente. O Ministro sustentou que não havia risco de propagação e disseminação dessas ideias no seio da sociedade, que justificassem a condenação do paciente:

[...] em relação ao povo judeu, o livro não ensejou uma hipótese de dano real. O perigo seria meramente aparente [...] [porque] inexitem no Brasil os pressupostos sociais e culturais aptos a tornar um livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu verdadeiro perigo atentatório à dignidade dessa comunidade. (HC 82.424, p. 893).

O ministro apontou vários fatores inibidores do risco. Primeiro, lembrou que o brasileiro médio não tem o hábito de ler. Segundo, destacou que o país nunca cultivou sentimento de repulsa em relação aos judeus; pelo contrário, várias de suas instituições são admiradas como exemplos de excelência (hospitais, museus, centros de cultura). Diversamente do contexto da Alemanha pós-nazista, em que dormitam na sociedade os ressentimentos advindos do sofrimento imposto aos judeus, discursos que inflamem esses sentimentos latentes poderiam deflagrar violência e convulsão social, de sorte a determinar restrições à liberdade de expressão, no que concerne a esses discursos. Terceiro, a censura a ideias preconceituosas divulgadas por meio de livro seria admissível no Brasil se, em vez de relacionadas aos judeus, fossem dirigidas contra negros, índios ou nordestinos. Pela história de escravização dos negros e índios e pela segregação social dos nordestinos, não seria difícil encontrar no país adeptos desse tipo de intolerância.

Esse argumento desenvolvido pelo ministro encontra substrato na doutrina do perigo claro e presente, da tradição constitucional dos Estados Unidos.

O Juiz Oliver Wendell Holmes formulou a regra do perigo claro e presente e a aplicou pela primeira vez no caso *Schenck v. United States* (1919), no qual a Suprema Corte americana ratificou a condenação de Schenck pela divulgação de propaganda contrária ao alistamento obrigatório. Segundo Holmes, “a questão, em cada caso, é saber se as palavras são usadas em tais circunstâncias e se são de tal natureza que chegam a criar um perigo claro e presente de provocar males substantivos que o Congresso tem o direito de evitar” (HOLMES apud RAWLS, 2000, p. 406). Holmes foi fortemente influenciado pela teoria dos crimes tentados, constituindo-se um dos objetivos da regra o de não punir manifestações de pensamento inofensivas.

No caso *Gitlow* (1925), a Suprema Corte daquele país adotou novamente a regra do perigo claro e presente nos termos em que delineada por Holmes, mantendo condenação pela publicação e distribuição de panfletos que divulgavam ideias anarquistas e apregoavam o emprego de violência para tomada do poder, firmando o entendimento de que o incitamento à subversão, ainda que não instigasse efetivamente a prática de atos ilegais, não estava protegido pela Primeira Emenda (RAWLS, 2000, p. 401).

A regra do perigo claro e presente foi aprimorada no caso *Whitney* (1927), pelo Juiz Brandeis, o qual defendeu que o melhor remédio para a divulgação de ideias distorcidas seria mais liberdade e mais discussão, a fim de que se revelassem as falsidades do raciocínio, mostrando a convergência da regra com a noção de um livre mercado de ideias.

Para o referido Juiz, violência ou dano à propriedade não poderiam ser invocadas para restringir a liberdade de expressão. A limitação a essa liberdade somente se justificaria para proteger o Estado da destruição ou para livrá-lo de graves danos. Também de acordo com essa vertente, a regra exigiria que a iminência do perigo fosse tal que não seria possível a realização de prévia e ampla discussão capaz de evidenciar as falácias contidas nas ideias controversas.

A partir de *Brandenburg v. Ohio* (1969) a Suprema Corte reelaborou a regra do perigo claro e presente, declarando a legitimidade da defesa da

subversão³, embora com ressalvas, diversamente do que assentado em *Gitlow*, pois deveria ser verificada a real probabilidade de o discurso proferido resultar em ação ilegal. Este caso teve origem no fato de representantes da Ku Klux Klan, sob a liderança de Charles Brandenburg, propagarem a inferioridade negra e judaica e a necessidade de união da raça caucasiana. Na ocasião, membros vestidos com a indumentária da organização, alguns armados, queimaram cruzeiros e entoaram lemas nacionalistas, racistas e xenófobos, tais como: “Liberdade aos brancos”, “Mandem os judeus para Israel”, entre outros. Diante dessas manifestações, a Suprema Corte Americana entendeu que:

[...] as garantias constitucionais da livre expressão e da liberdade de imprensa não permitem que o Estado proíba ou condene a defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando tal defesa estiver voltada para o incitamento ou para a realização de ação ilegal iminente e exista a possibilidade de incitar ou de causar tal ação (HOLMES apud RAWLS, 2000, p. 401).

Rawls adverte que, embora a regra de Holmes, aplicada em *Schenck* e *Gitlow*, assemelhe-se com a de *Brandenburg*, há uma diferença importante entre elas. Enquanto em *Brandenburg* se exige que haja incitamento voltado para a realização de ato **ilegal** e **iminente**, na formulação de Holmes a questão se concentra no perigo potencial da expressão de pensamento. Essa distinção é importante porque expõe a fragilidade da regra, evidenciada no caso *Debs v. United States* (1919).

Naquele caso, discutiu-se a afirmação de Eugene Debs, quatro vezes candidato socialista à Presidência dos EUA, de que a Primeira Guerra Mundial interessava somente à classe dominante e que o trabalhador americano tinha tudo a perder com o conflito, inclusive a vida. Julgado, Debs foi condenado a 10 anos de prisão. O candidato apelou à Suprema Corte, invocando a proteção da Primeira Emenda. No Tribunal Constitucional, Holmes relatou o acórdão que manteve a condenação com base na regra do perigo claro e presente. Para o Juiz, as declarações de Debs

3 A menção ao caso *Brandenburg x Ohio* deve ser compreendida apenas como referência à regra de proteção do discurso subversivo delineada pela Suprema Corte, entendido como a incitação à prática de atos ilícitos, ainda que seja imprópria a classificação daquela manifestação, racista e preconceituosa, como política.

poderiam obstruir o recrutamento militar. Esse caso histórico revela que a regra se satisfaz com a verificação da potencialidade do risco.

Rawls ainda expõe a fragilidade da regra por meio de outro exemplo, agora hipotético. Convida o leitor a imaginar um conflito envolvendo duas potências nucleares, sendo uma delas democrática e a outra autoritária. Pergunta se seria legítimo que alguém, na potência democrática e por sinceras razões de natureza humanitária, defendesse a renúncia unilateral às armas nucleares, na esperança que a outra potência fizesse o mesmo. A defesa dessa ideia traduz evidente risco de causar a ruína da sociedade democrática, sobretudo se parcela significativa da população demonstrar simpatia por ela. A regra formulada por Holmes, na forma em que foi aplicada para condenar Debs, levaria à censura, ante o risco de dano, mesmo que tal ideia não se relacione com a prática de nenhum crime, mas, pelo contrário, encontre-se lastreada em valores humanitários e pacifistas.

No caso *Dennis v. United States* (1951), a Suprema Corte adotou a regra do perigo claro e presente nos termos propostos pelo Juiz Hand: “Em cada caso, [os tribunais] devem perguntar se a gravidade do ‘dano’, reduzida por sua improbabilidade, justifica a intromissão na livre expressão que seja necessária para evitar o perigo” (RAWLS, 2000, p. 410).

Há importante diferença entre as regras propostas por Hand e Brandeis, utilizada em *Whitney*. Este exige que o risco seja iminente, pois, se não houver urgência, o remédio não seria a censura, mas o aprofundamento da discussão, a fim de que fossem evidenciadas as falsidades e as falácias do discurso. Para Hand, no entanto, bastaria que o dano fosse grave e provável para incidir a restrição.

Rawls critica duramente a versão apresentada por Hand, ao fundamento de que submeteria a liberdade de expressão ao inaceitável cálculo dos benefícios sociais:

Agora, a regra é interpretada como uma máxima da teoria da decisão apropriada a uma doutrina constitucional que justifica todas as decisões pelo que é necessário para maximizar a soma líquida de benefícios sociais, ou o equilíbrio líquido de valores sociais [...] Focalizar o perigo da expressão política invalidou na fonte a regra do perigo claro e presente (RAWLS, 2000, p. 410-412).

Para mencionado autor, a restrição à liberdade política, em um sistema plenamente adequado, somente se justificaria diante de uma crise constitucional e se isso fosse condição para evitar uma perda maior dessa liberdade. Deve-se destacar, todavia, que Rawls não atribui valor quase absoluto a toda liberdade de expressão, mas a uma em particular, qual seja, a política.

Resumindo, a aplicação da regra do perigo claro e presente, nos termos delineados no voto do Ministro Marco Aurélio, implica injustificada desigualdade no tratamento conferido a situações semelhantes: proteção à dignidade de negros, índios e nordestinos, e vulneração do respeito dispensado aos judeus. A regra também deve ser rechaçada não somente por resultar em distinções infundadas, mas por autorizar indevidas limitações a discursos genuinamente políticos, de que são exemplos a fala do candidato socialista à presidência dos Estados Unidos e o debate sobre desarmamento nuclear.

As considerações acima evidenciam que o uso da regra do perigo claro e presente frustra o propósito último do Ministro Marco Aurélio de prestigiar a deliberação democrática, por meio da proteção ampliada à liberdade de expressão.

A par da incapacidade da regra de proteger a liberdade de expressão, esta foi considerada sob o prisma exclusivamente instrumental, ou seja, como meio para descobrir a verdade e para o bom funcionamento da democracia. A finalidade dessa proteção cinge-se ao estímulo à proliferação de discursos que permitam o funcionamento de um livre mercado de ideias, favorecendo a deliberação democrática.

4 Controle do Estado e livre mercado de ideias

A leitura empreendida pelo Ministro Marco Aurélio também se funda na compreensão de que a liberdade de expressão deve ser protegida porque proporciona um ambiente de profusão de ideias a se contraporem no debate político, de sorte a permitir que os indivíduos formulem e endossem as concepções que lhes aprouverem, enriquecendo a deliberação política e a vivência comunal. Parte do reconhecimento de que a uniformidade moral forjada pelo silenciamento dos discursos heterodoxos esca-

moteia as fraturas na tessitura social e subordina as decisões políticas às preferências de certos grupos.

Assim, a liberdade de expressão merece ser protegida porque fomentaria a formação de um livre mercado de ideias, de onde mais provavelmente poderia emergir a verdade. Na forma exposta por Learned Hand (apud DWORKIN, 2006, p. 323):

[A Primeira Emenda] pressupõe a maior probabilidade de que a verdade se apresente através de uma multidão de línguas do que através de um tipo qualquer de seleção impingida por uma autoridade. Para muitos, isso é loucura e sempre será; mas é nisso que nós apostamos tudo.

Além de possibilitar a livre fluência de ideologias e cosmovisões, a liberdade de expressão, sob essa ótica instrumental, é, também, necessária porque mantém a vitalidade das vozes que intentem questionar a atuação estatal, desafiando a legitimidade democrática das políticas levadas a efeito. Numa sociedade em que as pessoas não pudessem questionar a gestão dos negócios públicos, subtraídas do exercício da liberdade de expressão, não seriam raras as evidências de autocracia. Este foi o entendimento do Ministro Marco Aurélio:

É fácil perceber a importância do direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e finalidades substantivas que o caracterizam. A principal delas, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas no mundo, é o valor instrumental, já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular. Em outras palavras, a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da comunidade política. [...] A liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle da atividade governamental e do próprio exercício do poder. Esta dimensão foi até mesmo a fonte histórica da conquista e do desenvolvimento de tal liberdade. (HC 82.424, p. 873).

Como se vê, trata-se de uma justificação calcada na utilidade social da outorga dessa prerrogativa aos cidadãos. Ceifar, a qualquer pretexto, a liberdade de expressão constitui menos a retração de direito ostentado pelo indivíduo do que uma vulneração desse valor social, abstratamente considerado:

O que importa, assim, é caracterizar e relevar uma dimensão eminentemente social da liberdade de expressão, que não pode ser tida unicamente como uma proteção cega e desproporcional da autonomia de ideias do indivíduo. A sociedade civil e política beneficia-se da garantia do livre exercício do direito de opinião como uma forma de se concretizar o princípio democrático. Reduzir a liberdade de expressão a um enfoque meramente individual significa podar, de maneira erosiva, a própria democracia. (HC 82.424, p. 878).

Se é na utilidade social que reside a justificação do direito à liberdade de expressão, todas as formas de discurso estariam protegidas? O Ministro Marco Aurélio entendeu que sim e conferiu, pois, a proteção a discurso por ele próprio reconhecido como radical e preconceituoso. Contudo, uma justificação que protege a liberdade de expressão na medida de sua funcionalidade somente pode abranger aqueles discursos que se mostrem, decerto, consentâneos com os propósitos já enumerados.

Ainda que um discurso seja visto como uma unidade de ação representativa do valor social da liberdade de expressão, há atos expressivos que não guardam qualquer pertinência com as finalidades democráticas que fundamentam a proteção outorgada pela defesa instrumental desse preceito. Uma interpretação da liberdade de expressão fiel às razões que a subsidiam – vislumbrando no discurso meio para o bom funcionamento da democracia – não pode abranger as manifestações que não satisfaçam seus fundamentos.

O discurso destinado à difusão de ideias preconceituosas que propagam o desprezo a determinado grupo e não amplia o debate sobre determinado tema de relevância pública, tampouco contesta a condução dos destinos da comunidade, merece proteção fundada no uso instrumental da liberdade de expressão? Ou, como formulou Dworkin (2006, p. 326):

Será que o nosso eleitorado realmente fica mais apto a escolher seus líderes ou seus cursos de ação política por permitir esse tipo de expressão? Será que nos seria mais difícil separar a verdade do erro – será que o mercado de ideias seria menos eficiente – se os membros da Klan, os nazistas ou os sexistas dogmáticos tivessem de ficar em silêncio?

O debate fica ainda mais instigante se levada em consideração uma outra faceta do exercício da liberdade de expressão para emissão de dis-

curiosos de desprezo ou ódio: a repercussão desses atos na capacidade de locução dos indivíduos que deles são alvos.

Noutras palavras: além de não contribuir para a deliberação democrática, esses discursos, sobretudo se corroborados pela omissão estatal, podem inculcar em suas vítimas um sentimento de inferioridade que, silenciando-as, alija-as da deliberação democrática. Portanto, mais do que não contribuir, esses discursos influem negativamente para a deliberação democrática, subtraindo da **“formação do pensamento da comunidade política”** concepções que deveriam integrá-la.

A omissão estatal, caracterizada pela indistinção entre atos expressivos salutares e perniciosos para a deliberação democrática, decorrente da identificação de qualquer discurso como uma unidade do valor social da liberdade de expressão, como anotado acima, revela, em última análise, a neutralidade do Estado frente ao livre mercado de ideias.

Enquanto as restrições formais à liberdade de expressão não encontram objeções, sendo praticamente unânime a constatação de que são necessárias, as limitações ao conteúdo do discurso recendem, para muitos, à indevida e arbitrária usurpação das oportunidades de fala com fundamento na repulsa às opiniões contra-hegemônicas. Assombra a possibilidade de que regulações supostamente protetivas promovam a reprodução de padrões de pensamento adequados a determinados interesses de grupos.

Como assinala Sunstein (2009, p. 298), “de acordo com o senso comum, as restrições neutras quanto ao conteúdo não distorcem o processo de raciocínio da comunidade e possuem poucas chances de refletir uma motivação governamental inadmissível”.

Todavia, a proposição de que a ausência de intervenção estatal no livre mercado de ideias possibilita uma justa distribuição das oportunidades de fala é questionada por esse autor. Ele adverte que considerar como pré-políticos os contextos discursivos imunes ao escrutínio de seu conteúdo é um equívoco, porque pode haver distorções no mercado de ideias oriundas de desiguais distribuições prévias de direitos, fazendo-se necessárias regulações tendentes à correção das disparidades. A regulação não originaria distorções no mercado, como sustentam alguns, mas, ao revés, corrigiria aquelas já existentes:

[...] a ideia de distorção [promovida pelas regulações] depende de se considerar o mercado como acima de quaisquer objeções na sua forma como ora se encontra. Se ele já estiver distorcido, a regulação com base no conteúdo poderá ser uma medida corretiva. Seria excepcionalmente surpreendente, sobretudo, se não houvesse tal distorção. Fica claro que o mercado de ideias resulta do direito existente, inclusive o direito de propriedade, o qual é responsável pela distribuição dos direitos que podem ser transformados em discurso. (SUNSTEIN, 2009, p. 298).

Sunstein sugere que, a exemplo do reconhecimento de que intervenções no mercado “de produtos” foram necessárias, é hora de perceber que o livre mercado de ideias, por vezes, em vez de traduzir o pleno exercício da liberdade de expressão, oculta uma suposta autorregulação, pela qual, grupos dotados de maior força política ou econômica detêm as oportunidades de fala.

Sendo assim, os argumentos instrumentais invocados pelo Ministro, corretamente interpretados, não protegem a opinião do paciente, uma vez que a negação do holocausto judeu, assim como a calúnia, a pornografia e o sexismo em nada contribuem para a deliberação democrática⁴. Mais do que isso, o argumento instrumental pode, no limite, ser interpretado como autorizador da proibição de discursos que neguem o holocausto, pois, dessa forma, o afloramento da verdade seria facilitado por regulações no mercado de ideias que propiciem seu melhor funcionamento.

Se a defesa instrumental da liberdade de expressão não se basta para proteger a expressão ofensiva, haveria uma defesa substantiva que, reconhecendo no indivíduo a fonte de direitos, acobertasse discursos dessa natureza?

5 Princípio da autonomia

De acordo com Dworkin (2006, p. 318), a solução de casos difíceis envolvendo a liberdade de expressão exige investigar qual o propósito dessa liberdade. Analisando a história constitucional de seu país, ele

4 Dworkin (2006, p. 332) destacou que “Harry Kalven, grande estudioso da Primeira Emenda, observou há muito tempo que a ideia de que uma sociedade em que a pornografia pesada é totalmente liberada tem mais condições de descobrir a verdade sobre qualquer coisa é um insulto ao senso comum”.

apresenta dois propósitos que são utilizados para classificar as diversas leituras desse direito.

A primeira categoria é constituída por leituras que atribuem à liberdade de expressão uma importância instrumental, uma vez que sua observância resultaria em benefício para a democracia. Esse enfoque encontra suas raízes em James Madison, para quem a liberdade de expressão ajuda o povo controlar o governo e não o contrário. Exemplo de outra concepção instrumental é o livre mercado de ideias. Ambas foram arguidas no HC 82.424, conforme discutido anteriormente.

Na segunda categoria estão as concepções constitutivas, lastreadas não somente no efeito social benéfico produzido pela liberdade de expressão, mas, sobretudo, no direito do indivíduo de dizer o que bem quiser. Neste caso, exige-se que o Estado trate os cidadãos como adultos responsáveis, capazes de decidir o que podem não somente falar, mas também ouvir, bem como de julgar o que é verdadeiro ou falso.

Ainda segundo Dworkin (2006), o cidadão, além de participar da deliberação política, tem o direito de contribuir para a formação moral e estética da sociedade e as expressões a ela relacionadas não são protegidas pela justificação instrumental. Além disso, a proteção conferida ao discurso decorre do respeito à capacidade moral do indivíduo e não somente do benefício social dela advinda.

O pressuposto da capacidade moral é a plena autonomia detida pelo indivíduo, que se subentende capaz de formular suas convicções, com base nos discursos que lhe são destinados, e expô-las com o intuito de estimular seus concidadãos a compartilhá-las. Mais do que servir à ampliação do debate democrático, o conteúdo da liberdade de expressão concerne à propagação de impressões sobre as experiências individuais e coletivas, enfim, ao desejo de proferir opiniões de qualquer teor, sob qualquer forma, o que vai muito além daquelas de cunho político.

A justificação constitutiva correlaciona-se, para Dworkin, à liberdade negativa, entendida como o exercício do direito de que o desejo de praticar algum ato não seja obstado por outrem. Na esteira de lição proferida por Isaiah Berlin, reconhece que não é possível a convivência plena entre os diversos valores cultiváveis pela comunidade – tais como liberdade, igualdade, segurança, tolerância –, a exigir sacrifícios a alguns deles na

medida da preeminência conferida aos demais. Assim, é possível a existência de restrições às liberdades negativas, desde que justificadas no respeito à precedência do valor contraposto, decorrente dos compromissos e escolhas morais efetuados pela comunidade.

Ao passo que a liberdade de dirigir em altíssima velocidade sucumbe diante do valor da segurança, a liberdade de expressão tem, no entender de Dworkin, valor sobranceiro frente aos argumentos de segurança, decência, cultivo à tolerância ou mesmo minimização de desigualdades existentes entre os indivíduos, pois:

[...] enquanto indivíduos e nações, nós temos o dever de escolher, entre as combinações possíveis desses ideais, um conjunto coerente, ainda que inevitavelmente limitado, o qual defina o nosso modo de vida individual e nacional. A liberdade de expressão, concebida e protegida como uma liberdade negativa fundamental, é o próprio âmago da escolha feita pelas democracias modernas, escolha essa que agora devemos respeitar (DWORKIN, 2006, p. 355).

Apenas as expressões que dificultem o exercício dessa liberdade por outros podem ser restringidas, mas esse poder de silenciar como efeito do exercício da liberdade de expressão deve ser suficientemente evidente, tal como a sobreposição de voz alheia durante a emissão do discurso.

Nesse prisma, restrições legítimas da liberdade de expressão se reduzem àquelas que não tangenciam seu conteúdo, porque estas últimas traduzem a repulsa do governo ou da maioria a alguns enunciados. A proteção a esse direito incluiria, portanto, a emissão de discursos radicais, de desprezo, ódio e intolerância.

Aliás, segundo Dworkin, o cerne da liberdade de expressão são precisamente os discursos pouco ou nada palatáveis, cujo sabor amargo, acaso não fosse sentido, certamente não redundaria em hostilidade. A proteção à liberdade de expressão seria desnecessária se seu objeto fossem discursos considerados benfazejos. Por essa razão, Dworkin (2006, p. 351) afirma:

A pornografia, muitas vezes, é grotescamente afrontosa; é ultrajante, não só para as mulheres, mas também para os homens. Porém, não podemos ver aí uma razão suficiente para proibi-la, sob pena de destruir o princípio de que as formas de expressão que odiamos são tão dignas quanto quaisquer

outras. A essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender, e isso não se aplica somente às formas de expressão heróicas, mas também às de mau-gosto.

Para o autor, a imponência da liberdade de expressão se mantém mesmo quando desafiada por outros valores também arraigados nos compromissos da comunidade. Ele parte de discussões travadas nos Estados Unidos acerca da retração de direitos individuais promovida pela expressão relacionada à pornografia, dentre os quais figura a limitação à liberdade negativa como consequência de efeito silenciador sub-reptício, porque infunde nas suas vítimas sentimento de vergonha e humilhação.

Sua empreitada revela que a liberdade de expressão relacionada à pornografia não colide com este valor. Para ele, embora os discursos ofensivos possam, decerto, implicar a deturpação ou silenciamento dos atos expressivos emitidos por outrem, isso não caracteriza a supressão da liberdade negativa de suas vítimas, porque este efeito consiste na redução da visibilidade dos pontos de vista destas no espaço comum. Não há limitações à veiculação das mensagens que pretendem expressar, ainda que sua repercussão não corresponda à tencionada. Como assinala Dworkin:

Não existe contradição nenhuma em insistir que toda ideia deve ter a possibilidade de ser ouvida, mesmo aquela que tem por consequência fazer com que outras ideias sejam mal compreendidas, desconsideradas ou mesmo silenciadas, na medida em que os que poderiam expressá-las não controlam sua própria identidade pública e portanto não podem ser vistos pelos outros como gostariam de ser. Sem dúvida essas consequências são muito indesejáveis e devem ser combatidas por todos os meios autorizados por nossa Constituição. Porém, nem por isso os atos que têm essas consequências negativas privam as outras pessoas de sua liberdade de se expressar. (DWORKIN, 2006, p. 351).

Embora a defesa constitutiva da liberdade de expressão ofereça a melhor justificação desse preceito, a imunidade apreçada por Dworkin ao conteúdo do discurso menoscaba alguns aspectos importantes. Ao considerar como sobreposição de vozes a expressões em curso apenas a asfixia evidente, explícita, observável no instante mesmo em que ela ocorre, do exercício dessa liberdade, ele ignora o efeito repressor silencioso das oportunidades de fala, por meio do abalo a autoestima das vítimas dos

discursos ofensivos. Da mesma forma, os efeitos que ele reconhece nas consequências desses discursos são limitados, porque não se trata apenas da impossibilidade de as vítimas serem vistas como gostariam, mas da supressão real do desejo de contrapor-se ao papel que lhes foi incutido, conseqüência da assunção da condição de inferioridade a elas impingida.

6 Senso de justiça e proteção constitucional à liberdade de expressão em dupla camada

Vimos que, para Dworkin, a liberdade de expressão encontra seu fundamento na capacidade moral do indivíduo de decidir o que falar e ouvir, bem como de julgar o que é certo ou errado. Todavia, por que a autonomia de se fazer o que se quer não pode ser invocada para conferir proteção constitucional a todos os atos voluntários? Tal autonomia não poderia ser invocada, evidentemente, para proteger a prática de atos criminosos. Logo, a justificação adequada da proteção constitucional à liberdade de expressão reclama a incorporação de outros elementos, além do princípio da autonomia.

A autonomia individual também está presente no liberalismo de Rawls, que concebe o indivíduo como portador da capacidade moral de formar, revisar e tentar concretizar uma concepção de bem, ou seja, atingir fins últimos e objetivos pessoais. Não obstante, além dessa faculdade individual, Rawls reconhece outra: o senso de justiça. O senso de justiça consiste na disposição do indivíduo de sujeitar-se a regras de cooperação social, democraticamente eleitas, desde que os outros também o façam. Denomina de racional a primeira faculdade moral e de razoável a segunda⁵.

Rawls compreende os indivíduos livres e iguais como pessoas dotadas dessas duas capacidades morais. No entanto, em sua justificação à liberdade de expressão, Dworkin parece conferir maior peso à capa-

5 Deve-se ressaltar que, na concepção rawlsiana, racional não é sinônimo de egoísta. Tentar concretizar interesses pessoais não é o mesmo que buscar alcançar benefícios pessoais. Uma pessoa racional pode dedicar-se à causa ambiental, por exemplo. Mas, ainda assim, age motivada por interesse pessoal. Tampouco o razoável é sinônimo de altruísmo. Uma pessoa razoável procura agir observando os termos equitativos de cooperação social, baseados na ideia de reciprocidade.

cidade racional. A concepção de Dworkin se ajusta e justifica o direito à liberdade de expressão na forma praticada nos Estados Unidos. Entretanto, poderíamos especular sobre uma justificação da liberdade de expressão fundada no indivíduo, sendo este agora considerado tanto em sua dimensão racional – capacidade de decidir sobre o que dizer e ouvir –, como também em sua dimensão razoável – na qual se insere o respeito mútuo. Poderíamos ainda cogitar se tal justificação não se aplicaria melhor ao caso brasileiro.

Porém, antes de adentrar no desenho dessa nova proposta, convém remover o obstáculo da parcialidade, evitando-se debater o direito à liberdade de expressão a partir de um ponto de vista previamente comprometido. Para tanto, podemos imaginar membros da Assembleia Constituinte decidindo acerca de tal direito. Vamos pressupor que os representantes consideram seriamente os interesses dos representados. Assim, se o constituinte soubesse que representa simpatizantes da Ku Klux Klan, os quais, aos olhos de muitos, defendem ideias sexistas, racistas e preconceituosas, sua tarefa seria bastante fácil, pois diria que a liberdade de expressão protege tais discursos. Da mesma forma, se soubesse que representa mulheres negras que se sentem humilhadas com a propagação dessas ideias, diria o contrário.

Não obstante, podemos cobrir os constituintes com o véu da ignorância. Este véu é um artifício lógico que favorece a imparcialidade, pois os constituintes decidirão sobre o direito à liberdade de expressão sem saber se representam cristãos, judeus, neonazistas, negros, brancos, índios, pobres, ricos, nordestinos, sulistas, homens, mulheres, heterossexuais ou homossexuais. Mas o véu da ignorância não impede o representante de recorrer a todo tipo de conhecimento (psicologia, sociologia, história, direito, economia etc.), estando ele sujeito a uma única restrição: assumirá que as pessoas que representa são livres e iguais, possuindo as duas capacidades morais antes mencionadas, ou seja, a capacidade racional de formar, revisar e tentar concretizar uma concepção de bem, visando atingir fins últimos e objetivos pessoais, e a capacidade de ser razoável, isto é, a disposição do indivíduo de sujeitar-se a regras de cooperação social, democraticamente eleitas, desde que os outros também o façam (senso de justiça).

Nos casos em que houvesse conflito entre as liberdades fundamentais, o constituinte não formularia um sistema que ajustasse essas liberdades de modo a maximizá-las. Lembrar-se-ia da advertência de Rawls:

É tentador pensar que o critério desejado deve possibilitar-nos especificar e ajustar as liberdades fundamentais da melhor forma possível, ou de forma ótima. E isso, por sua vez, nos faz pensar que há algo que o sistema de liberdades fundamentais deve maximizar [...] Mas, na verdade, [...] o sistema de liberdades fundamentais não é formulado de maneira a maximizar coisa alguma (RAWLS, 2000, p. 388).

Ao contrário, procuraria constituir um sistema plenamente adequado que, em vez de maximizar o saldo global de liberdades usufruídas pelos cidadãos, garantisse igualmente a todos as condições sociais essenciais para o desenvolvimento adequado e o exercício pleno e bem-informado das duas capacidades morais dos cidadãos.

O constituinte sabe que na sociedade existem diversas doutrinas religiosas, morais e filosóficas. Mas, devido ao véu da ignorância, não sabe se a doutrina abrangente escolhida pelos representados é majoritária ou minoritária. Como o representante leva a sério os interesses daqueles que representa, optará por não correr riscos, defendendo um sistema de direitos baseado na tolerância e garantindo às pessoas que professam as concepções minoritárias a liberdade de expressar livremente suas crenças e opiniões sem que sejam atacadas ou sufocadas pela maioria. Isso, contudo, não basta, pois um sistema que garanta igual liberdade de expressão exigirá uma distribuição equitativa das oportunidades de fala, a fim de evitar que aqueles que professem concepções minoritárias exerçam uma liberdade menor.

Sabe, ainda, que as ameaças à liberdade de expressão não provêm exclusivamente do Estado, pois, não raro, originam-se na esfera privada. A atual distribuição de riqueza, amparada nas normas jurídicas vigentes, permite que algumas pessoas dominem os meios de comunicação, enquanto outras não têm possibilidade de se expressar e ser ouvidas. Neste contexto, é possível que uma regulamentação governamental da liberdade de expressão que reduza essas disparidades, ao invés de restringir, promova o livre discurso.

Pode-se argumentar que somente as restrições neutras quanto ao conteúdo são admissíveis. Mas não é bem assim, tendo em vista que não é todo discurso que merece a máxima proteção constitucional. Se aceitarmos que há boas razões para distinguir entre discursos políticos e discursos comerciais enganosos, por exemplo, então atribuir a mesma proteção a ambos conduziria a um de dois resultados indesejáveis. Por um lado, para permitir ao governo regular a propaganda enganosa ou falsa, seria necessário rebaixar também o grau de proteção ao discurso político. Mas isso representaria sérios riscos à democracia. Por outro, se fosse dada máxima proteção constitucional ao discurso comercial, a fim de proteger o discurso político e a democracia, então seria impossível ao governo proteger adequadamente o consumidor dos abusos da propaganda.

Rawls (2000, p. 392) reconhece que há expressão de alto valor, assim como há expressão de baixo valor. Para ele, a calúnia e a difamação não têm nenhuma importância para o uso público da razão. Também é evidente que a pornografia infantil, a divulgação dos nomes de vítimas de estupro, a propaganda comercial enganadora, o assédio sexual e moral (quando praticados verbalmente), o fornecimento de informações e tecnologias militares a nações estrangeiras e o discurso de ódio ameaçador não merecem a mesma proteção que o discurso político.

Chega-se, assim, a um sistema de proteção constitucional à liberdade de expressão de dupla camada⁶, onde o discurso político receberia maior proteção que outras formas de expressão. Desse reconhecimento não sucede que a concepção afirmada neste ponto se encontre lastreada unicamente numa defesa instrumental, uma vez que também decorre do princípio da autonomia e do senso de justiça. Ou seja, a proteção constitucional à liberdade de expressão em dupla camada resulta da liberdade do cidadão de definir e tentar realizar seus fins últimos, bem como da faculdade de influenciar a deliberação democrática e as preferências morais, estéticas e culturais da sociedade, respeitados os termos equitativos de cooperação social.

6 A denominação aqui utilizada foi empregada por Sunstein (2009) para definir um sistema bifásico de proteção constitucional à liberdade de expressão, embora com matizes diversas, mais inclinadas à concepção instrumental já apresentada neste estudo.

O discurso do ódio, por exemplo, impede as minorias por ele atingidas de exercerem livremente as duas capacidades morais. Com efeito, embora capazes de planejar suas vidas, as pessoas se sentirão desestimuladas e não verão sentido em buscar realizar seus fins últimos se não possuírem um sentimento seguro do próprio valor e autoconfiança, conforme assinalado por Rawls (1997, p. 487):

Em várias ocasiões, mencionei que talvez o mais importante bem primário seja a auto-estima. Devemos ter certeza de que a concepção do bem como racionalidade explica esse fato. Podemos definir o respeito a si próprio (ou a auto-estima) como tendo dois aspectos. Em primeiro lugar, como já notamos anteriormente (§ 29), inclui um senso que a pessoa tem de seu próprio valor, a sua sólida convicção de que vale a pena realizar a sua concepção de bem, o seu plano de vida. Em segundo lugar, a auto-estima explica uma confiança em nossa habilidade, na medida em que isso estiver em nosso poder, de realizar nossas intenções. Quando sentimos que nossos planos têm pouco valor, somos incapazes de promovê-los com satisfação e de sentir prazer com a sua execução. Nem podemos insistir em nossos esforços quando estamos ameaçados pelo fracasso ou pela dúvida em relação a nós mesmos. Fica claro, então, o motivo por que a auto-estima é um bem primário. Sem ele, nenhuma atividade pode valer a pena, ou, se algumas coisas têm valor para nós, falta-nos a força para lutar por elas. Todo desejo e atividade se tornam vazios e inúteis, e afundamos na apatia e no cinismo.

O autorrespeito incorpora, além da autoconfiança, uma dimensão pública compartilhada pelos cidadãos em geral: o sentimento de respeito mútuo e reciprocidade. Mas, como o constituinte presume que todas as pessoas são livres, iguais e capazes de definir seus fins últimos, então o respeito mútuo e a reciprocidade deverão ser aceitos por todos os cidadãos razoáveis, constituindo-se exigências da cooperação social.

Assim, a proteção à liberdade de expressão deve garantir igualmente a todos o exercício pleno das capacidades morais dos cidadãos, sob pena de afronta ao respeito mútuo, fundamento da cooperação social. Segundo Rawls (2000, p. 394):

Se as liberdades fundamentais de alguns são restringidas ou negadas, a cooperação social com base no respeito mútuo torna-se impossível. Pois vimos que os termos equitativos de cooperação social são termos em função dos quais nós, enquanto pessoas iguais, estamos dispostos a cooperar

com todos os membros da sociedade ao longo de toda a vida. Quando os termos equitativos não são respeitados, aqueles que são prejudicados sentirão ressentimento ou humilhação, e aqueles que se beneficiam disso devem ou reconhecer seu erro e sentir-se incomodados com ele, ou então considerar que as pessoas prejudicadas merecem ser maltratadas. De ambos os lados, as condições do respeito mútuo são solapadas.

Em suma, o que se pretende afirmar é que uma justificação à liberdade de expressão não pode concebê-la de forma irrestrita, ou pressupor somente a fixação de restrições neutras quanto ao conteúdo. Por outro lado, não pode limitar-se a reconhecer exclusivamente no discurso político o seu fundamento, uma vez que faz parte do desenvolvimento e exercício das duas capacidades morais que portam os indivíduos a propagação das concepções de bem por eles professadas, estimulando o compartilhamento de fins últimos em associações não públicas, desde que suas manifestações não solapem as bases da cooperação social, como ocorre com os discursos de ódio. Ainda assim, deve ser reconhecido valor – e proteção – especial ao discurso político, uma vez que concerne ao uso público da razão, afeto aos interesses comuns, mais amplamente partilhados pelos cidadãos, além de possibilitar a retração das restrições indevidamente erigidas ao exercício da liberdade de expressão noutros campos, atinentes à razão não pública.

A estratificação dos discursos políticos e não políticos, alçando a patamar superior de proteção os primeiros, consiste no modelo teórico de fundamentação da liberdade de expressão que melhor a justifica, e que, ignoradas, em uma deliberação constituinte hipotética, as concepções de bem detidas pelos indivíduos, seria estatuída como regra constitucional.

Se é assim, considerando que esta concepção tem como postulado a repulsa a discursos ofensivos, que ceifam o autorrespeito de suas vítimas em suas dimensões pública e privada, vê-se que a proibição do discurso do ódio é constitucional, haja vista que a cooperação social só faz sentido se proporcionar benefício e respeito mútuo; que as liberdades fundamentais não devem ser ajustadas visando a alcançar um sistema mais extenso dessas liberdades, mas permitir igualmente a todos as condições essenciais para a realização de fins e interesses particulares, respeitados os ter-

mos equitativos de cooperação social; e que a liberdade de expressão é mais bem protegida quando realizada em duas camadas.

Considerações finais: novamente o caso Ellwanger

A justificativa a que se chegou encontra eco nas decisões políticas brasileiras, expressas nos tratados internacionais firmados pelo País, na Constituição Federal, na lei e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

De fato, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, na Convenção Americana de Direitos Humanos, e, também, na Convenção Europeia de Direitos Humanos, enfim, na maioria dos instrumentos internacionais firmados após a Segunda Guerra Mundial e o advento da Organização das Nações Unidas, a liberdade de expressão é um direito fundamental amplamente protegido. Entretanto, tais convenções não preveem o exercício absoluto dessa liberdade, impondo restrições, entre as quais se incluem a proibição dos discursos de ódio.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. XIX, estatui que toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão, sendo que este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras; tal previsão, entretanto, deve ser combinada com o art. VII do mesmo instrumento, que declara que todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole aquela declaração, bem como contra qualquer “incitamento a tal discriminação”. Assim, a Declaração Universal de Direitos Humanos, permite que a liberdade de expressão, compreendida em termos não absolutos, possa ser cerceada, na medida em que for utilizada para incitar a discriminação, o que se coaduna com a proposta de regular os discursos de ódio.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, igualmente prevê que ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, uma vez que toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão,

direito este que “compreende a liberdade de procurar, receber e expandir informações e ideias de toda a espécie, sem consideração de fronteiras, sob forma oral ou escrita, impressa ou artística, ou por qualquer outro meio à sua escolha”; mas o exercício da liberdade de expressão implicará deveres e responsabilidades especiais e poderá estar sujeito a certas restrições, sendo que o art. 20 recomenda explicitamente que “será proibida por lei qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (Tratado de Roma), e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) trazem previsão similar quanto ao respeito à liberdade de expressão, pois ambas asseguram a toda e qualquer pessoa o direito à liberdade de expressão, compreendendo a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O Pacto de San Jose da Costa Rica, entretanto, apresenta previsão singular, ao prescrever, no item 5 do art. 13, que a lei deverá proibir “toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

De forma mais direta, o art. 4º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, estabelece que:

Os Estados Partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspiram em ideias ou teorias cujo fundamento seja a superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de certa cor ou de certa origem étnica, ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, comprometendo-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a tal discriminação e, para esse fim, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e os direitos expressamente enunciados no artigo V da presente Convenção, comprometem-se, nomeadamente:

a) a declarar como delitos puníveis por lei qualquer difusão de ideias que estejam fundamentadas na superioridade ou ódio raciais, quaisquer incitamentos à discriminação racial, bem como atos de violência ou provocação

destes atos, dirigidos contra qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também a assistência prestada a atividades racistas, incluindo seu financiamento;

b) a declarar ilegais e a proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda, que incitem à discriminação racial e que a encorajem, e a declarar delito punível por lei a participação nessas organizações ou nessas atividades;

c) a não permitir que as autoridades públicas nem as instituições públicas, nacionais ou locais, incitem à discriminação racial ou a encorajem.

Interessante destacar que, ao ratificar a mencionada Convenção, os Estados Unidos realizaram ressalva ao citado artigo, vez que conflitaria com grande parte da jurisprudência norte-americana existente sobre liberdade de expressão.

Mais recentemente, o mesmo tema foi lembrado e discutido na III *Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*, em Durban (2001), onde foi novamente ressaltada a necessidade de se instrumentalizar mecanismos de prevenção e repressão às manifestações de ódio e preconceito, inclusive atentando para os novos veículos utilizados para propagação dessas ideias, como a internet.

É de se ter em relevo que a proteção constitucional à liberdade de expressão em dupla camada também ressoa na Constituição de 88, que, conquanto proteja a liberdade de expressão, erigiu como fundamento constitucional a dignidade da pessoa humana e resguarda também os direitos da personalidade, além de ter considerado como crime, imprescritível, a prática de racismo.

Oriunda de um momento histórico em que se celebrava o fim da ditadura militar, a Constituição Federal de 1988, apelidada a “Constituição Cidadã”, se preocupou em enumerar minuciosamente os direitos fundamentais, dentre eles a liberdade de expressão, concedendo-lhes o intangível *status* de “cláusulas pétreas”. Para Daniel Sarmiento (2009, p. 83), “travava-se de exorcizar os fantasmas do regime militar, que praticara aberta censura política e artística, e de assegurar as bases para a construção de uma sociedade mais livre e democrática”.

Desde o início, o próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1988 já destaca a necessidade de se assegurar o exercício da liberdade; em seguida, o art. 3º estabelece como um dos objetivos fundamentais “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, culminando com as disposições do art. 5º, que reserva dois incisos específicos para a disciplina específica da liberdade de expressão:

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

[...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

VI – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

É possível encontrar na Constituição outras disposições desdobrando a liberdade de expressão, como, no próprio art. 5º, VI, a liberdade de consciência e de crença, no art. 206, II, a liberdade de aprender, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, e, principalmente, o art. 220, segundo o qual “fica garantida a liberdade de comunicação e a vedação de toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Isso porque a liberdade permeia todo o Texto Constitucional, irradiando-se, por decorrência lógica, por todas as outras disposições normativas (MEYER-PFLUG, 2009, p. 33).

Da ampla cobertura ofertada pelo próprio texto constitucional é possível inferir, ainda, que a garantia da liberdade de expressão, nos moldes concebidos no ordenamento pátrio, é direito negativo, de abstenção do Estado, mas, também, positivo, de intervenção do mesmo quando necessária sua promoção ou restrição. Como asseverou Sarmiento (2009, p. 85):

A Constituição de 88 não é libertária, e não associa a liberdade de expressão à simples abstenção estatal. Pelo contrário, ela se preocupa com a efetiva possibilidade de fruição da liberdade dos indivíduos, o que supõe o enfrentamento dos obstáculos sociais que atravancam o seu exercício, presentes numa sociedade desigual e opressiva.

Nesse sentido, a proteção à liberdade de expressão em dupla camada compatibiliza-se com a Constituição Federal de 1988, uma vez que esta confere equivalente preocupação com a igualdade e, acima disto, com a dignidade da pessoa humana.

A justificação proposta também está em sintonia com a Lei 7.716 que, à época dos fatos, dispunha ser crime de racismo:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou o preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.

Assim, pode-se afirmar que a subscrição pelo Brasil das convenções internacionais acima mencionadas, as cláusulas constitucionais que sobrelevam a dignidade da pessoa humana e a proteção contra práticas ofensivas fundadas em preconceito de raça, no seu sentido mais amplo, e a existência de lei delineando tais práticas, autorizam a repressão aos discursos de ódio. Todavia, é possível admitir a caracterização de obra que se apresenta como proposta revisionista, tendente à elucidação de controvérsias que circundaram momento histórico marcado pela propagação da inferioridade racial de determinado grupo, com o fim de negar sua existência?

Em verdade, precisamente em razão das restrições aos discursos explicitamente preconceituosos e discriminatórios, criadas com o fim da Segunda Guerra Mundial, seus perpetradores viram-se compelidos a formular suas mensagens de formas mais sutis e implícitas, como, por exemplo, através das doutrinas revisionistas que pretendem negar a ocorrência do Holocausto, ou debates científicos sobre a inferioridade dos negros e sua propensão a cometer crimes.

Ciente disso, Rosenfeld (2001), estabeleceu distinção entre os discursos explicitamente ofensivos - *hate speech in form* - daqueles em que a veiculação da mensagem preconceituosa e discriminatória é dissimulada - *hate speech in substance*. Não obstante, reconheceu a dificuldade em classificar os discursos como *hate speech in substance*, pois:

À primeira vista, pode-se parecer fácil justificar a proibição ao discurso do ódio *in form*, mas não ao discurso do ódio *in substance*. Certamente, em último contexto, afiguram-se haver desalentadores problemas de delimitação,

conquanto as fronteiras entre o autêntico debate acadêmico, científico e político e a promoção velada do ódio racial nem sempre são fáceis de definir. (ROSENFELD, 2001, p. 8)⁷

Contudo, os atos que culminaram com a condenação de Siegfried Ellwanger devem ser classificados como *hate speech in substance*, pois consistiram na publicação de obras que defendem a debilidade do caráter e a inferioridade racial do povo judeu associada à produção de obra, publicada por descendente de alemães, imbuída da tentativa de demonstrar que o sofrimento vivenciado pelos judeus no holocausto não apenas não existiu, mas, ao reverso, foi por eles impingido aos alemães. Nisso está implícita a afirmação de que os judeus, maliciosa e dolosamente, forjaram e encenaram sua submissão aos mais atrozes suplícios para se beneficiarem da comiseração da humanidade, em prejuízo dos genuínos alemães.

Portanto, em conformidade com a análise da decisão do Supremo proferida no *habeas corpus* 82.424, realizada acima, vê-se que a proteção constitucional em dupla camada nos termos aqui delineada não só confirma o entendimento predominante da Corte Constitucional, como também melhor justifica a decisão, sobretudo porque apresenta maior resistência às críticas comumente dirigidas às respostas baseadas exclusivamente em outras concepções de relevo, como a proibição à censura prévia, a regra do perigo claro e presente, o ideal do autogoverno e controle do Estado, o livre mercado de ideias e o princípio da autonomia.

7 At first glance, it may seem easy to justify banning hate speech in form but not hate speech in substance. Indeed, in the context of latter, there appear to be potentially daunting line-drawing problems, as the boundary between genuine scholarly, scientific or political debate and the veiled promotional of racial hatred may not always be easy to draw. (ROSENFELD, 2001, p. 8).

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.424/RS. Impetrante: Siegfried Ellwanger. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator originário Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 abr. 2010.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. *Public Law Research Paper*, n. 41, Cardozo Law School, abril/2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=265939>. Acesso em: 25 ago. 2009.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 16, Salvador, maio-ago./2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2009.

SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1993.

_____. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.a

QUARTO ARTIGO

Dimensões da igualdade: uma defesa da política de cotas raciais para o acesso a instituições públicas de ensino superior no Brasil

Luma Ferreira da Silva Moura

Introdução

Implementadas como medidas promotoras de maior participação nas esferas laboral e educacional de minorias discriminadas, as ações afirmativas desenvolveram-se ao longo dos anos, assumindo características cada vez mais incisivas. Hoje, constituem imposições legais que garantem às minorias histórica e socialmente discriminadas iguais condições para alcançar bens da vida em relação a outros cidadãos, tendo por principal escopo a concretização do princípio da igualdade efetiva. Desde o início, nos Estados Unidos, até os tempos atuais, tais mecanismos têm sido objeto de muitas discussões, sendo que nenhuma das modalidades gerou tanta polêmica quanto à adoção de ações afirmativas sensíveis à raça,

que têm se concentrado principalmente na política de cotas para o ingresso em instituições públicas de ensino superior.

O Brasil, em virtude da implantação das ações em muitas universidades e das constantes tentativas de regulamentação da política de cotas raciais, também tem sido palco dessas contendas. Além dos debates no meio social e legislativo, são vários os mandados de segurança impetrados em todo o País, assim como tramitam no Supremo Tribunal Federal ações diretas de inconstitucionalidade a respeito do tema.

Para aqueles que são desfavoráveis à utilização do critério racial como diferenciador no estabelecimento de ações afirmativas, há sim um ataque ao princípio igualitário, uma vez que se verifica a fixação de vantagens baseadas na raça, o que seria vedado pela Constituição Federal. Além disso, estaria sendo criada mais discriminação, na medida em que fomenta a separação dos indivíduos em raças e a ideia de inferioridade do indivíduo negro, que não teria capacidade de alcançar posições no diversos setores da sociedade por méritos próprios.

Já na visão dos partidários da política de cotas raciais, esta, muito ao contrário de ferir o princípio da igualdade, é meio de promoção real deste. Diante da realidade fática diversa em que se encontram os negros em relação aos não negros, a medida implantaria tratamento também diferente, no intuito de estabelecer patamares isonômicos, em concordância com uma ótica de efetividade da igualdade.

O trabalho tem o objetivo de repassar a discussão acerca das dimensões da igualdade, como preparação para se afirmar a legitimidade da adoção das ações afirmativas, em especial as cotas raciais para o ingresso em universidades públicas, com o fito de implantar uma igualdade efetiva de condições e de representação entre os cidadãos do país.

O estudo tem a sua urgência, em razão da ação no Supremo Tribunal Federal atacando a política de cotas para estudantes carentes ou negros, no acesso às universidades públicas estaduais do Rio de Janeiro (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.197/RJ). O difícil caso constitucional submetido ao Supremo Tribunal é, pois, a motivação mais imediata a impelir a presente reflexão, apesar de os argumentos expostos não se prenderem aos termos do citado caso. A estratégia de abordagem irá revelar o comprometimento do trabalho com a defesa da política de co-

tas, recolhendo os mais diversos pontos de vista favoráveis, pois julga a política como a forma adequada de garantir as complexas exigências do princípio da igualdade no Estado constitucional democrático.

1 Ações afirmativas: contextualização da problemática

É certo que a discriminação, como valor negativo, está presente na sociedade desde os tempos mais remotos. Inicialmente tratado como algo natural, e até mesmo necessário à manutenção da ordem social e dos privilégios de classes, com a evolução da humanidade, e principalmente, da visão de igualdade entre os indivíduos, o tratamento discriminatório negativo passou a configurar prática incompatível com os novos valores igualitários, sendo indispensável seu combate.

Também com esse objetivo, surgem as ações afirmativas. Inicialmente implementadas apenas como encorajamento à promoção de maior participação nas esferas laboral e educacional de minorias discriminadas, as ações afirmativas desenvolveram-se, ganhando caracteres cada vez mais incisivos, até sua prática atual. Hoje se tratam de imposições legais que garantem às minorias historicamente discriminadas oportunidades de alcançar os bens da vida em iguais condições de concorrência com todas as pessoas, tendo, dessa forma, por principal escopo, a efetiva concretização do princípio da igualdade.

Em que pese o objetivo das ações afirmativas seja combater discriminações, estas próprias medidas usam de discriminações para a consecução de seu fim. Entretanto, são distinções positivas, diferenciações que visam beneficiar categorias que necessitam ser incentivadas a ascender socialmente, em face dos longos anos de preconceito a que foram submetidas (BELLINTANI, 2006, p. 42).

Esse é o entendimento de Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2003, p. 21), ao afirmar que:

Há que se deixar claro que é absurdo afirmar que toda discriminação é odiosa ou incompatível com os preceitos do constitucionalismo contemporâneo. Muitas vezes, estabelecer uma diferença, distinguir ou separar é necessário e indispensável para a garantia do próprio princípio da isonomia,

ou seja, para que a noção de igualdade atenda às exigências do princípio da dignidade humana e da produção discursiva do direito.

Dessa forma, as ações afirmativas podem ser conceituadas como medidas legais que visam, através de discriminações positivas, à promoção da igualdade real entre os indivíduos socialmente preteridos em virtude de discriminações históricas e culturais, no sentido de que possam alcançar o mesmo *status* social que os demais membros da sociedade.

Segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 286), ação afirmativa é:

Uma forma para se promover a igualdade daqueles a que foram e são marginalizados por preconceitos engravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.

Importante ressaltar o caráter temporário das ações afirmativas, ou seja, sendo mecanismos que visam ao estabelecimento de efetiva igualdade entre os indivíduos de uma sociedade, verificado o alcance de tal objetivo, essas medidas devem ser extintas pelo ordenamento jurídico. Isso porque, se, mesmo depois de alcançada a real igualdade, persistirem as ações afirmativas, terão estas o efeito contrário, uma vez que se estaria tratando de maneira distinta pessoas que já se encontram em situação de igualdade.

Cabe destacar que, além de garantir igualdade entre os cidadãos, as ações afirmativas visam também exercer um poder de exemplaridade, em outras palavras, na medida em que, por meio dessas medidas, aqueles indivíduos historicamente discriminados que alcançam lugar de destaque cultural, moral e financeiro em uma sociedade, representam influência positiva em relação aos pares, fazendo com que estes concluam por sua capacidade de galgar o mesmo patamar de sucesso e reconhecimento, esforçando-se para tanto (BELLINTANI, 2006, p. 56).

Mais: objetiva introduzir maior representatividade das minorias discriminadas nos meios econômico, cultural, político e social, além de esta-

belecer maior pluralidade e diversidade na sociedade, fomentando, assim, o multiculturalismo. Dessa forma argumenta Leila Pinheiro Bellintani (2006, p. 56-57):

Além de possibilitar exemplos a serem seguidos, as ações afirmativas visam também implantar maior representatividade das minorias discriminadas no domínio econômico, social, político e cultural da sociedade, para que estes indivíduos possam lutar e pleitear seus direitos frente a quem de direito. [...] A promoção da pluralidade e diversidade nas esferas laboral e educacional implicaria, assim como a exemplaridade, maior conscientização e conseqüente transformação de comportamento por parte de todos os cidadãos, já que estes persistem sendo influenciados pela tradição, costumes e pela história, conforme salientado. As ações afirmativas possuem, portanto, como um dos seus principais escopos, empreender na educação e no emprego um reflexo da diversidade, de forma a representar a pluralidade que existe atualmente nas mais diversas nações.

1.1 Estados Unidos: berço das ações afirmativas

As ações afirmativas, como instrumentos de assegurar igualdade a indivíduos historicamente marginalizados pela discriminação, nasceram nos Estados Unidos, por uma necessidade inquestionável de combate à forte discriminação racial vivida naquele País.

Há pouco mais de dois séculos, os Estados Unidos tinham sua estrutura socioeconômica baseada em um sistema escravocrata, legitimado pela Constituição e por todo o ordenamento jurídico vigente à época, que tratava os escravos como mercadoria, exceto quanto à sua responsabilidade criminal, quando eram reprimidos de forma mais rigorosa que os indivíduos brancos.

A Suprema Corte, por sua vez, acompanhava a política da época, apoiando e legitimando a discriminação. De grande repercussão foi o caso *Dred Scott vs. Sandford*,¹ em que, com o objetivo de evitar que o escravo

¹ Explica Paulo Lucena de Menezes (2001, p. 69): “Scott era escravo de um cirurgião militar chamado John Emerson e o acompanhara em várias excursões que este fora obrigado a fazer, por força de suas atividades profissionais, incluindo-se o Estado de Illinois e o então território de Wisconsin, nos quais a escravidão havia sido abolida. Com o falecimento do Dr. Emerson, em 1842, os seus escravos continuaram a trabalhar para a viúva, Eliza Irene Sanford, no Estado do Missouri. No en-

Scott ganhasse sua liberdade, a Suprema Corte exarou decisão desastrosamente racista, cujos principais aspectos são por Paulo Lucena de Menezes (2001, p. 70) sintetizados:

[...] em primeiro lugar, que Scott não tinha legitimidade para discutir a questão na esfera federal, pois os negros não eram nem podiam ser cidadãos norte-americanos, nos termos vertentes da Constituição Federal. Segundo, uma vez que o texto legal que havia abolido a escravidão em alguns territórios (*Missouri Compromise*) excedia os poderes outorgados ao Congresso (sendo, portanto, inconstitucional), Scott nunca tinha sido um cidadão livre, pelo que, ainda continuava a ser um escravo. Terceiro, se um escravo retornasse a um Estado que admitia a escravidão, após permanecer algum tempo em território livre, a questão deveria ser julgada segundo as leis do referido Estado. Assim, como a Suprema Corte de Missouri reconheceu a condição de escravo de Scott, essa decisão devia ser mantida pela Suprema Corte.

Somente após a Guerra Civil, com a vitória do norte, é que mudanças se iniciaram na estrutura sociopolítica dos Estados Unidos. Na esfera jurídica, relevantes alterações se impuseram por intermédio das Décima Terceira, Décima Quarta e Décima Quinta Emendas à Constituição. Tais dispositivos legais foram de suma importância para o início da metamorfose quanto às ações discriminatórias, na medida em que tiveram o condão de, respectivamente, proibir a escravidão e o trabalho involuntário para todos os cidadãos submetidos à jurisdição dos Estados Unidos, prever a igualdade entre os homens (*equal protection clause*) e proibir aos Estados e Governo Federal a negação ou cerceamento do direito ao voto a qualquer cidadão por motivo de raça, cor ou prévio estado de servidão.

Entretanto, mesmo diante das referidas modificações na Constituição, foi contínua a prática da segregação, levando os estados americanos a editarem várias leis que procuravam preservar, ao máximo, o *status quo* existente antes da abolição da escravatura (MENEZES, 2001, p. 74). Essa

tanto, em 1846, Scott e a sua esposa Harriet ingressaram em juízo pleiteando a liberdade de ambos (as ações, embora tenham sido propostas em separado, foram posteriormente unificadas em um só processo), sob o argumento de que eles haviam obtido este *status* ao permanecerem em territórios norte-americanos que não reconheciam a escravidão. Alegavam, ainda, que pelas leis do Estado do Missouri, uma vez libertos, os escravos jamais podiam retornar ao estado de servidão”.

situação somada aos posicionamentos iniciais da Suprema Corte americana, envolvendo a *equal protection clause*, acabaram por resultar em uma doutrina denominada “separados, mas iguais” (*separate but equal*), que dominou no período compreendido entre 1896 e 1954.

Conforme essa doutrina, a segregação racial poderia ser admitida em relação à prestação de serviços, ou como critério genérico de tratamento, desde que os aludidos tratamentos ou serviços fossem ofertados, dentro de um mesmo padrão, para todas as raças (MENEZES, 2001, p. 74).

Com a adoção desta política os bens, serviços, postos de trabalho, vagas nas escolas, transporte etc. eram estendidos a todos os cidadãos, mas de forma separada. Assim, apesar de todos terem acesso aos mais diversos bens, cada “raça” ficava restrita a ter relações apenas com seus “pares” (BELLINTANI, 2006, p. 199).

Judicialmente, o caso que deu notoriedade e solidificação à política “separados, mas iguais” foi *Plessy vs. Ferguson*, em que foi questionada a constitucionalidade de uma lei do Estado da Louisiana, determinando às empresas ferroviárias que oferecessem acomodações iguais, porém separadas, aos passageiros brancos e negros, sob pena de serem os responsáveis pelas empresas processados penalmente. O entendimento da Suprema Corte no caso, conforme destaca Paulo Lucena de Menezes (2001, p. 75) foi o de que:

A Décima Terceira Emenda não era aplicável à situação concreta posto que ela somente vedava a reintrodução da escravidão. Já no tocante à Décima Quarta Emenda, esta não seria pertinente, uma vez que a separação de raças estabelecida não sugeria que uma delas fosse inferior.

Entretanto, depois da Segunda Guerra Mundial, o fato de os negros terem obtido significativa ascensão no mercado de trabalho, uma vez que passaram a ocupar os espaços deixados pelos trabalhadores que foram para os campos de batalha, associado à discordância entre a posição condenatória do País ao antissemitismo e sua tolerância ao racismo dentro de suas próprias fronteiras, fizeram com que diversos grupos sociais negros se articulassem e se insurgissem contra a discriminação, por meio de sucessivas manifestações públicas.

Diante desse quadro, a doutrina “separados, mas iguais” começa a perder força, o que culminou, judicialmente, no julgamento histórico do

caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, em 1954, em que o pai da estudante Linda Brown, de oito anos de idade, ajuizou ação, em virtude do fato de que sua filha teve a matrícula negada numa escola pública de brancos, por ser negra. Aqui, a Suprema Corte se posicionou no sentido de que a política do *separate but equal* ia de encontro à Décima Quarta Emenda, considerando que a segregação praticada nas escolas públicas não proporcionava às crianças negras as mesmas oportunidades das crianças brancas e causava um sentimento de inferioridade que poderia afetar a motivação de aprender.

Entretanto, os estados sulistas ainda se mantiveram intolerantes quanto a tais mudanças, tendo sido lançado o Manifesto Sulista, atacando a decisão Brown e desafiando tanto a Suprema Corte quanto o governo central.

Com esse cenário, tornou-se evidente que não seriam suficientes apenas as manifestações do Poder Judiciário no combate à discriminação racial em todos os âmbitos sociais. É, então, exatamente nesse contexto, que surgem as ações afirmativas, no sentido de promover a inserção nos vários patamares da sociedade, de minorias discriminadas, principalmente da população negra. Conforme destaca Leila Pinheiro Bellintani (2006, p. 44):

A primeira vez em que se utilizou legalmente a expressão “ação afirmativa”, com o sentido que hoje lhe é empregado, foi em uma ordem executiva norte-americana promulgada por John F. Kennedy, na década de 60, na qual determinava que empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas passassem a selecionar para seu quadro de funcionários, indivíduos desiguais e oprimidos social e juridicamente, pertencentes às mais diversas “minorias”.

Após os primeiros passos, muitas foram as ações voltadas à fomentação da inclusão social de minorias discriminadas nos Estados Unidos, por meio da aprovação do Civil Right Act², de 1964, da contínua modificação

2 Segundo Paulo Lucena de Menezes (2001, p. 90) o referido diploma legal “impôs, no plano legal, a proibição de discriminação ou segregação em lugares ou alojamentos públicos (Título II); a observância de medidas não discriminatórias na distribuição de recursos em programas monitorados pelo governo federal (Título VI); a proibição de qualquer discriminação no mercado de trabalho calçada em raça, cor, sexo, ou origem nacional, proibição essa que deveria ser observada pelos grandes empregadores, assim compreendidos todos aqueles que tivessem pelo menos quinze funcionários, incluindo-se nas universidades, públicas ou privadas (Título VII).”

de interpretação executada pela Suprema Corte, direcionando suas decisões no sentido da necessidade de implantação de uma real igualdade, e da propagação de diversos textos legais pelo País com esse objetivo.

Com destaque inicial voltado ao âmbito laboral, as ações afirmativas também têm como sua principal área de atuação a educacional. Nos Estados Unidos, segundo Sabrina Moehlecke (2004), isso se deu em virtude da perpetuação da ideia de “acesso universal ao ensino superior” decorrente de fatores como as “exigências de conhecimentos cada vez mais especializados, além da pressão causada pelo aumento do número de graduados no ensino médio e de outros fatores nacionais e internacionais.” Assim, diante do quadro de alargamento da importância do alcance ao ensino superior, aliado aos movimentos em favor dos direitos civis e combate à discriminação é que as ações afirmativas desempenham um relevante papel nessa esfera.

A atuação do Estado foi crucial para a implementação de tais políticas no âmbito da educação. No início, o governo somente destinava recursos públicos às instituições privadas de ensino se estas adotassem determinados mecanismos, como as cotas, com o escopo de implantar maior diversidade e igualdade no corpo discente (BELLINTANI, 2006, p. 201).

Também foi de fundamental importância o entendimento da Suprema Corte para a consecução desse objetivo. Caso relevante a se destacar é o de *Regents of the University of California vs. Bakke*, de 1978, por meio do qual o estudante branco Alan Bakke questionou a constitucionalidade da adoção do sistema de cotas pela Universidade da Califórnia, em que 16% de suas vagas era destinado a grupos discriminados, como os negros, que podiam concorrer tanto na seleção comum, como na especial. O entendimento da Suprema Corte, conforme afirmado por Leila Pinheiro Bellintani (2006, p. 207), foi o de que:

A política adotada pela Universidade da Califórnia, naquele caso concreto, violava o princípio da “Equal Protection Clause”, tendo, no entanto, admitido a possibilidade de o fator raça poder vir a ser considerado como um dos critérios a serem observados no processo seletivo para ingresso no ensino superior.

Foram muitas as instituições de ensino superior que adotaram as ações afirmativas, tais como Harvard, Universidade do Texas, Universidade da Califórnia, dentre outras, incorporando, como parte da excelência e mérito acadêmico, considerações de ordem racial e socioeconômica, sinalizando a intenção das mesmas em garantir uma efetiva igualdade entre os indivíduos em seus quadros. A diversidade passou a ser considerada valor essencial às universidades, sendo que seus corpos docentes e discentes deveriam refletir a heterogênea composição racial existente na sociedade (MOEHLECKE, 2004).

1.2 Ações afirmativas no Brasil

No Brasil, a primeira tentativa de passo legislativo rumo ao que hoje se tem por ação afirmativa deu-se ainda nos anos 80, quando o deputado federal Abdias do Nascimento formulou o Projeto de Lei n. 1.332, de 1983, cujo objetivo era estabelecer mecanismos de compensação aos afro-brasileiros, como cotas, pelos séculos de discriminação a que foram submetidos. O projeto, no entanto, não foi aprovado pelo Congresso Nacional (MOEHLECKE, 2003, p. 204).

Em 1988, ano do Centenário da Abolição, é criada a Fundação Cultural Palmares, vinculada ao Ministério da Cultura, com o objetivo de dar suporte à ascensão social da população negra. Naquele mesmo ano, é promulgada a atual Constituição Federal, que trouxe importantes dispositivos no sentido do tratamento distinto a classes que se encontram em diferentes situações, como a proteção ao mercado de trabalho da mulher (art. 7º) e a reserva percentual de cargos e empregos públicos para deficientes (art. 37).

Em 1991, o Partido dos Trabalhadores (PT) estabeleceu cota mínima de candidaturas para as mulheres, ideia também adotada pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), em 1993, estendendo-se, em 1995, a todos os partidos políticos, o que se caracterizou como a primeira política de cotas adotada no país.

Quanto à questão racial, o movimento Marcha Zumbi contra o Racismo, pela Cidadania e a Vida apresentou, em 1995, ao Presidente da República, o Programa de Superação do Racismo e da Desigualdade Racial, com diversas medidas de combate à discriminação.

Em 1995, a senadora Benedita da Silva apresentou o Projeto de Lei n. 14, que dispunha sobre a instituição de cota mínima de 10% para setores etno-raciais socialmente discriminados, em instituições de ensino superior (COSTA, 2002, p. 258).

Em 1996, na abertura do seminário “*Multiculturalismo e Racismo*”, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, reconheceu publicamente a existência do racismo no Brasil, colocando em pauta, por meio do Plano Nacional dos Direitos Humanos, a discussão sobre a implantação de ações afirmativas destinadas à minoria negra. Nesse mesmo ano, foi criado o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para a Valorização da População Negra, visando ao desenvolvimento de políticas para a valorização da população negra, com prioridade para os setores da educação, trabalho e comunicação.

Pela ratificação, em 1968, da Convenção n. 111, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio do Decreto n. 62.150, o Brasil se comprometeu a formular e implantar uma política nacional de promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento no mercado de trabalho. Em 1996, foi criado o Grupo de Trabalho para a Eliminação da Discriminação no Emprego e na Ocupação (GTDEO), formado por representantes do Poder Executivo e entidades sindicais e patronais, e vinculado ao Ministério do Trabalho, objetivando a definição de um programa de ações e estratégias de combate à discriminação no emprego e na ocupação.

Em 1997, o senador Abdias do Nascimento apresentou o Projeto de Lei n. 75, que determinava a adoção de medidas compensatórias para a concretização do princípio da isonomia social da classe negra, destacando-se as cotas reservadas à minoria negra no meio laboral.

Em que pese as tentativas de implantação de uma lei sobre a matéria, até o final dos anos 90 nada de maior concretude foi realizado. Na seara educacional, ações voltadas à melhoria do acesso e permanência no ensino superior ficaram restritas à iniciativa de movimentos sociais, como o de defesa dos negros, por empresas privadas, parcerias destas, por entidades relacionadas à igreja ou por grupos de estudantes em universidades, não havendo maior envolvimento do Estado (MOEHLECKE, 2003, p. 207).

Apenas nos anos 2000 é que se vislumbra a ação do Poder Público no sentido de implantar ações afirmativas, como a política de cotas, em especial voltada à parcela negra da sociedade. Em 2001, os Ministérios do Desenvolvimento Agrário, da Justiça e de Relações Exteriores implantaram diversas medidas nesse intuito.

Em específico na seara educacional superior, o Estado do Rio de Janeiro foi o pioneiro na adoção de medidas afirmativas consistentes em cotas raciais, tendo estabelecido pelas Leis ns. 3.524/00, 3.708/01 e 4.061/03 e do Decreto n. 30.766/02, a reserva de 40% das vagas relativas aos cursos de graduação oferecidas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e pela Universidade Estadual do Norte Fluminense, Darcy Ribeiro, para negros. Hoje, substituídos os referidos Diplomas Legais pela Lei n. 4.151/03, são reservadas 20% das vagas para candidatos negros, tendo, ainda, sido criado o Projeto Jovens Talentos, com o intuito de dar apoio financeiro e acadêmico a estudantes beneficiados pelo novo sistema de cotas.

Também as Universidades Federais de Brasília (UnB), da Bahia (UFBA) e de São Paulo (UNIFESP) reservaram determinadas porcentagens de suas vagas a candidatos negros, conforme Editais dos Vestibulares de 2009.

Além de já estar sendo adotado por várias universidades brasileiras, o sistema de cotas raciais é objeto do Projeto de Lei n. 3.627/2004, que tramita no Congresso Nacional. Por este projeto, já aprovado na Câmara dos Deputados, universidades federais e instituições federais de ensino técnico de nível médio deverão reservar 50% de suas vagas para estudantes que tenham cursado, integralmente, os três anos do ensino médio em escolas públicas. Dentro desse percentual, 25% das vagas serão destinadas a candidatos negros, enquanto que as outras 25% serão para alunos com renda familiar *per capita* de um salário-mínimo e meio.

Diante do quadro de aceitação da política pelas instituições públicas de ensino superior, do impacto causado em toda a sociedade na adoção de tais medidas e as inúmeras tentativas de resolver essa questão por meio de lei federal, é que toma palco a discussão acerca da sua legitimidade, existindo diversos posicionamentos sobre variados pontos, conforme será exposto mais à frente. Antes, porém, será investigada a concep-

ção de igualdade apta a dar conta das exigências do Estado constitucional democrático para, somente então, retornar ao tema das ações afirmativas.

2 Algumas dimensões da igualdade

2.1 Igualdade formal

A concepção mais atualizada da igualdade formal, ou igualdade perante a lei, segundo José Afonso da Silva (1997, p. 208) tem como base o pressuposto de que “os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”.

Ao criar uma norma, o legislador estipula categorias essenciais que abarcarão os indivíduos que possuam as características ali estabelecidas. No emprego da lei, o aplicador não poderá afastar do campo de incidência aqueles que sejam dotados dos caracteres pertencentes àquelas categorias essenciais, sob pena de violação do princípio da igualdade em sua ótica formal. Explica Leila Pinheiro Bellintani (2006, p. 22) que “dentro dessas categorias essenciais criadas pelo legislador o aplicador da lei não poderá fazer qualquer tipo de distinção entre os seus membros, pois, aí sim, estar-se-á violando o princípio da igualdade formal”.

Nesse sentido é que se diz que a igualdade perante a lei é concepção do princípio da igualdade voltada ao aplicador do direito, na medida em que, já tendo o legislador estabelecido na norma as categorias essenciais, deverá aquele empregá-la a todos os indivíduos que ali estão compreendidos, e tão somente a estes. Segundo Robert Alexy (2008, p. 394), essa acepção “reforça a vinculação dos órgãos de aplicação do direito às normas criadas pelo legislador”. A igualdade formal, por afirmação de José Joaquim Gomes Canotilho (2001, p. 381) é “exigência dirigida ao juiz legal e às autoridades administrativas no sentido de assegurar formalmente uma aplicação igual da lei a todos os cidadãos”.

Não pode o aplicador da lei, juiz ou administrador, por ato próprio, excluir ou abranger casos em discordância com as leis, pois estas, conforme Gerhard Anschutz, “devem ser executadas sem considerações pessoais” (ANSCHUTZ apud ALEXY, 2008, p. 394). Ainda, nas palavras de Robert Alexy (2008, p. 394), a igualdade formal “exige que toda norma jurídica

seja aplicada a todos os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático, e a nenhum caso que não o seja”.

A igualdade perante a lei, ou igualdade formal, tem nos aplicadores da lei seus destinatários centrais, ou seja, a igualdade deverá ser observada, mormente pelo juiz e pelo administrador, ao fazer incidir a lei em uniformidade (SILVA, 2003, p. 43). Segundo Kelsen, “colocar (o problema) da igualdade perante a lei, é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias leis a aplicar” (KELSEN apud MELLO, 2000, p. 10).

Oportuno destacar que não se está a dizer que a aplicação da lei em conformidade com a concepção formal da igualdade demanda um tratamento abstratamente igual a todos. Conforme Norberto Bobbio (1992, p. 24), “em nenhuma das acepções historicamente importantes, a máxima pode ser interpretada como uma exigência de que todos os homens sejam iguais em tudo”. O que se visa é que aqueles que possuam determinadas características iguais e que, por isso, estão abrangidos por uma categoria essencial, estes sim devem ser tratados igualmente, mesmo se diferenciando em outros aspectos não compreendidos na norma. Assim, o enunciado da igualdade não pode exigir a igualdade de todas as características naturais e de todas as condições fáticas nas quais o indivíduo se encontre (ALEXY, 2008, p. 397).

Além disso, para Robert Alexy (2008, p. 397), mesmo que a igualdade de todos, em todos os pontos de vista, fosse possível, não seria tal objetivo interessante, explicando o doutrinador que “a igualização de todos, em todos os aspectos, faria com que todos quisessem fazer sempre a mesma coisa. Mas, se todos, fazem a mesma coisa, somente é possível atingir um nível intelectual, cultural e econômico muito limitado”.

2.2 Igualdade material

A igualdade material tem por base a célebre afirmação aristotélica de que “os iguais devem ser tratados como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de suas desigualdades” (ARISTÓTELES apud ALBUQUERQUE, 1993, p. 69).

A partir da percepção substancial da igualdade, há maior observância das disparidades vivenciadas pelos seres humanos, em virtude de sua inserção em sociedade. A lei deve prever, para além de simples vedações de privilégios e discriminações, o próprio tratamento normativo diferenciado diante de situações fáticas diversas. Hans Kelsen (apud GRAMSTRUP, 2002) partilha dessa definição afirmando que:

Quando os indivíduos são iguais – mais rigorosamente: quando os indivíduos e as circunstâncias externas são iguais – devem ser tratados igualmente, quando os indivíduos e as circunstâncias externas são desiguais, devem ser tratados desigualmente.

A igualdade material, ou igualdade na lei, assegura, então, a possibilidade de a lei estabelecer tratamentos diferenciados a indivíduos que se encontram, de fato, em posições diversas no meio social, por meio da previsão de categorias essenciais que determinem as características ou situações distintivas, às quais a norma deverá incidir.

Nesse sentido é que há a ideia de que, ao passo em que a igualdade formal dirige-se ao aplicador da lei, a ótica substancial do princípio igualitário é voltada ao legislador, na medida em que caberá a este estabelecer na lei os grupos de pessoas que, dispondo de características iguais entre si e diferentes dos outros, deverão ser tratados de maneira diversa. Afirma Leila Pinheiro Bellintani (2006, p. 26) que “quando situações diferentes estiverem sendo tratadas pelo legislador de forma igual, aí sim, estar-se-á violando o preceito fundamental sob análise”.

Tais diferenciações são permitidas com o objetivo de garantir a esses grupos que, em virtude de privilégios e discriminações, se diferenciam dos outros, uma isonomia não apenas parcial, consistente, tão somente, em vedações, mas uma igualdade de condições real e concreta. De acordo com José Afonso da Silva (2007, p. 214), “porque existem desigualdades é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais”.

Cabe observar, no entanto, que essa possibilidade de tratamento normativo diferenciado não pode ser dirigida a indivíduos determinados, mas exige abrangência de categorias ou grupos que necessitem da

normatização diversa, para alcançar condições de igualdade com o restante da sociedade.

Conforme observa Mariane Kliemann Fuchs (2008), a igualdade material revela-se na possibilidade de “ser concebido, no limite da prudência, um tratamento diferenciado proporcional às diferenças”. É permitido que existam tratamentos legais diferenciados, sempre que a realidade fática seja diversa e demande tais distinções, devendo o legislador distinguir na norma as categorias de indivíduos por meio das mais variadas categorias e elementos, por meio de um processo valorativo, que culminará na efetivação do princípio da igualdade substancial (BELLINTANI, 2006, p. 25).

Na visão de Miguel Seabra Fagundes (apud SILVA, 2007, p. 215), a igualdade material determina ao legislador que:

Ato elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades.

Mais: o princípio da igualdade em sua acepção material requer que, para além de uma atuação negativa caracterizada tão somente por combate às discriminações, os entes estatais ajam de forma positiva, por meio da implementação de políticas que objetivem o estabelecimento de uma igualdade real na sociedade. Afirma José Alexandre Silva Lemos (2004) que, nesta visão da igualdade, “o Estado assume um papel fundamental para garantir aos membros da sociedade uma efetivação da isonomia, re-dimensionando os seus objetivos e os meios para atingi-los”.

2.3 Igualdade de oportunidades e igualdade de resultados

É certo que, em que pese o ideal ser todos os bens necessários à saudável e digna existência humana estarem disponíveis a todos os cidadãos, não é bem essa a realidade que a sociedade desfruta. Tais bens, ao contrário, são escassos, limitados, não alcançando todos os indivíduos candidatos à sua obtenção. Leila Pinheiro Bellintani (2006, p. 27) exemplifica:

Não há vagas nas universidades para todos aqueles que almejam um título superior, assim como não há empregos suficientes para toda a população

ativa do planeta, razão pela qual se vislumbra, em praticamente todos os países, um percentual considerável de pessoas desempregadas.

Tendo em vista tal realidade e a necessidade de se implantar uma real isonomia entre os seres humanos, além das faces formal e material da igualdade, o significado atual deste princípio tem se revestido de duas outras acepções distintas: a igualdade de oportunidades e a igualdade de resultados.

Por igualdade de oportunidades entende-se aquela em que todos os indivíduos têm a possibilidade de concorrer em iguais condições pelos bens escassos da vida. Assim conceitua Leila Pinheiro Bellintani (2006, p. 26), ao afirmar que “o ideal de uma sociedade mais humana e mais justa é que haja uma igualdade de oportunidades, na qual todos os cidadãos possam concorrer em condições equitativas pelos bens escassos da vida”.

Para Norberto Bobbio (1992, p. 30-31), o princípio da igualdade de oportunidades é “considerado como um dos pilares do Estado de democracia social”, traduzindo-o o célebre doutrinador em:

Aplicação da regra de justiça a uma situação na qual existem várias pessoas em competição para a obtenção de um objetivo único [...] Em outras palavras, o princípio da igualdade de oportunidades, quando elevado a princípio geral, tem como objetivo colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição pela vida, ou pela conquista do que é vitalmente mais significativo, a partir de posições iguais.

Baseando-se na igualdade de oportunidades é que Norberto Bobbio afirma a possibilidade de ser necessário utilizar tratamentos diferenciados, discriminações positivas, para a correção de desigualdades efetivas e promoção de verdadeira igualdade, assim argumentando:

Não é supérfluo, ao contrário, chamar a atenção para o fato de que, precisamente a fim de colocar indivíduos desiguais nas mesmas condições de partida, pode ser necessário [...] introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam [...] uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades (BOBBIO, 1992, p. 32).

Entretanto, muitas vezes, apenas a garantia de igualdade de oportunidades não se traduz suficiente para a isonomia real na aquisição dos bens escassos da vida. Isso porque, em algumas situações, outros fatores, tais como raça e aparência física, acabam por anular a eficiência da igualdade de oportunidades, excluindo determinados indivíduos, em virtude de discriminações advindas de preconceitos que persistem na sociedade por décadas.

Observa Leila Pinheiro Bellintani (2006, p. 28) que:

Percebe-se que alguns indivíduos, mesmo estando a concorrer nas mesmas condições que outros e de, em muitos casos, possuírem maiores qualificações que seus pares, terminam por serem excluídos em decorrência de sua etnia, origem nacional, compleição física ou sexo, em face de preconceitos históricos arraigados no seio das mais diversas sociedades.

Assim é que se faz necessária a igualdade de resultados, como a possibilidade de aquelas pessoas que foram historicamente discriminadas realmente alcançarem os bens escassos da vida. E com o objetivo de concretizar o princípio igualitário nas suas dimensões mais eficazes é que são implantadas as ações afirmativas, mecanismos de cunho eminentemente diferenciador, que visam a beneficiar determinadas categorias historicamente desprivilegiadas, em face dos demais, com vistas a proporcionar a sua ascensão social (BELLINTANI, 2006, p. 41).

2.4 Concepção múltipla e complexa da igualdade

Previsto na legislação brasileira, principalmente no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, a atual interpretação do princípio da igualdade parte da premissa de que os homens são diferentes entre si, cada um possuindo sua individualidade, suas próprias características, capacidades e valores. Diante disso, tem-se buscado um ideal de justiça a ser realizado mediante um princípio da igualdade em que as diferenças sejam reconhecidas e respeitadas, mas que, ao mesmo tempo, não possam servir de justificativa para discriminações sociais (BELLINTANI, 2006, p. 16-17).

As concepções formal e substancial do princípio da igualdade, ao invés de sobreviverem por exclusão, unem-se, de maneira renovada, com o intuito de fomentar a verdadeira igualdade, no sentido da atuação positiva do Estado na implementação de políticas capazes de promover a isonomia real entre os cidadãos. Segundo Robert Alexy (2008, p. 395), o enunciado da igualdade assume uma interpretação “não apenas como um dever de igualdade na aplicação, mas também na criação do direito”.

Logo, a igualdade perante a lei, a igualdade formal, é alcançada quando, na aplicação da lei, não há distinções entre indivíduos de uma mesma categoria estipulada normativamente pelo legislador. A igualdade material, igualdade na lei, por sua vez, é respeitada quando a realidade fática diversa tiver, na lei, tratamento diferenciado destinado, não a indivíduos determinados, mas a grupos abstratos desprivilegiados pelas condições sociais, no intuito de que estes fiquem em condições de igualdade com os outros cidadãos.

Nesse sentido, em que pese o principal dispositivo igualitário da Constituição Federal de 1988 pareça denotar tão somente a igualdade formal, uma vez que afirma que “todos são iguais perante a lei”, a ótica moderna desse princípio, conforme acima destacada, demanda uma interpretação que reúna as duas concepções da igualdade. Essa é a lição de Miguel Seabra Fagundes (apud SILVA, 2007, p. 216) ao afirmar que:

Ainda quando o princípio da igualdade jurídica possa parecer, na literalidade da sua enunciação pela Constituição da República (“Todos são iguais perante a lei’...), apenas endereçado ao aplicador das normas legislativas – o administrador ou o juiz – o certo é que, pelas razões superiores que o inspiram e pelas finalidades a que se destina, é endereçado também ao legislador.

Assim declarou o Ministro Carlos Velloso, quando do julgamento do Mandado de Injunção n. 58, oriundo do Distrito Federal:

Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que,

no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.

(STF, MI 58/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19-04-1991)

Justamente no intuito de fazer valer essa concepção múltipla e complexa do princípio igualitário é que são defendidas as ações afirmativas. Essas medidas, desde sua concepção, têm o condão de, por meio do tratamento diferenciado dos grupos de pessoas que se encontram em situações peculiares, dar concretude ao princípio base dos ordenamentos jurídicos modernos, ao invés de violá-lo. É isso que será visto, a partir de agora, iniciando-se a discussão por meio da apresentação de uma forma específica de ações afirmativas, no caso, as cotas fixas.

3 Uma defesa da política de cotas raciais para o acesso a instituições públicas de ensino superior a partir da concepção múltipla e complexa da igualdade

Desde os primeiros passos na adoção de ações afirmativas no Brasil, nenhuma tentativa causou tanta polêmica quanto à implementação da modalidade de cotas raciais para o ingresso em instituições públicas de ensino superior.

Na visão daqueles que são contrários às cotas raciais como meio de ingresso em universidades públicas brasileiras, tal medida fere o princípio da igualdade, pois que estabelece privilégios fundados exclusivamente em critério racial, o que é vedado pela Constituição Federal. Além disso, ao invés de combater a desigualdade existente, cria mais discriminação, na medida em que fomenta a separação dos indivíduos em raças e a ideia de inferioridade do indivíduo negro, que não teria capacidade de alcançar vagas em universidades públicas, ou outras áreas na sociedade,

por méritos próprios e, por isso, necessitariam de cotas. Assim expõe Sabrina Moehlecke (2003, p. 210):

Aqueles que as percebem como um privilégio, atribuem-lhes um caráter inconstitucional. Significariam uma discriminação ao avesso, pois favoreceriam um grupo em detrimento de outro e estariam em oposição à ideia de mérito individual, o que também contribuiria para a inferiorização do grupo supostamente beneficiado, pois este seria visto como incapaz de “vencer por si mesmo”.

Para aqueles que defendem o sistema de cotas raciais, este, muito ao contrário de ferir o princípio da igualdade, é concretização deste. É que se baseia exatamente em concepção mais atualizada e legítima do referido princípio, como o duplo respeito à igualdade formal, em que apenas são tratados de maneira igual indivíduos de uma mesma categoria normativa, e à igualdade material, pela qual a realidade fática diversa impõe tratamento normativo diferenciado destinado a grupos desprivilegiados pelas condições sociais, como o caso dos negros, no intuito de que estes fiquem em igualdade de condições, quando comparados a outros cidadãos. Nesse sentido afirma Sabrina Moehlecke (2003, p. 210):

Para os que as entendem como um direito, elas estariam de acordo com os preceitos constitucionais, à medida que procuram corrigir uma situação real de discriminação. Não constituiriam uma discriminação porque seu objetivo é justamente atingir uma igualdade de fato e não fictícia. Elas não seriam contrárias à ideia de mérito individual, pois teriam como meta fazer com que este possa efetivamente existir.

Mesmo diante de tantas discordâncias e até como causador destas, o fato é que é indiscutível a existência de discriminação racial no Brasil e que todo o contexto histórico em que o negro esteve inserido, desde a colonização até os dias atuais, revelam anos de discriminação, de marginalização, de negação às condições iguais a todos os outros cidadãos. Tal quadro é demonstrado por meio de várias pesquisas que evidenciam a baixa representatividade da minoria negra no ensino e, por consequência, na área profissional. É diante dessa realidade que se faz correta, moral e socialmente, a adoção de medidas de inclusão do negro na sociedade e, sendo a educação o principal meio socializador, tais medidas devem ser naturalmente utilizadas no sistema educacional. Assim afirmou o Procu-

rador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, no parecer n. 6.996, apresentado nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, em trâmite no Supremo Tribunal Federal:

Cumpra-se para o valor que tem o acesso ao ensino superior na emancipação real dos afrodescendentes no Brasil. O ingresso em boas universidades talvez seja a mais importante porta de acesso a funções socialmente relevantes, que propiciam o empoderamento das minorias estigmatizadas e a promoção da justiça material.

Entretanto, a partir dessa constatação, e tendo em vista o ordenamento constitucional vigente, seriam as ações afirmativas, na modalidade de política de cotas que adotem como critério diferenciador a raça, permitidas e adequadas juridicamente no contexto social brasileiro?

A Constituição Federal de 1988 adota como fundamental no Estado brasileiro o princípio da igualdade, ao afirmar, no *caput* de seu art. 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. É exatamente nessa vedação às diferenciações de qualquer natureza que reside a polêmica em torno da adoção da raça como critério diferenciador, na política de cotas para ingresso nas instituições públicas de ensino superior, resumindo-se a discussão ao cabimento ou não de uma ou outra interpretação em torno deste princípio.

Contra a política de cotas raciais nas universidades existe uma interpretação bastante rígida da disposição constitucional. Segundo essa hermenêutica, justamente em virtude da vedação da Constituição é que não podem ser implantadas medidas que visem beneficiar determinadas pessoas, em detrimento de outras adotando critérios não previstos constitucionalmente, tal como a raça. Assim, só encontram amparo legal as distinções já previstas no texto constitucional, ferindo, então, o princípio igualitário aquelas diferenciações baseadas em qualquer outro critério.

Entretanto, diante da concepção mais atualizada do princípio da igualdade, não é esta a interpretação correta, quanto à possibilidade de implementação de diferenças entre categorias de indivíduos. É certo que a Constituição Federal já estabelece determinadas hipóteses em que são admitidos tratamentos desiguais entre as pessoas, tais como a proteção ao mercado de trabalho da mulher e a reserva percentual de cargos e em-

pregos públicos para deficientes. No entanto, não pode o direito ater-se apenas às situações previstas expressamente pelo constituinte. As relações sociais são dinâmicas, modificando-se a cada dia e exigindo, dessa forma, que as interpretações e meios de proteção jurídica também se transformem e se adaptem às novas realidades.

Assim é que, em que pese nem todas as situações de desigualdade que necessitam de tratamentos diferenciados estejam abarcadas expressamente pela Constituição, deve ser esta e, principalmente, seu princípio de igualdade, interpretados de modo que sejam contempladas essas novas hipóteses, pois que, conforme afirma Robert Alexy (2008, p. 420), “o legislador não pode em princípio se satisfazer em aceitar desigualdades fáticas previamente existentes; se elas forem incompatíveis com exigências de justiça, o legislador tem que as eliminar”.

Nesse sentido, o estabelecimento de diferenciações não expressamente previstas na Constituição é até necessário à implantação da justiça, por meio da concretização da concepção mais atualizada e complexa do princípio da igualdade. De fato, não há mais espaço para a ideia de conceber o princípio da igualdade tão somente na sua dimensão formal, conforme já visto anteriormente. O princípio na atualidade reclama, para além da vedação de discriminações e da proibição do arbítrio, medidas que efetivamente realizem a igualdade material, ou seja, o próprio tratamento normativo diferenciado diante de situações fáticas diversas. Essa diferenciação, por sua vez, resultará na igualização de posições dos indivíduos. Para Sabrina Moehlecke (2004), “a menos que uma ação positiva seja adotada para superar os efeitos de formas institucionais sistemáticas de exclusão e discriminação, uma neutralidade benigna tenderá a perpetuar o *status quo* indefinidamente”.

Segundo Sérgio da Silva Martins (2000, p. 206), a Constituição de 1988 inaugurou na tradição constitucional brasileira o reconhecimento da desigualdade material vivenciada por alguns setores e propõe medidas de asseguramento de direitos, que implicam a presença positiva do Estado. Assim, para além da igualdade formal, a Magna Carta estabeleceu no seu texto a possibilidade do tratamento desigual para pessoas ou segmentos historicamente prejudicados, no exercício de seus direitos fundamentais. E se admitida a tese de que é constitucional o tratamento diferenciado

a pessoas de grupos que se encontram em situações de desigualdade, como meio de implantação de uma isonomia real e concreta, resta a transposição do óbice de justificação da modalidade de ação afirmativa a ser adotada e do critério diferenciador que a caracterizará.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2000, p. 41) explana sobre alguns critérios para que as discriminações positivas possam ser consideradas legítimas, a fim de que, sendo adotadas ações afirmativas, estas, ao invés de fomentar desigualdades, efetivamente cumpram com seu objetivo de concretização do princípio da igualdade:

a) Que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

No caso das ações afirmativas no âmbito das universidades públicas brasileiras, na modalidade de política de cotas raciais, há fortes argumentos, tendo em vista os caracteres acima descritos, que as justificam e as legitimam no plano jurídico, servindo de meio materializador da norma da igualdade, enquanto princípio basilar eleito pelo ordenamento constitucional brasileiro. Assim explicita Sabrina Moehlecke (2003, p. 208-209):

Dentre as justificativas que legitimam os projetos, encontramos referência à importância atribuída à educação, vista como um instrumento de ascensão social e de desenvolvimento do país; a exposição de dados estatísticos que mostram o insignificante acesso da população pobre e negra ao ensino superior brasileiro e a incompatibilidade dessa situação com a ideia de igualdade, justiça e democracia; o resgate de razões históricas, como a escravidão ou o massacre indígena, que contribuíram para a situação de desigualdade ou exclusão dos negros e índios e implicam uma dívida do Poder Público para com esses setores.

Em que pese tenha posto fim à escravidão (tardiamente, vez que o Brasil foi o último país americano a declarar livres seus escravos), a Lei Áurea, de 1889, não previu meio de promoção de condições mínimas de desenvolvimento e sobrevivência digna dos escravos libertos, não determinou formas para que esses ex-escravos viessem a se transformar em cidadãos brasileiros (VILAS-BÔAS, 2003, p. 46), ou seja, embora em liberdade, não havia políticas de inclusão social destes, que passaram a viver à margem da sociedade.

Não se está aqui a negar as conquistas sociais de indivíduos negros e suas ocupações em lugares de destaque na sociedade, mas é de se dizer que tais posições nem sequer se aproximam da situação vivida pelos não negros. Essa afirmação não é feita levemente. Pelo contrário, ela decorre da visualização de diversas pesquisas realizadas ao longo de vários anos.

Para exemplificar, cite-se pesquisa realizada pelo professor de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Marcelo Paixão, referida em entrevista à Revista Integração (2002), que, no ano de 1999, indicava um percentual de 91,7% de brancos com idade superior a 15 anos alfabetizados, enquanto que 80,2% de negros encontravam-se na mesma situação. Tal pesquisa indicava, ainda, renda familiar per capita de 2,99 salários-mínimos para a parcela não negra da população brasileira, e de 1,28 salários-mínimos para os negros.

Pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 1999, indicou que 89% dos brancos entre 18 e 25 anos tinham acesso ao ensino superior, enquanto 98% dos negros na mesma faixa não dispunham dessas possibilidades (HENRIQUES, 2001).

Pesquisa pioneira, iniciada em 2000, pelo professor do Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília (UnB), José Jorge de Carvalho, constatou que, nas maiores e mais importantes instituições de ensino superior do País, o número de professores negros não chega, em média, a 1% (CEDINE, 2007).

José Jorge de Carvalho (2002, p. 87) destaca que:

Na Universidade de Brasília simplesmente não entraram negros nos cursos de alto prestígio. Em Medicina, Direito e Arquitetura, cursos tradicionalmente de elite, a média dos brancos se aproxima dos 75% – um *stress* racial

considerável para uma região em que os brancos, segundo o IBGE, são minoria, contando com 46,5% da população.

Esses dados apontam para a perpetuação da desigualdade racial em todas as áreas de poder e prestígio da sociedade brasileira, indicando a importância da escolaridade para melhoria na inserção no mercado de trabalho, na qualidade da ocupação e, principalmente, para a elevação dos rendimentos.

A baixa representatividade da população negra nos mais diversos campos da sociedade, destacando-se a seara educacional superior, não reflete o fato de que constitui a maior parte da população brasileira, o que vai de encontro aos princípios do Estado democrático de Direito, que implicam a igual consideração e respeito de todos, que, por isso, devem estar política, econômica e socialmente representados, para que haja a efetiva garantia de seus direitos e interesses.

Dessa realidade, então, sobressai a justificativa para a adoção de cotas raciais, com o objetivo de fomentar a participação da minoria negra nos campos laboral, político, cultural e social da comunidade, de acordo com ditames do paradigma democrático de Estado pelo Brasil adotado. Tais posições, é certo, apenas podem ser alcançadas a partir da maior inserção do negro na esfera educacional, daí a adoção de tal política em instituições públicas de ensino superior.

Constitucionalmente, as ações afirmativas, de modo geral, encontram embasamento na garantia do princípio da igualdade e do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de “reduzir as desigualdades sociais” (art. 3º, inc. III). De maneira específica na seara educacional, a implementação de tais medidas, inclusive cotas raciais, tem por respaldo o art. 208, inc. V e art. 206, inc. I, da Constituição Federal, os quais afirmam, respectivamente, que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” e que “o ensino será ministrado com base no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”.

Aqui, é de se fazer um esclarecimento quanto à adoção do mérito para o acesso ao nível superior de ensino, constitucionalmente consa-

grado no supracitado art. 208, inc. V, diante da implementação de ações afirmativas, em particular a política de cotas. Em virtude de ter a Constituição Federal de 1988 eleito a “capacidade de cada um” como critério para o “acesso aos níveis mais elevados do ensino”, há quem defenda ser este o único e exclusivo elemento a ser considerado no caso, seja qual for a situação real dos concorrentes. Assim, seriam as cotas raciais incompatíveis com o comando constitucional, por permitirem a utilização de outro diferenciador.

Entretanto, de acordo com a evolução da sociedade, as novas demandas que reclamam a afirmação do Estado democrático de Direito e as consequentes e mais recentes interpretações dadas ao texto constitucional, não é esta a melhor, mais justa, leitura do dispositivo. Isso porque, conforme afirma Leila Pinheiro Bellintani (2006, p. 87), “a capacidade de cada qual será o elemento essencial a ser analisado quando os indivíduos estiverem a concorrer em condições de igualdade com os seus pares pelos bens escassos da vida, tais como uma vaga na universidade ou um emprego público”.

Para que seja o mérito considerado como único critério para se alcançar os bens da vida, é necessário que haja, primeiramente, igualdade de condições entre os concorrentes. Ora, se não há igualdade nas condições de concorrência, como se falar em mérito como exclusivo padrão diferenciador? Segundo a supracitada autora:

Se não é possível exigir dos Poderes Públicos a implementação dos direitos sociais de forma concreta, em decorrência das inúmeras dificuldades econômicas, sociais e culturais que se pode observar nos mais diferentes Estados, em face de tal impossibilidade, o mérito não pode e não deve ser o único ou mesmo o prioritário fator a ser observado nos mais diversos processos seletivos, para que aqueles que não tiveram acesso a uma educação de qualidade possam alcançar determinados bens escassos, tais como uma vaga em uma universidade ou mesmo um emprego. (BELLINTANI, 2006, p. 92).

Sendo assim, como atualmente na sociedade brasileira a classe negra não se encontra em posição de igual condição com os não negros, não há como ser defendido o mérito como singular e exclusivo elemento de

diferenciação. Só pode haver aplicação do mérito puro, quando houver igualdade de condições para a concorrência.

Assim, constatadas desigualdades sociais entre negros e não negros, a materialização do princípio da igualdade, com as cotas raciais, representa um combate a essas desigualdades. Mais: se não há igualdade de condições para o ingresso e a permanência em uma instituição de ensino superior pública, entre os negros e os não negros, é constitucional medida que implanta meios de se alcançar essa igualdade, tendo-se em conta, como já afirmado, a concepção mais atualizada e complexa do princípio da igualdade, em que se tem a união da ótica formal desse princípio, que prevê a não distinção entre indivíduos de uma mesma categoria normativa, e sua ótica material, que atribui tratamento legal diferenciado a grupos desprivilegiados pelas condições sociais.

Sendo as cotas raciais espécies do gênero ação afirmativa, poder-se-ia cogitar da adoção de outras modalidades. Entretanto, a implementação de outro tipo de ação afirmativa, no caso da minoria negra, não teria o condão de alcançar a real isonomia que se pretende. Explica-se: além de sua consideração ao mesmo tempo formal e material, a concepção atualizada e mais complexa do princípio da igualdade tem se revestido de duas outras acepções: a igualdade de oportunidades e a igualdade de resultados. A igualdade de oportunidades demanda que todos os indivíduos tenham a possibilidade de concorrer em iguais condições pelos bens escassos da vida, objetivo a ser alcançado também por meio de ações afirmativas. Ora, as cotas baseadas no critério racial abarcam, para além da igualdade de oportunidades, a igualdade de resultados, que reclama efeito mais radical, uma equidade que alcance não apenas a concorrência, mas o próprio resultado da competição. Isso se justifica no caso dos negros, em virtude das posições discriminadas nas quais se encontram, por efeito de preconceitos contra sua raça que persistem na sociedade há décadas e acabam por enfraquecer a eficácia da igualdade de oportunidades.

Seja como for, a política de cotas raciais deve ser entendida por ação afirmativa de cunho antes distributivo, que compensatório. Compensatória seria a medida implantada com o objetivo de compensar discriminações sofridas historicamente por minorias, visando, assim, à correção de desigualdades sociais advindas de erros do passado, como a escravidão,

que se refletem na sociedade atual. Veja-se o que Leila Pinheiro Bellintani (2006, p. 61) leciona sobre as ações afirmativas compensatórias:

[...] buscar-se-ia ressarcir determinadas categorias de indivíduos das políticas de subjugação a que foram submetidas anteriormente. Nesses termos, teriam o condão de restituir a essas pessoas os danos sofridos por seus antepassados em face da adoção de políticas discriminatórias, tais como a escravidão e a segregação racial, ou mesmo de costumes históricos, através dos quais, por exemplo, reafirmava-se a submissão das mulheres em relação aos homens.

Nesse sentido, a situação de inferioridade pelas minorias vivenciada atualmente teria por causa a discriminação sofrida ao longo da história, havendo, então, necessidade de compensar o dano causado no passado aos descendentes do grupo que foi subjugado, por parte dos atuais representantes da classe que legitimou o comportamento discriminatório. Assim, conforme Leila Pinheiro Bellintani (2006, p. 61), “seria uma tentativa de restabelecer o *status quo* ante, beneficiando-se os historicamente desprivilegiados em detrimento daquela categoria que os desprivilegiou no passado”.

Todavia, é demasiado duvidosa essa fundamentação, para utilizar a raça como elemento definidor da ação afirmativa, uma vez que a reparação pelos danos sofridos pela minoria negra, em virtude de anos de escravidão e marginalização, na forma de compensação, apenas poderia se dar em benefício da pessoa que efetivamente tivesse sofrido o dano, e em face daquele que realmente praticou o ato ilícito a ser indenizado.

Sendo o caráter compensatório tão controverso, a política de cotas raciais deve, antes, ser caracterizada por sua função distributiva, ou seja, os bens sociais, tal como a educação superior, no caso, passariam a ser distribuídos de forma equânime, possibilitando, então, que todos possam alcançar os bens da vida sem que haja impedimento em virtude de discriminações e preconceitos. Nas palavras de Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2001, p. 66):

A tese distributivista propõe a adoção de ações afirmativas, que nada mais seria do que a outorga aos grupos marginalizados, de maneira equitativa e rigorosamente proporcional, daquilo que eles normalmente obteriam caso

seus direitos e pretensões não tivessem esbarrado no obstáculo intransponível da discriminação.

No caso, o motivo para a execução da política de ação afirmativa continua o mesmo, o combate à marginalização do negro decorrente de seu passado escravista, que se traduz na sub-representatividade dessa classe nas várias áreas componentes da sociedade. Entretanto, o fim da medida é outro, ou seja, ao invés de exclusivamente compensar danos passados, tem-se a distribuição igualitária de bens, em completo acordo com a justiça social. Tendo esse cunho distributivista, o mecanismo de cotas raciais estaria promovendo justiça no presente. Havendo a redistribuição igualitária das oportunidades de ingresso e permanência numa instituição pública de ensino superior, há combate a discriminações que acarretaram baixa representatividade dos negros nessa área, de modo a concretizar o princípio da igualdade. Nesse sentido entende Daniel Sarmiento (2006, p. 155):

O quadro de dramática exclusão do negro no presente justifica medidas que o favoreçam e que ensejem uma distribuição mais igualitária de bens escassos, como são as vagas em uma universidade pública, visando à formação de uma sociedade mais justa. Esse argumento não tem em vista o passado, como o da justiça compensatória, mas sim a construção de um futuro mais equitativo.

É exatamente sob essa ótica que se admite a possibilidade de que, em prol da igualdade de tratamento dos cidadãos, não sejam alguns indivíduos beneficiados, ou mesmo que lhes sejam retiradas certas vantagens. Assim opina Ronald Dworkin, conforme afirmado por María Ángeles Martín Vida (apud BELLINTANI, 2006, p. 64):

Para Dworkin os critérios de distinção ou seleção estão moralmente justificados e não são injustos, mesmo que gerem desvantagens para quem não cumpre suas exigências, se estão ao serviço de uma política adequada para alcançar os máximos níveis de respeito ao direito de todos os membros da comunidade a serem tratados iguais, mas não em caso contrário. As desvantagens que são obrigados a suportar alguns cidadãos somente são injustas quando não representem um aumento nos níveis de igualdade global nessa comunidade.

Ressalte-se que, de acordo com Leila Pinheiro Bellintani (2006, p. 66), a adoção de ações que implementem a justiça distributiva, como deve ser vista a política de cotas raciais, “não precisa estar embasada na existência de discriminações, mas tão somente na verificação da existência de desigualdades dentro da sociedade”. Considerando tal pensamento, na questão das cotas raciais nas universidades, tem-se por embasamento, além da constatação da existência de desigualdades sociais entre negros e os demais membros da sociedade, a existência do passado escravista vivenciado pela minoria negra, que redundava em discriminações e marginalização por essa classe suportada até os dias atuais.

Outro ponto bastante discutido em relação à possibilidade de adoção de cotas baseadas no critério racial é a questão da definição de quem poderia participar desse sistema, ou seja, de quem seria negro ou não no Brasil. Segundo os que se posicionam contrários à política de cotas raciais, esse seria mais um empecilho a essa modalidade de ação afirmativa, condenando a auto-declaração, por abrir oportunidades de fraude ao sistema. Rechaçam, também, o método usado pela UnB, no vestibular de 2004, em que cabia à comissão designada pelas instâncias superiores da universidade a verificação, por meio de fotografias digitais, de quem teria ou não a cor da pele negra, por constituir-se em verdadeiro “tribunal de raças” (Folha de São Paulo, 2004).

Em contrapartida, aos que são partidários do sistema de cotas raciais, em que pese seja o Brasil um país predominantemente miscigenado, o que dificulta em parte a identificação de negros e não negros, isso não deveria constituir ponto de discussão, pois que se trata a autodeclaração de direito previsto na Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho, que preconiza a autoidentificação como critério fundamental para reconhecimento da identidade étnica de um grupo, conferindo a cada indivíduo autonomia sobre sua identidade racial e/ou cultura.

O certo é que, havendo a possibilidade, pela mais atual interpretação da Constituição, de implantação de medidas que tenham por objetivo a concretização do ideal de igualdade e o aumento da representação da minoria negra em todas as áreas da sociedade, resultando em mais justiça social, não pode o Estado abster-se de fazê-lo, sob a alegação de que talvez possa haver fraudes. Além disso, se a autodeclaração é direito pre-

visto no ordenamento, deve ser garantido e os indivíduos devem ser respeitados, no exercício desse direito. Foi o que afirmou o Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, em parecer outrora citado:

É absolutamente legítima a incorporação da ideia de autodeclaração, seja porque ignorar a percepção que cada um tem da própria identidade seria um violência, atentatória à própria dignidade da pessoa humana, seja porque esse critério encontra-se previsto no art. 1º, item I, alínea “a” Convenção 169 da OIT, em vigor no ordenamento brasileiro.

A política de cotas deve respeitar a realidade fática, ou seja, o critério de distinção utilizado na norma deve guardar conexão com a realidade da discriminação. Mas isso já resta bastante evidenciado na realidade brasileira, no que diz com as pessoas de pele negra. Entretanto, muitos defendem a visão de que o mais adequado seria adoção de cotas não raciais, voltadas à população pobre, que, enfim, beneficiaria a população negra, uma vez que esta representaria a maioria daquela camada.

Cabe observar, então, que a adoção de cotas em virtude da cor de pele negra não exclui a possibilidade de adoção de outros critérios diferenciadores, como o baixo nível de renda. Muito ao contrário, estas podem ser mecanismos complementares, como ocorre no projeto de lei sobre o assunto em trâmite no Congresso Nacional. Mas, não se pode trocar uma pela outra, tendo em vista a especificidade da questão racial. As cotas cujo critério é a raça são necessárias, tendo em vista, mais uma vez, a história de escravidão pelos negros vivida, causadora de marginalização e situações discriminatórias presentes na atualidade, tal como sub-representação nos mais diversos setores da sociedade. Assim destaca Marcelo Sherman Amorin (2003), ao afirmar que:

Percebe-se que não há como tratar negros pobres e brancos pobres da mesma forma em uma cultura tão racista. Pois, os primeiros são duplamente discriminados. O favelado preto é pior que o branco. A questão racial sobrepõe-se à questão de classes. Não se quer defender que pobres devem ser afastados do tratamento diferenciado. De forma alguma. Entretanto, cumpre estabelecer para a criação de medidas eficazes, que não se trata de um mesmo problema. O negro sofreu um atraso de quase quatrocentos anos no seu desenvolvimento social e isso requer um tratamento específico.

Além disso, há aqueles que defendem a implantação de medidas sociais universalistas em substituição à política de cotas. Para os que são a favor dessa ideia o problema das desigualdades presentes na sociedade, sejam elas sociais ou raciais, quanto ao acesso aos níveis superiores de ensino, combate-se com investimento na educação básica e expansão da educação superior. Segundo Sabrina Moehleck (2003, p. 213), “aqueles que defendem políticas universalistas argumentam que é necessário olhar a raiz do problema, no caso, a baixa qualidade do ensino básico na esfera pública e as poucas vagas oferecidas pelas instituições de ensino superior”.

Aqui, cabe expor que a discriminação racial e a sub-representação da minoria negra em todos os campos da sociedade são problemas indiscutivelmente presentes na atualidade e que vêm se arrastando há séculos, sendo necessárias medidas urgentes e eficazes de combate a tais injustiças. Assim, no parecer n. 6996, apresentado nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos afirmou que:

Não se vislumbra, a priori, qualquer outra medida que promova, com a mesma intensidade, a finalidade perseguida. Políticas públicas de caráter universalista, cegas à cor dos seus beneficiários (*colorblind*), por exemplo, não tendem a diminuir as gritantes diferenças hoje existentes entre os grupos raciais que compõem a comunhão nacional.

Ademais, deve-se atentar para o fato de que a adoção de ações afirmativas na modalidade de cotas raciais nas universidades é temporária e perderá sua legitimidade jurídica e se extinguirá quando for alcançada a igual representatividade de negros e não negros nessas instituições.

Assim sendo, a implementação de tal medida não exclui o dever do Estado de investir no ensino fundamental e médio, de modo que todos possam competir em igualdade de condições, sendo, no entanto, as cotas, a medida adequada e mais rápida de combate à discriminação racial, na seara educacional, e, por consequência, nas outras áreas da sociedade, enquanto são tomadas providências relacionadas ao aperfeiçoamento do ensino de base. Logo, não é necessário, e muito menos adequado que haja

uma substituição do sistema de cotas raciais por políticas de caráter universalista que invistam na educação de base. O correto é que possam coexistir.

Citando Antonio Sérgio Alfredo Guimarães, Sabrina Moehlecke (2003, p. 213):

Ações afirmativas não dispensam, mas exigem, uma política mais ampla de igualdade de oportunidades implementada conjuntamente, já que as ações afirmativas são políticas restritas e limitadas, uma exceção utilizada apenas naqueles locais em que o acesso de um grupo é comprovadamente inadequado. Dessa forma, enquanto o ensino fundamental e médio exigem uma universalização, o ensino superior necessitaria de medidas que garantissem o ingresso de certos grupos dele sistematicamente excluídos, não pelo mérito ou dotes intelectuais, mas por critérios raciais e sociais.

É de se reconhecer que o arcabouço de tratamento atualmente dispensado aos ensinos médio e fundamental é estrutura que não se muda de um dia para o outro, necessitando de medidas transformadoras que demandam muito tempo, tempo este que a sociedade brasileira não tem mais, e que a minoria negra não pretende mais esperar, inadiável que é o cumprimento dos objetivos, princípios e direitos fundamentais da República.

Considerações finais

Pelo artigo, observa-se que hoje se compreende que o princípio igualitário demanda não apenas a atuação negativa do Estado, no sentido de combater discriminações ou privilégios, mas o próprio agir, promovendo a mais atualizada, completa e efetiva isonomia na sociedade.

Com o fim de se alcançar efetiva igualdade entre os indivíduos de uma comunidade é que são adotadas as ações afirmativas. Trata-se de mecanismos de inclusão social estabelecidos de diferenciações que visam beneficiar categorias necessitadas de vantagens para obter bens sociais, em especial a minoria negra, em face dos longos anos de preconceito e discriminação a que foram subjugadas e que se refletem na realidade de marginalização por aquelas vivenciada.

As ações afirmativas são temporárias, são mecanismos que visam ao estabelecimento de uma efetiva igualdade entre os indivíduos de uma

sociedade. Verificado o alcance do objetivo, as medidas devem ser extintas. Isso porque, se, mesmo depois de alcançada a efetiva igualdade, persistirem as ações afirmativas, terão estas o efeito contrário, uma vez que se estará tratando de maneira distinta pessoas que já se encontram em condições de igualdade.

Em que pese a história da classe negra brasileira diferenciar-se em muito em relação aos Estados Unidos, berço das ações afirmativas e onde a política segregacionista foi por longos anos legitimada política, social e legalmente, também no país o negro foi escravizado, marginalizado e discriminado por décadas, desde a época da colônia até os tempos modernos. A atualidade dessa subjugação é demonstrada por várias pesquisas e dados que põem em cheque a situação de sub-representação e discriminação suportada pelos negros nos diversos setores da sociedade, como decorrência dos tempos de escravidão e marginalização.

Assim, com o objetivo de combater essas discriminações e estabelecer igualdade efetiva entre os negros e os não negros, principalmente no que diz com a representação dessa classe nos vários e diversos âmbitos societários, é que são adotadas ações afirmativas no Estado brasileiro, mais especificamente as cotas raciais para o acesso às universidades públicas, por ser a educação o caminho para a ascensão laboral, política e social.

Mesmo não estando a política de cotas expressamente prevista na Constituição, como o caso da proteção ao mercado de trabalho da mulher e da reserva percentual de cargos e empregos públicos para deficientes, não se trata esse argumento de bloqueador da adoção dessa medida. Isso porque, sendo as relações sociais tão dinâmicas, exigem que as interpretações e meios de proteção jurídica também se transformem e se adaptem às novas realidades. Logo, se nem todas as situações de desigualdade que necessitam de tratamento diferenciado estão abarcadas pela Constituição, deve ser esta e, principalmente, seu princípio de igualdade, interpretados de modo que sejam contempladas novas hipóteses, como o caso das cotas raciais.

Cabe destacar, ainda, que, embora a Constituição de 1988 estabeleça “a capacidade de cada um” como critério para se alcançar os níveis superiores do ensino (art. 208, inc. V), este pode ser o único elemento decisivo,

quando houver condições de igualdade na concorrência, caso contrário, não há que se falar em mérito como exclusivo diferenciador, devendo ser considerada a situação de desigualdade de condições em que se encontram os indivíduos, a exemplo da minoria negra.

Ressalta-se, também, a necessidade da implantação das cotas raciais, vez que a adoção de outro tipo de ação afirmativa, no caso especial da minoria negra, não teria o condão de alcançar a real isonomia que se pretende. Assim é porque as cotas baseadas no critério racial abarcam, para além da igualdade de oportunidades (concorrência em iguais condições pelos bens escassos da vida), a própria igualdade de resultados, que reclama um efeito mais real, ou seja, uma equidade que alcance não apenas a concorrência, mas o próprio resultado da competição. Isso se justifica no caso dos negros em virtude das posições discriminadas nas quais se encontram, por efeito de preconceitos contra sua raça que persistem na sociedade por décadas e acabam por enfraquecer a eficácia da igualdade de oportunidades.

A política de cotas raciais deve ser entendida por ação afirmativa de cunho distributivo, uma vez que se pretende com tal medida a distribuição de forma equânime dos bens sociais, tal como a educação superior, no caso, possibilitando, então, que todos possam alcançar os bens da vida sem impedimento por motivo de discriminações e preconceitos. Assim, estar-se-á promovendo justiça, ao concretizar a igualdade, princípio ordenador do Estado democrático de Direito.

Tendo em vista o alcance desse objetivo é que se admite a possibilidade de algumas pessoas terem retiradas suas vantagens, em prol da máxima igualização dos direitos dos cidadãos. Para tanto, a adoção das cotas deve respeitar a realidade fática, ou seja, o critério de distinção utilizado na norma deve guardar conexão com a realidade de discriminação, o que resta bastante evidenciado na realidade brasileira, no que diz com os indivíduos de pele negra.

Por fim, a adoção de cotas em virtude da cor de pele negra não exclui a possibilidade de outros critérios diferenciadores, como o baixo nível de renda. Ao contrário, estas podem ser aliadas, como ocorre no projeto de lei sobre o assunto em trâmite no Congresso Nacional. Porém, não se pode trocar uma pela outra, tendo em vista a especifici-

dade da questão racial, ou seja, são necessárias as cotas cujo critério é a raça, tendo em vista, mais uma vez, a história de escravidão dos negros, causadora de marginalização e situações discriminatórias persistentes na atualidade, tal como a sub-representação dessa classe nos diversos setores da sociedade.

Os malefícios decorrentes dos anos de escravidão e marginalização vividos pela minoria negra existem, em forma de discriminações e baixa representação laboral, política, educacional. Com o presente artigo, conclui-se pela necessidade das ações afirmativas, em específico as cotas raciais para o acesso às instituições públicas de ensino superior, com o objetivo de efetivar o princípio da igualdade de os cidadãos. A par disso, necessário exigir reconhecimento por toda a sociedade e pelos Poderes Públicos da condição de desigualdade em que se encontra a minoria negra, como resultado da discriminação histórica, cultural, econômica, de consciência, pois só assim o problema poderá ser, ao menos, minimizado.

Por tudo, de outra forma não poderia ser julgada a ação no Supremo Tribunal Federal atacando a política de cotas para estudantes carentes ou negros, no acesso às universidades públicas estaduais do Rio de Janeiro (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.197/RJ). A política de cotas é a forma mais adequada de garantir as complexas exigências das diversas dimensões do princípio da igualdade no Estado constitucional democrático, no contexto de uma sociedade racialmente injusta, como a brasileira.

Referências

ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMORIM, Marcelo Sherman. A constitucionalidade das cotas de inserção do negro no ensino superior. Teresina: *Jus Navigandi*, 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4032>>. Acesso em: 18 mar. 2009.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 6996, 28 jul. 2009. Apresentado nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, proposta pelo Partido Democratas (DEM) em face da política de cotas raciais da Universidade Federal de Brasília (UnB).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 58, Distrito Federal. Relator Ministro Carlos Velloso. Diário da Justiça, 19 abr. 1991, p. 04580, ement. v. 01616-01, p. 00026.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, José Jorge de. Exclusão racial na universidade brasileira: um caso de ação negativa. In: QUEIROZ, Delcele. (Org.). *O negro da universidade*. Salvador: Novos Toques, 2002. p. 79-99.

CEDINE. *Não há professores negros nas universidades*. 2007. Disponível em: <<http://www.cedine.rj.gov.br/artigo04.asp>>. Acesso em: 26 jan. 2009

CESPE. *Edital n. 3 do 1º vestibular de 2009 da Universidade de Brasília*. UNB. Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/vestibular/IVEST2009/arquivos/ED_3_2008_1_VEST_2009_ABT_FINAL_FORM.PDF>. Acesso em: 26 jan. 2009.

COSTA, Joaze Bernardino. *Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil*. Estudos Afro-Asiáticos. Rio de Janeiro: 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FUCHS, Mariane Kliemann. Dimensões da igualdade a partir da perspectiva da dignidade atribuída ao humano. In: III MOSTRA CIENTÍFICA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA PUCRS, 2008, Porto Alegre. III Mostra Científica de Pós Graduação da PucRS. Porto Alegre: ediPUCRS, 2008.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Abril, 2001.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. *O princípio da igualdade*. São Paulo: Videtur (USP), 2002.

HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*. IPEA. Texto para Discussão n. 807, 2001. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2001/td_0807.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2009.

LEMONS, José Alexandre Silva. *O princípio da igualdade e o direito do consumidor*. Teresina: Jus Navigandi, 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5172>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

MANUAL do vestibular de 2009 da Universidade Federal de São Paulo. UNIFESP. Disponível em: <http://www.unifesp.br/prograd/vestibular/portal/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=54&Itemid=30>. Acesso em: 29 jan. 2009.

MARTINS, Sérgio da Silva. *Ação afirmativa e desigualdade racial no Brasil*. Estudos Feministas. v. 4. Rio de Janeiro: IFCS/UFJR-PPCIS/Uerj, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOEHLECKE, Sabrina. *Ação afirmativa: história e debates no Brasil*. v. 117. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 2003.

_____. Democratização e integração racial: a experiência de ação afirmativa nos Estados Unidos. IN: 27º ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM EDUCAÇÃO (ANPED), 2004, Caxambu. *Anais do 27º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação* (ANPED). Caxambu: 2004.

PESQUISA revela grandes disparidades entre o desenvolvimento humano de brancos e negros/pardos. *Revista Integração*. Disponível em: <http://integracao.fgvsp.br/BancoPesquisa/pesquisas_n11_2002.htm>. Acesso em: 29 jan. 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: *Revista de Informação Legislativa*. ano 33. n. 131. Brasília. Julho/Setembro de 1996.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SSOA. *Manual do candidato do vestibular de 2009 da Universidade Federal da Bahia*. UFBA. Disponível em: <<http://www.vestibular.ufba.br>>. Acesso em: 29 jan. 2009.

VADE Mecum. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

QUINTO ARTIGO

Constituição e pluralismo: a proteção do uso ritual da *Ayahwasca* (Daime) pela liberdade religiosa

Jair Araújo Facundes

A liberdade de religião não é um luxo.

Justice Blackmun. Suprema Corte (EUA). *Smith*,
494 U. S. 872 (1990)

Introdução

Em uma sociedade que pretende se estruturar a partir do princípio de que cada indivíduo é moralmente capaz e merecedor do mesmo respeito e consideração, pode o Governo impedir prática religiosa que faz uso de substância psicoativa, ao fundamento de que lei, regularmente editada pelo Congresso, que proíbe o uso daquela substância? Uma minoria possui o direito de preservar sua identidade cultural e religiosa, mesmo diante de de-

liberação majoritária que incrimina elemento central de sua religiosidade, sob o argumento de que suas diferenças devem ser reconhecidas e respeitadas, não podendo ser suprimidas ainda que por deliberação da esmagadora maioria da sociedade?

Ayahwasca, mariri, huni, yagé, santo-daime, daime ou *hoasca*, entre várias outras denominações, é uma bebida ameríndia com origens na floresta amazônica utilizada em rituais religiosos. É elaborada a partir do cozimento de duas plantas (um cipó e as folhas de um arbusto) e contém, entre outros, o alcalóide N-dimetiltriptamina (DMT), substância psicoativa listada pela Convenção de Viena, da ONU, de 1971, como alucinógena, cujo uso deve ser proscrito em todos os países signatários daquele tratado. Seu uso, originalmente circunscrito aos inúmeros grupos indígenas existentes nos vários países que integram a Amazônia Ocidental, estendeu-se, a partir do início do século XX, para várias cidades, até se consolidar na atualidade como manifestação religiosa urbana em todos os estados brasileiros, em vários países europeus, nos EUA, no Canadá e no Japão.

A expansão dessa prática religiosa, cujo elemento central é o uso de substância psicoativa proibida em vários países por força de tratado internacional, tem suscitado controvérsias quanto à licitude e legitimidade, sendo objeto de inúmeras deliberações judiciais e governamentais, com soluções diferenciadas. O assunto tem sido debatido sob o enfoque médico-farmacológico, antropológico e psicossocial.

Este estudo tem abordagem diversa, subjacente àquelas: a dimensão fundamentalmente política que permeia toda distribuição de espaços, bens escassos, direitos e liberdades básicas em qualquer sociedade que se organiza ou pretende se organizar a partir de princípios corretos de moralidade política. Partindo-se da premissa de que todos são merecedores do mesmo respeito e consideração, buscar-se-á estabelecer critérios que identifiquem quando decisões que restringem práticas culturais que expressam as identidades de minorias se mostram justificáveis, no âmbito de uma comunidade política densamente marcada pela pluralidade de ideias, religiões, filosofias, teorias e outras concepções abrangentes de vida.

Com efeito, numa sociedade democrática que se organiza ou pretende se organizar dedicando a cada qual idêntico respeito e consideração

e, por isso, garantindo as condições para a escolha livre dos objetivos e modo de vida, quando se mostra legítima a restrição pelo governo a dada manifestação religiosa de uma minoria? Constatar que determinada prática cultural constitui a identidade de alguém é suficiente para eximi-la de cumprir lei a todos imposta? Qualquer prática cultural deve ser tolerada por uma sociedade que quer se organizar respeitando as diferenças? Que significa a liberdade de religião e qual o seu alcance e fundamento político? Sendo a liberdade de religião um direito constitucionalmente assegurado, pode uma lei ordinária, mesmo que de aplicação impessoal e genérica, impedir o exercício de uma religião, criminalizando o elemento central do culto? Basta que alguém diga que dada prática é sua religião para que o Estado tenha o dever de reconhecê-la e garanti-la? A despeito da liberdade e autonomia das pessoas, pode o Governo impedir que indivíduos utilizem substâncias psicoativas? O Estado viola o princípio da isonomia ao permitir que dado grupo use uma substância proibida para todos os demais indivíduos?

Responder a essas indagações exigirá principalmente examinar que razões podem ser aceitas numa deliberação pública entre iguais, a fim de justificar restrições a direitos básicos. O estudo, todavia, não será meramente especulativo, tendo finalidade prática, posto que as questões explicitadas, entre várias outras, vêm sendo objeto de deliberação pública que vinculam as pessoas, limitando o âmbito de suas liberdades individuais, de modo que interessa saber se tais atos estatais se revelam justificados, no âmbito de um ordenamento jurídico que visa realizar os valores políticos fundamentais de uma sociedade democrática. A partir das referências teóricas explicitadas, examinaremos, então, três decisões governamentais acerca do tema, tomadas em países e sistemas judiciais diferentes: a primeira decisão tomada pelo Poder Judiciário brasileiro sobre o tema; a decisão tomada em série pelo governo brasileiro e, por fim, a decisão exarada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Se a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos serviu para iniciar a reflexão, ela acabou servindo para repassar toda a complexidade que envolve o tema. Assim, o trabalho iniciará pela exposição de casos mais recentes envolvendo a prática. Depois, serão reconstruídos os argumentos teóricos necessários para análise do tema. Finalmente, retornar-se-á aos casos,

para uma avaliação conclusiva. Não obstante, desde seu início, o trabalho transita entre o particular e o geral, estudando tanto o plano teórico mais abrangente quanto as características mais específicas do objeto.

1 Momentos mais recentes de uma história antiga

1.1 *Ayahuasca* – nota inicial

O nome *ayahuasca* provém da língua quéchua e significa cipó, liana dos espíritos ou da alma (SCHULTES, 1986, p. 12). Tem suas origens na Amazônia, entre os povos indígenas, e 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 alguns 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 Acre, por volta de 1920, com Raimundo Irineu Serra (conhecido como Mestre Irineu), seringueiro 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 *Daime*¹. No final da década de 40, Daniel Pereira de Matos, outro maranhense, seguidor de Raimundo Irineu Serra, dá início a uma nova doutrina, denominada de *Barquinha*, com ritual e características próprios, embora mantendo a denominação de *Daime*. 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. A UDV

1 Como já explicitado, *ayahuasca* é um dos vários nomes dados à bebida elaborada com as mesmas plantas. Ocorre que embora elaborada com as mesmas plantas, o modo de elaboração, o ritual, a forma de ingestão, periodicidade, entre outros aspectos, são bastante diferentes. No decorrer desse estudo usaremos preferencialmente a expressão *ayahuasca*.

é a entidade religiosa ayahuasqueira mais institucionalizada e presente em todos os Estados brasileiros, além dos Estados Unidos. A quarta linha doutrinária iniciou-se por volta de 1974, também no Acre, com Sebastião Mota de Melo, como uma dissidência do grupo originalmente criado por Raimundo Irineu Serra, e se organizou sob o nome de *Cefluris*. Conquanto use o mesmo nome, *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 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* (MAC'RAE, 2008, p. 298). Na atualidade, *Daime* remete, junto ao grande público, mídia e bem assim nas investigações acadêmicas, à doutrina e prática do *Cefluris*², e não à doutrina criada por Raimundo Irineu Serra (LABATE, 2004, p. 66-68; LABATE, 2009, p. 268; MAC'RAE, 1992, p. 72; CEMIN, 2001, p. 69).

Essas “linhas”, segmentos ou doutrinas (*Daime*, *Barquinha*, *Vegetal* e *Cefluris*) se dividiram e originaram outras entidades e “linhas”, mas ainda são representativas do universo religioso ayahuasqueiro brasileiro, e foram utilizadas pelo Conad, em 2006, na escolha de representantes das entidades usuárias.

1.2 Leôncio

Em dezembro de 1974, **Leôncio Gomes da Silva** recebeu ordem escrita da Polícia Federal para se abster de ministrar *ayahuasca* nos rituais da entidade religiosa³ que presidia, denominada *Centro de Iluminação Cristã Luz*

2 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).

3 As entidades religiosas que fazem uso de *ayahuasca* em geral não utilizam a denominação igreja, própria do cristinianismo, mas *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.

Universal - Ciclu, sob pena de, em caso de desobediência, ser processado criminalmente como incurso na Lei Antidrogas. O ofício que veiculava a ordem consignava que a proibição se devia ao fato de *uascar* [sic] ou *daime* causar mal não só ao físico, mas à mente. Acrescentava que exames feitos por “organizações altamente especializadas” comprovavam a “periculosidade de tal xarope”. A ordem não se fazia acompanhar de qualquer documento ou laudo.

Leôncio, em nome próprio e representando outras entidades⁴, pediu que a Justiça Federal⁵ lhe garantisse o exercício de sua religião, nos termos da liberdade de culto assegurada constitucionalmente, em face do que considerou um ato abusivo e ilegal do Governo. Alegou, em sua defesa: a) o papel substancial da *ayahuasca* nos seus rituais, de modo que a proibição de uso implicaria a própria proibição da religião; b) que a prática religiosa da *ayahuasca* não contraria a ordem pública nem atenta contra os bons costumes, em face dos princípios morais cristãos e cívicos cultivados⁶, tratando-se de religiosidade aceita na comunidade e reconhecida por lei como de utilidade pública (Lei Municipal n. 147/72), prestigiada por várias autoridades governamentais que visitavam os lugares de culto, conforme atestavam fotografias acostadas; c) o longo tempo da prática no Estado do Acre sem notícia de danos à saúde de seus praticantes ou de casos de dependência; d) que por iniciativa própria haviam submetido amostra da *ayahuasca* à Secretaria de Saúde, para fins de realização de exames quanto à periculosidade. Esse órgão estadual, por sua vez, enviou a amostra ao Serviço Nacional de Fiscalização de entorpecentes para análise, concluindo a Secretaria de Saúde e Serviço Social, ao fim do procedimento, que “nenhuma objeção tem a fazer no uso do ‘Iage’, ‘Daime’ ou ‘Uásca’ em ritos espirituais, como há muitos anos vem sendo feito em nossa região”;

4 Figura como **paciente** (pessoa em favor da qual se pede a proteção judicial) Leôncio Gomes da Silva, em nome próprio e na condição de presidente do *Centro de Iluminação Cristã Luz Universal* (entidade fundada por Raimundo Irineu Serra), bem como representante do *Centro Espírita e Culto de Oração – Casa de Jesus, Fonte de Luz* (entidade fundada por Daniel Pereira de Matos) e do *Centro Eclético de Fluente Luz Universal* (entidade, na época, ainda em constituição, dirigida por Sebastião Mota de Melo).

5 *Habeas Corpus* n. 1.110/74, Seção Judiciária do Estado do Acre.

6 A Constituição da época dispunha que somente era permitido o exercício dos cultos religiosos que “não contrariem a ordem pública e os bons costumes”: art. 153, § 5º.

e) a *ayahuasca* constituiria uma fitolatria⁷ de origem ameríndia incaica, com componentes católicos, espíritas e protestantes.

O juiz federal solicitou informações ao diretor de Divisão de Polícia Federal no Acre, Estado onde tramitou a ação. Nas suas informações, aquele diretor justificou a ordem de proibição referindo-se a três laudos preparados, respectivamente, um pelo Ministério da Aeronáutica, e dois pelo Instituto Nacional de Criminalística (laudos 10.658/74 e 10.169/73), os quais “comprovam a nocividade e a periculosidade da beberagem” (fl. 20).⁸ O diretor não esclareceu que os laudos a que se reportava eram **divergentes**.

Na sentença, o juiz federal discorre sobre as contradições verificadas nos laudos, consignando que um laudo (Aeronáutica) certificou existir harmina e harmalina nos vegetais que integram a *ayahuasca*, e o outro (Instituto Nacional de Criminalística) atestou existir quinina e escopolamina⁹, e que “a manifesta incoerência leva a acreditar-se que houve manipulação de substâncias diversas, pois, do contrário, estariam seriamente comprometidas, pelos laudos em apreço, a eficiência e a responsabilidade de nossos técnicos e laboratórios”. Prossegue sua fundamentação, expondo que provavelmente os técnicos da Aeronáutica usaram espécimes diferentes das utilizadas para fazer a *ayahuasca*, ou seja, da “família *Banisteria caapi*”, enquanto o Instituto de Criminalística examinou “os cipós mariri e

7 Literalmente: culto à planta.

8 O ofício do diretor da Polícia Federal consigna ainda que não poderiam deixar de aplicar a lei penal brasileira, sob pena de responsabilidade penal e disciplinar, mas se a Justiça determinasse em contrário, acatariam. Esta observação pode parecer truística, pois é intuitivo que diante de uma ordem judicial não há escolha para a autoridade pública, obrigada ao cumprimento, concorde ou não com o teor da ordem. Contudo, não se mostra tão extravagante quando se considera que o Brasil estava sob governo militar, no qual juízes federais e até membros do Supremo Tribunal Federal perderam o cargo em razão de posturas e decisões que contrariavam o regime político. Entre várias publicações, merece destaque o comentário do presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, que, ao falar sobre o tema, em 16/09/2009, discorre sobre o medo reinante de perda do cargo por qualquer ato, dado que os atos decorrentes do AI 5 não podiam ser reexaminados pelo Judiciário, nem mesmo pelo STF; o clima psicológico reinante no Judiciário, as intervenções brutais feitas no Judiciário, as aposentadorias compulsórias etc.: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101822>. Acesso em: 24 abr. 2010.

9 Na *ayahuasca* não há escopolamina, alcalóide utilizado em alguns medicamentos atuais e, durante algum tempo, como soro da verdade. É altamente tóxico, mesmo em pequenas doses. Há vários estudos sobre a composição e psicodinâmica dos vegetais e substâncias envolvidas na *ayahuasca*. Entre outros: McKenna (2004, p. 114 e 115); Labate (2005, p. 405). Santos (2007, p. 3-4).

chacrona¹⁰". O juiz reconhece então que as plantas examinadas pelos técnicos são, por sua vez, diferentes das plantas que os pacientes alegam utilizar: "cipó jagube e folhas mesclas¹¹". Entretanto, embora reconheça que os pacientes se referiram a plantas diversas daquelas listadas nos laudos, diz que os adeptos não comprovaram que efetivamente a *ayahuasca* era elaborada com aqueles vegetais.

Conclui que inexistente prova nos autos tanto das substâncias que integram a *ayahuasca* quanto da inocuidade desta última, não autorizando "prévia descaracterização da ilicitude de seu preparo e uso". Em apenas um parágrafo há ligeira referência à liberdade de culto: "o fato de ser a 'uascar' utilizada com fins religiosos, não supre a inexistência de uma certeza quanto à sua inocuidade, nem autoriza, *per se stante*, uma prévia descaracterização da ilicitude de seu preparo e uso".

Manteve-se assim a proibição. Não houve recurso contra a sentença. Leôncio teve negada sua prática religiosa¹².

1.3 Daime¹³ – as decisões governamentais brasileiras

Leôncio representou demanda individualizada. A proibição do Governo, pelo modo como se deu, restringia-se às três entidades notificadas no Acre. Até 1985, não havia nenhuma decisão formal por parte do Poder Público acerca da *ayahuasca*. Há notícias de que os grupos que faziam uso

10 O cipó utilizado tem a denominação científica de *Banisteriopsis caapi*, e recebe inúmeras denominações ao longo da bacia amazônica, como *mariri*, *caapi*, *yagé*, *jagube* etc. Esse cipó contém os alcalóides *harmina*, *tetrahidroharmina* e *harmalina*, entre outros.

11 Percebe-se grande equívoco nesse trecho: **jagube** e **mariri** são denominações para o mesmo cipó, *Banisteriopsis caapi*; da mesma forma, **chacrona** e **mescla** são nomes populares para a mesma folha, *Psychotria viridis*. É conhecida também como **rainha**, **folha** etc. Tem, entre outros alcalóides, o dimetiltryptamina (DMT), que se constitui no princípio ativo da *ayahuasca*, responsável pelos efeitos psicoativos da bebida. Esse alcalóide **não** foi detectado no exame, embora já fosse do conhecimento científico da época.

12 Embora a proibição dada pela polícia federal tenha sido mantida pela Justiça Federal, na prática aquela proibição resultou ineficaz, por razões que não restam esclarecidas. O fato é que passados poucos dias aquela proibição restou esvaziada, e as entidades religiosas prosseguiram usando *ayahuasca*.

13 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* – nota inicial.

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 – Dimed incluiu na Portaria 2, de 8/3/85 (publicada no Diário Oficial da União – DOU de 13/8/85), o cipó *Banisteriopsis caapi* como vegetal proscrito, ao fundamento de que existe dimetiltriptamina (DMT) em sua composição, substância proscrita (como se verá adiante, houve equívoco por parte da Dimed: o DMT é presente na folha *Psycotria viridis*, e não no cipó).

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 Listas de Produtos e Plantas proscritas, com a alegação de 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 petição 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.

1.3.1 Confen 1987

Em resposta ao pedido de revisão da proibição, subscrito pela UDV, o Confen publica a Resolução 4/85, de 8/8/85, constituindo grupo de trabalho para examinar, sob 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 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 6/86¹⁴), 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, ao 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); discorre, com base em Claude Lévi Strauss e outros, 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

14 Aprovada na Sessão Plenária do Confen no dia 31/1/86.

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 fazia uso da *ayahuasca* associada à maconha. No dia seguinte, 1/10/1981, 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 Sebastião¹⁵’. 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. Ressaltado no original. Nota explicativa acrescida).

1.3.2 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 de 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).

15 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 (MAC'RAE, 1992, p. 72). Porém, o fato de usar o mesmo nome para a bebida, Daime, tem propiciado muitos equívocos de compreensão na mídia, Poder Público e junto à comunidade acadêmica.

Em 02/06/92, o Confen decide pela manutenção da liberação do uso ritual da *ayahuasca*, e 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.

1.3.3 Confen 1995

Em 1994, Alice Castilho¹⁶ 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 à 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 Princípios¹⁷ 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.

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

17 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.

Não há registro de que esse parecer tenha sido objeto de deliberação pelo Confen.

1.3.4 Confen 1997

Em 8 de julho de 1997, o Confen **recomenda** evitar *ayahuasca* para menores de idade. Esta **recomendação** teve a seguinte origem: a UDV de Roraima pleiteou ao Juiz da Infância e Juventude de Boa Vista autorização para que adolescentes participassem dos rituais, acompanhados dos pais (a legislação não exigia essa autorização. Talvez um excesso de zelo ou cuidado tenha justificado o pedido). O magistrado consultou o Confen, que emitiu a **recomendação**. Esta decisão do Confen baseou-se em parecer de seis páginas, elaborado por um único membro, distinguindo-se das outras decisões caracterizadas pela análise multidisciplinar.

1.3.5 Conad¹⁸ 2002

Diversas denúncias deram origem a novo procedimento no Conad¹⁹. A Resolução n. 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 alcaloides 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

18 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).

19 Conforme descrito em GMT, 2006, p. 5.

do princípio da responsabilidade compartilhada, que preservem a manifestação cultural religiosa. Não há notícia de que este grupo de trabalho tenha sido sequer constituído²⁰.

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, por meio 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 àquela deliberação plenária, foi editada a Resolução Conad n. 5 (DOU 18/11/2004), que 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 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 DOU a Resolução Conad n. 01/2010, que acolhe o relatório final do

20 Relatório GMT/Conad de 23 de novembro de 2006, p. 5. Publicado no D.O.U de 26/01/2010: <http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=57&data=26/01/2010>

GMT, dando pela legitimidade do uso religioso da *ayahuasca*. Entre outros princípios, declara que o uso religioso da *ayahuasca* é incompatível com a associação com substâncias psicoativas ilícitas, com sua mercantilização, turismo religioso, uso terapêutico e a propaganda de seus efeitos; que a 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.

1.4 Hoasca – *ayahuasca* na Suprema Corte dos Estados Unidos

Em 1999, a alfândega dos Estados Unidos apreendeu uma remessa, originada no 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), alcaloide 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. Diante dessa 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 **sinceridade**²¹ da prática religiosa da UDV; por segundo, que a aplicação do

21 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

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 à saúde dos membros da UDV; b) prevenção de eventual uso recreacional da *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 provou que o DMT 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*. Irresignado, o Governo recorreu à Corte de Apelações do 10º Circuito, em Denver, Colorado. 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 Gonzales, e outras autoridades interessadas no caso²², 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 *Empoyment 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), conforme a tradição cultural indígena da qual era nativo. Em *Smith*, a Suprema Corte decidiu, por maioria, que

de um estilo de vida ou ardil para se furtar ao cumprimento da lei. Um caso emblemático pode ser visto em *US v. Meyers* (1996), no qual o juiz negou proteção a indivíduo que alegava uso religioso da *canabis sativa*. Esta decisão pode ser encontrada em <http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/95/95.F3d.1475.95-8079.html>. Acesso em: 26 abr. 2010.

22 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.

a Primeira Emenda²³ (que assegura a liberdade religiosa) não proíbe o Governo de impedir práticas religiosas por meio de leis que podem ser aplicadas genericamente, isto é, se a lei não visa diretamente a 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, 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 a 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

23 “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.”

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.

Admite 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)²⁴.

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 pelo EUA e implementada pelo ato de substâncias controladas. A Corte

24 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 [...].

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 só este fato não é suficiente para legitimar a aplicação, pelo Governo, do Ato de Substâncias Controladas em detrimento de uma prática religiosa. 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. O processo prossegue para final decisão em primeira instância, ainda não prolatada.²⁵

2 Pluralismo e direitos em face da *ayahuasca*

Diversidade é isso. É a capacidade de a gente conviver na diferença.

Marina Silva²⁶

25 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. Uma referência teórica sobre o caso: Eisgruber, 2007, p. 264/267. Esta obra 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.

26 Ex-senadora da República.

2.1 Prelúdio: porque reconhecer o outro

Na atualidade, com tantas opções religiosas de todos os matizes possíveis, por que devemos despende esforços e tempo de instituições governamentais, com o pleito de uma minoria numericamente insignificante que optou por prática religiosa que faz uso de bebida contendo substância psicoativa proibida (DMT)? Se há tantas opções para a fé, inclusive para quem não quer fé alguma, o que justifica tanta atenção e cuidado com quem optou livremente por uma religião de legalidade discutível? Por que valorizar quem optou por um caminho de duvidosa legalidade?

Uma resposta possível é “porque somos iguais”. E só somos iguais porque somos diferentes uns dos outros. Cada pessoa tem identidade própria e só se realiza quando a vivencia plenamente e é aceita pelo outro, pelo grupo. Charles Taylor diz que identidade é a maneira como a pessoa se define, como é que as suas características fundamentais fazem dela um ser humano. “É aquilo que nós somos, ‘de onde nós provimos’. E que assim definido, é o ambiente no qual os nossos gostos, desejos e aspirações fazem sentido” (TAYLOR, 1998, p. 54). Mas, como Honneth (2003, p. 29, 47 e 63) afirma, resgatando Hegel, precisamos do outro para nos individualizarmos, nos distinguirmos e nos realizarmos, pois “a formação da mente humana é, nesse sentido, não monológica, não algo que se consiga sozinho, mas dialógica” (TAYLOR, 1998, p. 53), referindo-se à circunstância de que parte substancial de nossa identidade ocorre no processo de reconhecimento pelo outro. O não reconhecimento, por outro lado, contribui para formar uma identidade corrompida, deturpada, uma visão distorcida sobre si mesmo.

Por **reconhecimento** compreende-se a demanda de grupos ou de indivíduos por respeito às suas identidades e às suas práticas culturais. Decorre da concepção de que todos possuem a mesma dignidade pela só condição humana, de que são merecedores de idêntica consideração e respeito enquanto pessoas, tanto por parte do Estado quanto pelos demais membros da sociedade. É a busca pelo espaço social e político essencial onde cada qual pode preservar sua identidade, realizar seus projetos de vida, vivenciar uma prática religiosa ou não, ter sua própria concepção de bem e a liberdade para persegui-la. E dizendo respeito

a uma luta por espaço enquanto condição de autonomia e respeito à dignidade, sua discussão, compreensão e solução passam pelo exame de como a sociedade se organiza, distribui seus bens, sob que condições atribui respeito e consideração aos seus membros.

Como a convivência em sociedade limita os espaços e os recursos disponíveis, dizer quem terá acesso a uns e outros, e em que medida, deixa de ser questão meramente jurídica, sociológica ou antropológica e adquire dimensão fundamentalmente política, porque atina com a distribuição de bens, espaços e posições sociais.

Cada indivíduo tem identidade única, uma especial forma de ser e de se expressar, e, concomitantemente, precisa do outro em sua plena formação e amadurecimento e para ter respeito por si mesmo. Então, uma resposta possível à indagação inicial desta seção é que, ao respeitarmos a identidade do outro, daquele que é diferente, estamos construindo o respeito às nossas próprias opções e modo de ser, porque somos **iguais** em dignidade àqueles que reputamos **diferentes** quanto aos costumes, religião, sexo, cor ou etnia. Em decorrência, a diferença seria uma questão de perspectiva: o rito católico ou o candomblé são diferentes para quem foi criado num ambiente muçulmano ou budista; *ayahuasca* é diferente quando observada a partir de um referencial católico.

Esta primeira seção sugere uma explicação sobre a necessidade que cada indivíduo tem de viver e expressar sua identidade, por mais singular que seja, mas não como solucionar os conflitos advindos daquela diferença: uma prática pode ser, para alguns grupos e indivíduos, índice de sua cultura e identidade, mas representa, para outros, violência e desrespeito. Se não é possível e nem desejável abdicar da diferença, do fato de que é próprio da humanidade a multiplicidade de ideias, credos, hábitos, concepções de vida, que instrumentos e meios dispomos para regular a diversidade?

2.2 Pluralismo e direitos

Quando tratamos de diversidade, pluralismo e política do reconhecimento falamos sobre **poder**. Mas não sobre qualquer poder e sim sobre o poder **legítimo**. Essas questões só se tornam objeto de

discussão porque há restrições ou proibições que reputamos ilegítimas ou desarrazoadas, porque algumas soluções dadas, embora rotuladas de legais ou assim editadas, não se mostram como a melhor aplicação do direito e se distanciam da ideia de justiça. O **pluralismo** então é um debate político, porque diz respeito à distribuição de espaços e liberdades públicas, e é jurídico-normativo, porque se importa com o uso justificado do poder, sobre quando é legítima a restrição a uma liberdade, a uma prática cultural ou religiosa, ou a um grupo, na comunidade de pessoas moralmente capazes e iguais. Diz respeito a encontrar, se for possível, “justificativa para o uso do poder coletivo, da coerção oficial” (DWORKIN, 1999, p. 134/135), que possa ser aceita no âmbito daquela comunidade. Busca, assim, saber quando o uso da coerção estatal é legítimo e se mostra justificado.

Até os anos noventa, junto às sociedades ocidentais organizadas sob Constituições liberais ou social-democratas, predominava, nas diversas questões envolvendo multiculturalismo, o enfoque dos **direitos** e da **neutralidade** do Estado em face das noções de boa vida. Seriam suficientes, acreditava-se, basicamente em dois princípios interrelacionados. Por primeiro, que somos detentores de autonomia ou dignidade pela só condição de pessoas, pelo que nos reconhecemos como capazes de deliberar sobre o que é melhor para nossas vidas, aquilo que deve constituir o sentido de nosso viver, seja a opção pela vida religiosa, pela vida sábia, pela filosofia, por uma ideologia, pela política, pela riqueza etc., sem que ninguém possa legitimamente interferir em nossas decisões; que nos reconhecemos também como seres livres e iguais, pelo que podemos estender nossa liberdade até o limite último de não confrontar a liberdade alheia.

O segundo princípio, praticamente um corolário, dizia respeito à **neutralidade** do Estado, significando que devemos estruturar nossa convivência comunitária em respeito àquele primeiro princípio de respeito à dignidade do próximo, pelo que a ninguém é dado se utilizar da coerção pública em seu favor, visando impor sua concepção de vida ou seus valores pessoais. O Estado deveria garantir **os direitos e liberdades básicos** para que as pessoas os utilizassem da forma que melhor lhes aproovessem. Desse modo, o governo trataria a todos com igualdade, sem interferir nas

suas crenças, nos seus objetivos ou estilo de vida e, em decorrência, a ninguém seria dado reclamar tratamento injusto ou diferenciado, pois todos estariam recebendo do governo a mesma atenção e respeito.

Todavia, a década de 90 do século findo foi marcada pela rediscussão do tema, com o aporte de novas perspectivas teóricas motivadas pelo acirramento de conflitos decorrentes do que identificavam como multiculturalismo ou pluralismo, bem assim pela reflexão advinda do reconhecimento e o correlato tratamento diferenciado que alguns grupos tinham obtido nas últimas décadas.

Negros e mulheres conquistaram, a partir de movimento iniciado nos anos 60, posições jurídicas distintas empunhando o discurso da diferença. A partir desse período, especialmente na Europa e América do Norte, as mulheres não só conquistaram, em processo complexo, a igualdade jurídica em várias dimensões, mas obtiveram também situação jurídica diferenciada, como aposentadoria com prazo de carência menor, carga horária de trabalho menor em algumas situações, licença-maternidade alongada etc. Em suas reivindicações, sustentaram que a igualdade de tratamento era injusta em face de suas características biológicas diferenciadas e pelo fato de que socialmente estavam em posição inferior que lhes acarretava maior desgaste. No mesmo compasso, a comunidade negra conseguiu grandes progressos contra a discriminação social, também alegando que o tratamento jurídico igual era insuficiente para proporcionar a igualdade social e diminuir a intensa discriminação de que eram vítimas. Avulta, dentre outras, a política de ação afirmativa nas universidades dos Estados Unidos, como instrumento para ampliar o acesso de negros nos cursos superiores daquele país.

A capacidade do liberalismo baseado nos **direitos** de organizar com justiça a vida em comunidade foi também questionada por outros grupos minoritários. Adventistas reclamavam que não podiam exercer com plenitude sua fé, abstendo-se de trabalhar no sábado, porque a lei, ao garantir o domingo como dia de repouso, embora tivesse caráter genérico, na prática protegia apenas a fé dos cristãos. Judeus e muçulmanos na Inglaterra queixavam-se da lei protetora que impedia a morte de animais acordados, pois os impediam de realizar os sacrifícios exigidos por sua religião. Na Grã-Bretanha, os indianos *sikhs* obtiveram autorização para não

usar capacete, quando conduziam motocicletas, mantendo o turbante (de uso religioso), a despeito de lei contendo aquela exigência. Na província do Quebec, Canadá, os falantes da língua francesa, ali maioria, aprovaram lei com o objetivo de garantir a sobrevivência de sua cultura e língua, que, entre outras disposições, permitia que as pessoas que falassem inglês enviassem seus filhos para escolas de inglês, mas negava essa liberdade aos filhos de falantes franceses e imigrantes estrangeiros.

Todos esses pleitos se alicerçavam no direito à preservação de suas identidades culturais ou religiosas, as quais estariam sendo oprimidas e discriminadas, porque não se sujeitavam aos costumes e credos majoritários. Afirmavam que o Estado não estava sendo neutro, pois apenas refletia no plano jurídico a concepção da cultura majoritária, impondo-a a todos coercitivamente. Esse discurso de defesa da identidade ressoou no plano teórico com o multiculturalismo enquanto programa normativo, para quem o Estado, diversamente do liberalismo, devia não só garantir as liberdades individuais, mas sim se envolver na proteção de identidades culturais de grupos, tomando medidas concretas em sua defesa. Em texto referência para o assunto, Taylor sintetiza a queixa multiculturalista, afirmando que:

[...] o conjunto, supostamente neutro, de princípios que ignoram a diferença e que regem a política de igual dignidade ser, na verdade, um reflexo de uma cultura hegemônica. Se assim é, então só a minoria ou as culturas subjugadas são forçadas a alienarem-se. Consequentemente, a suposta sociedade justa e ignorante das diferenças é, não só inumana (porque subjugava identidades), mas também ela própria extremamente discriminatória, de maneira sutil e inconsciente. (TAYLOR, 1998, p. 63)

Prossegue Taylor sua acusação antiliberal:

O liberalismo não é um ponto de encontro possível para todas as culturas, mas é, por um lado, a expressão política de uma série de culturas e, por outro, é extremamente incompatível com outras [...]. Tudo isso para dizer que o liberalismo não pode, nem deve, pretender uma neutralidade cultural completa. O liberalismo também é um credo de luta. (Idem, p. 82-83)

A efervescência multiculturalista evidenciou uma fragilidade na concepção liberal, ao indicar que só a oferta de direitos iguais não garantiria

o espaço necessário para a plena realização e vivência da identidade de cada um, pois não fornecia critério capaz de conduzir o debate de modo eficiente, não identificando quando direitos culturais deveriam ser preservados diante de contexto cultural e jurídico que estabelecia regras padronizadoras, dificultando ou impedindo a especificação de grupos. Em contrapartida, o multiculturalismo, enquanto programa normativo que sustentava direitos a grupos culturais como algo distinto dos direitos dos demais membros da sociedade, foi acusado de estimular ou pelo menos não coibir práticas opressivas no interior de grupos culturais minoritários. São exemplos as minorias culturais que agitam um direito à identidade cultural, para, segundo Vita:

Dar livre curso a práticas como a cliteridectomia, a recusa a garantir oportunidades educacionais iguais para as meninas, o casamento forçado de meninas de 13 ou 14 anos, as normas desiguais de divórcio (em que as mulheres invariavelmente levam a pior), a poligamia, a recusa a autorizar transfusões de sangue em crianças em situação de risco de vida e os sacrifícios rituais que violam normas de tratamento humanitário aos animais. (VITA, 2008, p. 177).

Nesses casos, e em muitos outros, reconhecer e proteger singularidades culturais é estimular intensa discriminação e violência contra membros em posição socialmente subjugada no interior dos grupos, mostrando que, às vezes, “a cultura é o problema”, na dicção de Vita (2008, p. 174), comprovando a necessidade de o indivíduo ser protegido **também** contra o grupo em que está inserido, resguardando o direito dele de se insurgir contra a tradição ali reinante.

Constatar que o indivíduo tem o direito de rejeitar tradições e regras culturais do grupo no qual foi criado, por impor uma condição de desvalor a si mesmo ou a outro integrante, faz despontar e enfatizar novamente os direitos como recurso discursivo inarredável e anterior a qualquer discussão: o diálogo sobre direitos de grupo deve ser antecedido pelo direito de o indivíduo permanecer ou não no grupo, de continuar com tradição e costumes culturais, exigindo, enfim, que se preserve a autonomia individual a fim de que decida, no seu interesse, se quer continuar no modo de vida no qual se descobriu, garantindo, por primeiro, “a opção de saída” do grupo ou tradição cultural.

Até se deve admitir que o ordenamento retrate as opções da maioria, pois, como já se disse, “toda ordem é *também* expressão de uma forma de vida em particular, e não apenas o espelhamento do teor universal dos direitos fundamentais” (HABERMAS, 2007, p.253). Mas essa circunstância não pode impedir o reconhecimento de formas de vida ou práticas diferenciadas no interior da própria sociedade. Esse reconhecimento não ocorre automaticamente, não é algo dado ou descoberto, mas **construído**, e depende de processos políticos nos quais o grupo interessado, fazendo amplo uso das liberdades básicas, há de demonstrar a compatibilidade de sua pretensão, enfatizando que a prática cultural diferente não atenta contra os princípios fundamentais da liberdade e da igualdade que a comunidade incorporou como condição de dignidade para crescimento e continuidade do progresso humano.

Mas, se os direitos e liberdades básicas podem garantir o reconhecimento, impõe-se bem defini-los e caracterizá-los. Por exemplo, as pessoas que fazem uso religioso da *ayahuasca* comparecem em Juízo, ou perante o Governo, brandindo a liberdade de religião, sustentando que têm o direito à livre opção religiosa. Conferem à expressão “liberdade de religião” uma conotação especial, como se esta categoria política ou padrão jurídico ostentasse uma natureza singular, superior às demais. Os praticantes têm ciência da legislação que criminaliza o uso da substância psicoativa DMT, mas se escudam na liberdade de culto, como se esta liberdade se revestisse de uma qualidade superior às outras alegações.

Essa alegação tem pertinência? As liberdades e os direitos básicos são tipos de argumentos diferenciados verdadeiramente, ou, antes, apresentam a mesma força argumentativa que outros padrões políticos e jurídicos?

A prática judicial confirma aquela percepção. 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*”). 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 co-

gente” (“*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 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” (SOUTO, 2008, p. 169). Outro caso é *Smith*, 494 U. S. 872 (1990), já relatado neste artigo, 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. 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:

A decisão desta Corte efetua uma subversão total da lei estabelecida no tocante às cláusulas da nossa Constituição. Espera-se que o Supremo Tribunal Federal esteja consciente das consequências 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 consequência 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.

Indicamos que a prática judiciária autoriza a ver nas liberdades básicas²⁷ aquela posição de proeminência detectada nas alegações dos grupos que fazem uso religioso de *ayahuasca*. Essa circunstância, todavia, não explica a “prioridade lexical” atribuída às liberdades básicas (RAWLS, 2000, p. 349), não esclarece como devem ser vistos e articulados os direitos básicos e as liberdades fundamentais, quando confrontados.

É essencial saber então o que são **direitos**, o que se deve compreender quando se diz que alguém “possui direitos” e “tem liberdade religiosa”. São expressões ricas em significados. Semanticamente, implica dizer que é justo e certo (direito) respeitar a opção religiosa de alguém; dogmaticamente, significa dizer que alguém tem a faculdade de exigir de um terceiro (o Estado, por um agente) uma prestação negativa (abster-se de impedir a prática de sua fé). Essas acepções e tantas outras, todavia, não explicam porque é justo e certo respeitar a opção religiosa de alguém, principalmente se quem a desrespeita alega fazê-lo em nome [também] da lei; por outro lado, ter a faculdade de exigir uma abstenção de alguém (ainda que o Estado) parece igualmente de pouca valia, se aquela faculdade se ampara numa lei e quem reprime seu credo diz - igualmente - agir com base na lei. Com isso, não se quer dizer que aquelas pessoas não possuem o direito, a liberdade que pleiteiam. Quer-se enfatizar que, quando elas dizem “temos um direito”, emprestam a esta expressão sen-

27 Liberdades e direitos **básicos** ou **fundamentais**? À expressão direitos fundamentais geralmente se atribui o significado de direitos positivados numa ordem jurídica e/ou Constituição, como a brasileira (art. 5º) e a americana (Primeira Emenda). Neste estudo, como se mostrará logo adiante, a ideia de direitos e liberdades fundamentais é essencialmente material e não formal. Há direitos listados no art. 5º da Constituição Brasileira que dificilmente se caracterizariam como materialmente fundamentais, como o direito à sucessão de bens de estrangeiros (inc. XXXI). Como esta pesquisa aborda uma perspectiva normativa envolvendo aquelas duas constituições, será utilizada preferencialmente a expressão *direitos básicos*; e mesmo quando usada a expressão *direitos fundamentais*, será na acepção material indicada. Nesse sentido: Soares (2006, p. 103); Pardo (2003, p. 11 e 14), prefere a segunda expressão, mas no mesmo sentido material ora empregado.

tido mais profundo do que aquele semântico ou dogmático-jurídico, e que essa percepção ressoa na prática judicial.

A palavra “direitos”, utilizada nos discursos para sustentar um interesse ou uma pretensão, reveste-se de significado que vai além da etimologia e da simples definição semântica, ostentando qualidade superior diante de outros argumentos ou padrões linguísticos, como se tais palavras (direitos, liberdades) tivessem valor ou peso superior a outros interesses e pretensões também previstos em lei ou na Constituição. A história aponta as liberdades e os direitos como resultados de um lento processo de limitação do poder absoluto em face de grupos (a nobreza diante do rei, num primeiro momento; a burguesia diante da nobreza) ou do indivíduo (movimento iluminista e sua racionalidade igualitária), culminando na ideia-matriz que resulta no constitucionalismo. Ainda assim, ter noção das origens históricas e ideológicas dos **direitos**, da sua importância na concepção de uma forma de Estado limitado pela lei e que respeita o indivíduo, não explica o valor que se quer atribuir ou que se atribui aos **direitos** quando manejado na defesa de uma fé, de bem ou interesse que se alega possuir diante de outras pessoas, à comunidade ou ao Estado.

2.2.1 Uma comunidade de princípios

Uma perspectiva normativa pode melhor aclarar a percepção que intuimos possuir dos **direitos**, pois acrescentará outros significados, sem perder os sentidos até aqui expostos.

Conceber a sociedade em perspectiva normativa é compreender que vivemos – ou que podemos viver – como comunidade que se organiza e se estrutura sob princípios, pelo que seríamos (ou podemos ser) uma **comunidade de princípios**, e que nossos bens e outros recursos escassos podem ter sua distribuição regulada a partir de princípios passíveis de aceitação por todos, por expressar convicções já por todos compartilhadas. Todos aceitamos a ideia abstrata de que temos essencialmente o mesmo valor, pelo só fato de sermos seres humanos, de que não há ninguém desprovido de valor ou que valha menos do que os outros, pouco importando o credo, a filosofia, o sexo ou a condição econômica. Afirmamos também que somos capazes de decidir o que é melhor para nós mes-

mos. Portanto, somos seres morais e com capacidade para decidir sobre aquilo que é bom para cada um, sobre aquilo que dá sentido à vida de cada um. Ainda, que podemos deliberar de maneira livre e racional.

Se isso é verdade, então concordamos que somos seres **morais, livres e iguais**, e que tais afirmações expressam nem tanto o enunciado de certa Constituição ou de uma determinada declaração de direitos, mas **convicções compartilhadas por todos**, que, de todo modo, acarreta um modo diferente de ver as Cartas de Direitos: os direitos estampados nas cartas constitucionais não representariam concessões do Estado para as pessoas, mas o contrário: os direitos e liberdades passam a ser vistos como convicções das pessoas acerca das condições para um empreendimento comum igualitário. Aquelas liberdades retratariam, então, consensos entre os participantes do empreendimento, seriam produtos de um acordo possível, frutos de deliberação entre pessoas racionais e razoáveis; não seria algo **dado**, mas **criado, aceito e renovado** pelas pessoas mesmas que decidem viver em sociedade.

Reconhecer que alguém é moralmente capaz é respeitá-lo como pessoa com capacidade de decidir com soberania sobre o que acredita conferir objetivo e sentido à vida. E isso ainda que, e principalmente, no contexto histórico do que Rawls (2000, p. 80 e 190) denomina de “fato do pluralismo razoável”: a existência inarredável e a ser cultivada de uma pluralidade de concepções abrangentes ou visões do que seja o bem, o objetivo de vida de cada um (dedicar-se a Deus, auferir lucro, obter sabedoria, o engajamento político etc.), que se traduzem em distintos sistemas religiosos, políticos, filosóficos, morais, éticos etc.

Rawls concebeu dois dispositivos para especificar uma concepção de justiça que leve em conta simultaneamente a capacidade moral do homem e sua diversidade, o método do equilíbrio reflexivo e o recurso à posição original. Esses dispositivos não devem ser compreendidos como método objetivo e mecânico de descoberta e validação de regras morais²⁸, mas como meios de se demonstrar que é possível, por meio de uma deliberação racional, obter consenso acerca de princípios básicos. Partese da ideia de que é possível se obter uma concepção comum de justiça

28 No sentido do texto, com apoio em Rawls: Vita (1993, p. 55-56).

social ao se perguntar pelos princípios que os indivíduos racionalmente escolheriam para regular a vida na sociedade da qual iriam se tornar membros. O objeto desta escolha se inspira na figura do contrato social, mas “seu objeto não é a fundação concreta de uma sociedade com a escolha de uma forma de governo e de um governante, mas a seleção de certos princípios morais - os princípios de justiça que deverão regular a estrutura social básica” (NEDEL, 2008, p. 487). O exercício hipotético consiste em homens e mulheres selecionarem os princípios que regularão a vida na sociedade em que se viverá, sem a ciência do papel que se ocupará nela, isto é, a escolha dar-se-á numa **posição original** sob o **véu da ignorância**. Esse dispositivo fará o participante da deliberação abstrair sobre sua situação particular, obrigando-o a refletir em termos impessoais: não saberá se é homem ou mulher, criança ou idoso, pobre ou rico, doente ou sadio, bem dotado intelectualmente ou inclinado naturalmente às atividades físicas; se possui talentos naturais e quais seriam eles etc.

Se o **véu da ignorância** se caracteriza como um raciocínio dedutivo, pois diante das circunstâncias dadas os princípios dali retirados se mostrariam a única opção, o **equilíbrio reflexivo** não invoca a dedução para garantir suas conclusões, apelando ao contexto histórico e cultural para demonstrar a validade de suas conclusões. O “véu da ignorância”, por considerar os indivíduos **egoístas** e **racionais**, preocupados com seu bem-estar, prioritariamente, é o meio para obrigá-los a refletir considerando toda a comunidade. O método do equilíbrio reflexivo substitui **egoístas e racionais** por pessoas **morais livres e iguais**, submetidos a uma deliberação razoável, na qual a solução não decorre logicamente das premissas postas, mas antes resulta da plausibilidade advinda das ideias de justiça compartilhadas na comunidade em cotejo com noções abstratas de justiça.

É ilustrativo aplicar “a posição original” à liberdade de culto. Que fariam as pessoas, num exercício hipotético, se fossem obrigadas a deliberar sem saber a condição econômica, sexo, credo, filosofia que ostentariam na sociedade real, quando indagadas acerca dos princípios a serem observados, quanto às religiões? As pessoas não saberiam se iriam pertencer ao grupo religioso dominante na sociedade ou, antes, à minoria; sequer saberiam se seriam pessoas religiosas ou intensamente ateístas; se se-

riam cristãs, judias ou muçulmanas, brâmanes ou dalit²⁹. Se não sabem que condição ostentariam, é razoável supor que os seguintes princípios seriam consensuais: todos teriam liberdade religiosa; ninguém seria discriminado em razão de sua religião.

O princípio a que se chega quando se delibera de modo racional e imparcial se revela pré-condição da vida em sociedade e **não deve se sujeitar a deliberações posteriores**, no sentido de ser menosprezado, quando então as pessoas levam em conta suas respectivas condições pessoais, suas crenças e, principalmente, o que pensam e o que julgam apropriado para as outras pessoas.

Esse aspecto merece maior detença, porque traz em si toda a importância e a função dos direitos, ao revelar o excelso caráter destes. E sobre isso continuaremos a discorrer, em reforço à reconstrução teórica de uma comunidade princípios, como a que demonstra que é a linguagem dos direitos a mais apta a bem resolver o problema do reconhecimento dos grupos minoritários, no Estado constitucional democrático.

2.2.2 O caráter antiutilitário dos direitos

A imagem da **posição original** permite visualizar como nossos juízos podem mudar, quando refletimos impessoalmente ao buscar regras **não só para nós**, mas **aplicáveis a todos**, na eleição de princípios que regerão nossas decisões posteriores. Compreendido que tais princípios se relacionam com nossas convicções e são resultado de uma deliberação racional e razoável, segue que ele não poderão ser posteriormente revogados, pois têm a função de permitir a convivência na diferença, assegurando um consenso mínimo. Assim, ainda que uma grande maioria opine por excluir aqueles princípios ou liberdades básicas, não poderá fazê-lo, pois derivam de um consenso necessário à continuidade da preservação das diferenças e do aprimoramento de nossa evolução social e política.

29 Brâmanes e dalit (literalmente: gente arruinada): respectivamente, a primeira casta (dos sacerdotes), e a quinta ou última da sociedade hinduísta baseada numa visão religiosa. Os dalit são também chamados de **intocáveis** ou **párias**. São considerados seres inferiores, impuros, não são contemplados por programas estatais de redução de pobreza, são proibidos de receber salário mínimo entre outras discriminações. Não seria crime matá-los, estuprá-los, feri-los. Para saber mais, o artigo do juiz de direito Luiz Guilherme: (MARQUES, 2003).

Os **direitos** consubstanciados naquelas princípios são, em consequência, **antiutilitários**, isto é, não podem ser afastados a pretexto de apenas obter maior satisfação ou felicidade da maioria, embora possam ser conformados para que uma sociedade seja e continue sendo bem ordenada.

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 ideia 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 (ou importando pouco) 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. Essa teoria é atraente quando imaginamos que entre uma escola e uma praça, diante da escassez de recursos, opte-se por aquela que receber maior apoio popular. 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 Paulo³⁰; b) exclusão de deficientes visuais nos concursos para provimento do cargo de soldado-bombeiro. Nas duas situações há discriminação, proibindo-se

30 Segundo Vita (2004, p. 81), esse projeto foi cogitado nos termos expostos. Dalri 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.

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 sobriariam 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 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**. Vota-se para que os outros fiquem sem dado serviço social, não para si mesmos.

Dessa forma, o fundamento exposto (ser nordestino) 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 razoável 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, é passível de aceitação, inclusive por aquele que é alijado do concurso (o deficiente visual).

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** (DWORKIN, 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 antiultrária e proteger a minoria contra deliberações majoritárias discriminatórias devem os direitos ser articulados no âmbito de um discurso racional. Deve-se ainda reconhecer a **prioridade lexical** que os direitos e as liberdades básicas possuem, enquanto condições para a boa vida 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 faz Dworkin (2007, p. XV) 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.

Isso não significa **absolutizar** as liberdades fundamentais, mas atribuir-lhe *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 uma 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.

2.2.3 A prioridade da liberdade religiosa e sua restrição

A prioridade lexical cria um **limiar argumentativo**³¹ contra objeções que possam apresentar à realização do comportamento assegurado pela liberdade básica, exigindo densa justificativa para seu afastamento (ou, para usar a expressão de Häberle [1997, p. 42], **reserva de consistência**). Não constitui reserva de consistência, para afastar uma liberdade básica, argumento meramente retórico, destituído de concretude. Afirmações genéricas, tipo “entre a saúde (ou segurança, ou ordem pública) e a liberdade religiosa, deve-se optar pela primeira”, não satisfazem à exigência de fundamentação.

Quais são, então, as razões que podem ser aceitas para afastar uma liberdade fundamental, e especialmente, para o nosso caso, a liberdade religiosa?

As constituições e tratados internacionais, quando enunciam a liberdade de religião, o fazem de duas formas: asseguram a liberdade de religião, sem restrição alguma, como a Constituição brasileira em vigor (art. 5º, VI) e a americana (Primeira Emenda³²); algumas outras acrescentam simultaneamente uma hipótese de restrição.

31 Soares (2006, p. 117) aludindo a David Lyons.

32 “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.”

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH), no art. 9º, enuncia:

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.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), no art. 18, após enunciar a liberdade religiosa, estabelece uma cláusula de limitação:

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).

A Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José, prevê abstratamente a hipótese de limitação da liberdade religiosa (art. 12):

2. Ninguém estará sujeito a restrições que possam prejudicar sua liberdade de manter ou de mudar sua religião ou crenças.

3. A liberdade de manifestar sua religião e suas crenças pode estar sujeita tão e somente a **restrições previstas em lei** e que são necessárias à proteção da **segurança pública, da ordem, da saúde, da moral ou dos direitos e liberdades de outrem**. (Grifo nosso).

A formulação ampla e ilimitada, como no caso das constituições brasileira e americana, dá a impressão de conferir maior liberdade. Todavia, como afirma Eugênio Aragão (2003, p. 14), o enunciado amplo e irrestrito acaba por não fornecer os parâmetros para resolver os conflitos envolvendo sobredita liberdade e os demais direitos básicos de igual envergadura. Saber que a Constituição garante a liberdade de religião de modo irrestrito pouco contribui para decidir se o Estado deve intervir ou não na hipótese de os pais (ou responsáveis) impedirem que uma criança receba transfusão de sangue como tratamento último para garantir sua vida³³; ou decidir se a

33 O constitucionalista Luis Roberto Barroso elaborou primoroso estudo sobre esta questão: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf>. Acesso em: 2 out. 2010.

família, por razões religiosas, pode descumprir a lei que obriga os menores a frequentar escola pública³⁴.

O estabelecimento das restrições possíveis no mesmo texto que garante a liberdade de religião, por um lado, limita o legislador ordinário ao, abstratamente, diminuir-lhe a discricionariedade e submetê-lo à lei, mas, por outro, ante seu enunciado necessariamente vago e abstrato, acaba por permitir a regulamentação discriminatória. Assim, aceitar que a **saúde** pode limitar o exercício da liberdade religiosa não diz se a autoflagelação (católica, muçulmana etc.) deve ser proibida ou a transfusão de sangue em crianças deve ser imposta, mesmo contra a vontade dos pais. Além disso: a **ordem pública** foi utilizada para proibir os cultos afros, durante o governo de Getúlio Vargas; a **moral**, admitida como hipótese de restrição pelo Pacto de São José, é conceito fluido demais, e pode servir como pretexto para perseguição: não usar a burca, por exemplo, é atentado à moral muçulmana, mas é rejeitado no ocidente³⁵. Ainda com relação à **ordem pública** e o risco de uso ideológico, é exemplar comentário do constitucionalista Paulino Jacques, em relação à Constituição de 1969, quando afirmou que a liberdade de religião:

Garante aos crentes o 'exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes', o que vale dizer, **veda o 'baixo espiritismo', a 'macumba', o 'candomblé' e outras práticas perturbadoras ou imorais**. (JACQUES, 1970, p. 152-153).

Por fim, a exigência de que a restrição prevista seja autorizada por lei não impede que maiorias possam aprovar leis restritivas contra minorias religiosas.

Se as razões previstas em constituição ou em convenção internacional podem ensejar o arbítrio (ou não o eliminam), que razões nos restam (se ainda restam)? Que enunciado pode garantir a liberdade de credo contra razões arbitrárias?

Ainda não se obteve a formulação de um enunciado capaz de evitar o abuso e de apontar soluções definitivas para os inúmeros conflitos que

34 Suprema Corte dos Estados Unidos (Yoder 406 U.S 205 (1972)).

35 O jornal *Folha de São Paulo*, de 25/7/2010, caderno *Mundo*, testifica a controvérsia ao noticiar que a França proibiu a *burca*, enquanto a Inglaterra a permite, sujeitando-a à livre escolha da mulher.

podem surgir entre a liberdade de religião e os demais direitos básicos. A solução deve ser encontrada no âmbito dos princípios que informam a estrutura básica da sociedade, e a cada conflito, identificando, no diálogo público entre os iguais, a solução que melhor realize aqueles princípios, o que já afasta soluções apriorísticas e enfatiza a deliberação clara e transparente como meio de obtenção da resposta justificada.

Nessa perspectiva normativa, 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, 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 deliberação 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: é sim discuti-las, contrapô-las, acolhendo ou rejeitando mediante argumentação que aceitaria para si mesmo, se os seus interesses estivessem em debate.

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, que vê o outro como um igual. As pseudorrazões, os argumentos incapazes de satisfazer o princípio da racionalidade (SOARES, 2006, p. 124), não têm apelo perante aquele contra quem se volta a medida restritiva. Por isso, a necessidade de a razão ser pública, 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 cultivados e aceitos pela comunidade. Essa é uma razão que respeita o outro, e, por respeitar, pode ser aceita inclusive por quem é afetado pela decisão. Segundo Rawls:

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. 420-421)

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 como queremos ser tratados, pois somente aceitamos – para nós mesmos – as restrições que já podemos compreender como razoáveis. Quando os participantes de uma deliberação, ou alguém que deve decidir, 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 receber 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).

Quem decide sobre as liberdades fundamentais está obrigado a usar a razão pública, enquanto expressão dos valores políticos superiores aceitos pela comunidade, demonstrando na arena pública que não se trata de decisão isolada e restrita a um grupo, mas de decisão que leva em conta o histórico da comunidade, na realização dos valores básicos da liberdade e da igualdade. As controvérsias envolvendo direitos básicos não são resolvidas pelo método da subsunção, incapaz de dar conta dos valores implicados. Estabelecer como premissa maior a lei que proíbe a substância psicoativa DMT e como premissa menor o fato de que *ayahuasca* contém DMT reduz imensamente a discussão, impedindo a consideração de outros elementos e padrões discursivos importantes para a comunidade, os quais permitem que ela [comunidade] se reconheça na decisão e possa endossá-la como resultado dos princípios e valores que desde sempre adota.

Vejamos como isso pode acontecer, com um exemplo do nosso problema.

A razão pública veicula a razão dos cidadãos que se assumem capazes de organizar sua vida comunitária a partir de princípios, com a consciência de que em cada decisão relativa às questões básicas (liberdades fundamentais) realiza-se (ou não) aquele ideal político. É a razão que nos guia e nos inspira enquanto comunidade que se assume política e, nesse sentido, é democraticamente soberana e não se submete a nenhuma outra.

Todavia, em todos os casos relatados nesta pesquisa, outra razão se insinua, e aspira a reger, com soberania, a controvérsia e, em alguns casos, mostrou-se vitoriosa, e, em outros, foi afastada. Aludimos à razão ou discurso médico-farmacológico, ou, para usar uma expressão mais geral, **científico**. Se o conhecimento científico comprova que certa substância é nociva ao organismo, o assunto estaria encerrado e nada haveria a ponderar. Se a pesquisa científica mostra que dada substância causa taquicardia, cirrose hepática ou surtos psicóticos, essa constatação, por si só, já seria capaz de justificar a proibição do uso daquela substância, não havendo interesse em submetê-la à razão das pessoas livres e iguais, pois nenhuma argumentação iria retirar a característica própria daquela substância. Contrariando essa proposição, nossas práticas cotidianas repelem seu mecanicismo, pois não proibimos o álcool e o tabaco, entre outras substâncias, apesar de não termos mais dúvida acerca dos seus efeitos deletérios, do potencial que possuem para induzir dependência, confirmado pelas estratosféricas estatísticas que relatam mortes advindas dessas duas substâncias relacionadas com acidentes de trânsito, cânceres, doenças cardiorrespiratórias e hepatológicas.

O que isto nos revela? Porque, a despeito de não termos dúvidas, sob o aspecto médico-farmacológico, dos efeitos danosos do tabaco e do álcool no organismo, não os proibimos, como proibimos a cocaína e a heroína, por exemplo?

O discurso ou razão médica enuncia uma relação de causa e efeito entre dada substância e o organismo humano, e, em sua lógica e método, é correto: é possível se demonstrar que certa substância causa taquicardia e aumento da pressão sanguínea, podendo levar à morte, como

a cocaína³⁶. Do mesmo modo, as pesquisas indicam a estreita relação entre álcool e doenças hepáticas, entre tabaco e doenças cardiorrespiratórias. A história demonstrou que a proibição pode ter efeitos mais perversos e insidiosos, no âmbito social e político, do que a liberação, como mostrou a experiência americana ao proibir o álcool, afetando a toda a comunidade e enfatizando o caráter político de tal decisão. Não é suficiente saber que dada substância pode induzir dependência ou causar mal para automaticamente impor sua proibição.

O discurso médico, levado ao extremo, focado naquilo que é bom para a saúde e para o bem-estar do público, pode recomendar, sob o pálio da eugenia, a esterilização de pessoas com doenças graves hereditárias. Se na ótica estritamente médica essas ideias já foram acolhidas como política de estado (Alemanha nazista), são repelidas por nossa atual consciência coletiva. Rejeitamos coletivamente orientações médicas daquela natureza não porque visualizamos no raciocínio médico algum erro metodológico, mas porque nossas convicções, sedimentadas ao longo dos séculos, insistem que a vida em comunidade não pode ser decidida apenas segundo um princípio utilitário daquilo que é melhor ou mais cômodo para a sociedade, revelando, para além da dimensão material, uma dimensão ética a balizar as decisões que afetam a vida humana, que, tanto quanto precisamos de saúde, necessitamos estar em harmonia com nossos princípios morais que exigem respeito à vida em si mesma e rejeitam o determinismo geneticista.

Não é compatível com o princípio democrático decorrente da razão pública a interpretação da lei que confere ao discurso médico-farmacológico uma primazia para determinar quais substâncias devem ser proibidas, pois isso atina com a legitimidade do poder e da norma. O princípio democrático e o do respeito às pessoas como moralmente capazes, decorrentes da razão pública, impedem a entronização de quem quer que seja no lugar desta última para decidir aquilo que é bom ou perigoso para uma comunidade, sopesando as variáveis consideradas relevantes para esta, do que resulta que **todos os discursos** devem ter valor segundo a força de seus argumentos. Isso não significa que o discurso farmacológico

36 Fonte: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/index.php>. Acesso em: 12 abr. 2010.

seja errado. Ao contrário, o rigor científico de seu método lhe credencia. Errado é entronizá-lo como soberano absoluto de nossas decisões políticas. Numa sociedade bem ordenada, na qual seus integrantes conferem respeito e dignidade uns aos outros, os limites da liberdade de alguém são determinados por meio da razão pública e provêm do debate amplo e aberto entre iguais: a comunidade politicamente organizada decide o que é melhor para si, sem delegar tais decisões a corpo técnico³⁷, nem se submete a outra razão, que não a razão pública. Pode acolher as considerações médicas ou farmacológicas, mas não renuncia à sua soberania, pois “numa democracia, o poder político, que sempre é um poder coercitivo, é o poder do público, isto é, de cidadãos livres e iguais enquanto corpo coletivo” (RAWLS, 2000, p. 265).

2.3 Deliberação majoritária, questão de política e drogas

Nas controvérsias envolvendo o uso ritual da *ayahuasca* costuma-se enfatizar o fato de que há uma lei autorizando a proibição, isto é, há uma deliberação majoritária a justificá-la. No caso da *ayahuasca*, sobressaem duas normas. A primeira é a liberdade de culto, com sua **prioridade** argumentativa, conforme discorremos anteriormente, dada a natureza especial dessa categoria jurídica; outra, de categoria diversa, mas tão inevitável quanto, é a que criminaliza o DMT.

Em todos os casos, as partes reconheceram a validade da norma proibitiva. Nos casos relatados, não houve alegação de sua inconstitucionalidade. A lei que incrimina o uso de certas substâncias adota uma postura proibicionista ao extremo quanto às drogas, posto que a tutela criminal é a de maior gravidade e reprimenda entre as várias formas de se tutelar um objeto jurídico, impondo como sanção, na hipótese de descumprimento, a privação da liberdade. Como neste ensaio se parte daquilo que é aceitável porque justificado ou passível de justificação racional perante uma associação política de pessoas moralmente capazes, livres e iguais, devemos, mesmo que sucintamente, verificar se aquela norma limitadora

37 Em certa medida a questão se assemelha a referida por Soares (2006, p. 239) que diz existir inconstitucionalidade quando a lei delega a burocratas decisão que, por afetar direitos, somente poderia ser tomada por legisladores ou, ainda que delegadas, deveria ser mais bem conformada legislativamente.

da liberdade se justifica perante a sociedade que concordamos construir. Dito de outro modo: a norma que impede as pessoas de usar substâncias psicoativas se legitima no âmbito de uma sociedade bem ordenada, que se organiza respeitando a plena capacidade moral dos indivíduos de decidir sobre aquilo que é melhor para as suas vidas? Como conciliar essa lei numa cultura majoritariamente liberal, que somente aceita o paternalismo estatal na defesa de crianças, dementes e incapacitados?

Em relação a adultos capazes, aceitamos o paternalismo estatal (e, ainda assim, quase como uma concessão forçada) só diante de alguns casos nos quais o objetivo é consensual (ou passível de grande aceitação), mas, a despeito daquele consenso majoritário, há clara demonstração de fraqueza da vontade, como exemplifica a lei que obriga, sob pena de multa, o uso do cinto de segurança. A legislação apenas reforça aquilo que as pessoas já decidiram ou decidiriam, se deliberassem esclarecidamente (o Estado não substituiu o livre-arbítrio individual, apenas reforçou aquilo já deliberado ou que aceitamos como uma conclusão plausível de uma deliberação racional e livre entre iguais³⁸).

Quando discorremos sobre as liberdades básicas, demonstrou-se que a limitação a qualquer dimensão da liberdade em seu sentido mais abstrato deve ser densamente justificada e lastreada no respeito que todos merecem pela só condição de cidadania e que tenha considerado a opinião contrária, mesmo que para rejeitá-la. Subjaz à norma incriminadora um objetivo político válido e desejável, capaz de obter relativo ou grande consenso, qual seja: concordamos, em **abstrato**, em prevenir o abuso, a dependência; que não queremos jovens e adultos dependentes de substâncias psicoativas e/ou que sejam capazes de causar dano físico ou psíquico. Não divergimos – acredita-se – que é um objetivo valioso a ser perseguido pelo Estado, por exemplo, evitar que crianças e adolescentes sejam expostos ao **crack** nas escolas e passeios públicos (ou em qualquer outro lugar), tanto quanto aquiescemos que a educação e a orientação dos filhos são deveres e prioridade dos pais, não do Estado. Pensamos não existir, quanto a isso, maior divergência. A

38 Nesse sentido: Kymlicka (2006, p. 254).

controvérsia surge, e de forma vigorosa, nos meios e políticas³⁹ estatais a serem adotados na consecução daquele objetivo político abstratamente consensual – prevenir o abuso de substâncias psicoativas - e/ou na definição de quais as substâncias devem ser objeto de controle (se há grande consenso quanto ao **crack** e sua aptidão para viciar, há controvérsia, por exemplo, quanto à maconha).

É próprio das sociedades contemporâneas de consensos abstratos (sobre o que se quer, os **objetivos**) resultarem em grandes desacordos morais (sobre aquilo que é correto fazer especificamente, os **meios**) concretos. Assentimos, por exemplo, quanto à vida, paz e segurança como objetivos políticos abstratos, mas divergimos se melhor promove aqueles objetivos estabelecer o direito de as pessoas comprarem e portarem arma de uso pessoal⁴⁰. Constatar nossos desacordos intensos em inúmeras questões importantes é reconhecer o valor da democracia enquanto processo de justificação do poder político e como fator de manutenção da unidade do corpo social e preservação das diferenças. Legítimo é o poder (e a norma) que deriva de um processo de discussão livre e pública entre cidadãos iguais (COHEN, 2007, p.122), porque implica submissão à lei e poder criados e instituídos pelas próprias pessoas que a eles se submetem, procedimento majoritário que terá como seu limite, como já explicitado, as liberdades e os direitos básicos. Se ninguém pode convencer os demais membros do acerto de sua opinião, se concordamos que todos são merecedores de igual respeito e consideração, ostentando suas ideias e argumentos e tendo posição idêntica a de qualquer outro, a deliberação livre e esclarecida é o meio de resolver o impasse. Como pessoas morais, livres e iguais, podemos concordar que, diante de desacordos persistentes, optemos pela opinião da maioria, respeitados, como já se assentou, os direitos básicos, pois esses são condições para continuidade de novos debates e deliberações que permitem a continuidade da vida em sociedade bem ordenada.

39 Entre **proibir** e **não proibir** há várias alternativas. Pode-se, em qualquer contexto, enfatizar o uso responsável, delimitar áreas permissivas, misturar elementos de prevenção e repressão, política de redução de danos associadas a outras medidas etc.

40 O art. 35, § 1º da Lei n. 10.826 estipulou um referendo popular para decidir acerca do desarmamento. Realizado em outubro de 2005, o povo brasileiro votou contra o desarmamento.

É possível, todavia, objetar que aquela lei antitóxica fere a liberdade básica de cada qual decidir o que é bom para si mesmo. Como já anotado, as liberdades básicas não são absolutas; constituem um limiar argumentativo, mas podem ser restringidas, desde que consistentemente, por outro direito ou liberdade básica. As pesquisas são insuficientes para saber se a liberação indiscriminada implica aumento ou diminuição dos casos de abuso e dependência. Se o exercício de um direito básico por parte de alguém o expõe a risco, isso é algo, em princípio, aceitável, como é aceitável a prática do alpinismo, do automobilismo, do *bodyjumping*, paraquedismo, trapezistas etc. Mas se o exercício da liberdade de alguém acarreta riscos para outras pessoas, aquela liberdade **poderá** ser limitada ou regulamentada, porque suas consequências extrapolam o âmbito individual. Com efeito, aceitamos que as pessoas se autoflagelem em rituais cristãos e muçulmanos, mas não aceitamos que imponham a outras pessoas castigos físicos; aceitamos que fumem, mas já não aceitamos que não fumantes sejam expostos à sua fumaça; do mesmo modo, que se beba álcool, mas não que conduzam veículos embriagados. De outra banda, a sociedade **poderá** proibir o exercício de direito básico, em princípio, se um outro meio menos restritivo não se mostrar capaz harmonizar os interesses em conflito. E, por fim, o exercício de uma liberdade individual é tolerado, mesmo quando acarretar risco, se o custo social da repressão se apresentar de grande monta e for superior ao custo social de sua liberação, como é o caso atual do tabaco e do álcool, cuja repressão, historicamente, resultou em inaceitáveis prejuízos sociais, políticos e institucionais.

Disso resulta que a lei que proscree certas substâncias é válida enquanto resultado de uma deliberação política. Porém, só significa isso. Não significa que esse seja o melhor meio de alcançar aquele objetivo abstrato (proteger a saúde dos efeitos de certas substâncias) e nem que deva continuar vigorando (os direitos básicos permitem justamente sua rediscussão e atualização). É claro que é um resultado razoável que uma discussão entre pessoas esclarecidas resulte na aprovação, por maioria, daquela lei. Mas, a título de exemplo, se o processo democrático foi deficiente; se, por razões diversas, a discussão não foi precedida dos esclarecimentos necessários às pessoas, se dado grupo não teve acesso aos meios de comunicação para expor seus argumentos, se os parlamentares

não foram representativos de todas as correntes de pensamento existentes no meio social, enfim, se o procedimento se mostrou falho, ao não conferir a mesma consideração e respeito a todas as pessoas da comunidade na discussão de um tema, os direitos básicos (votar e ser votado, liberdade de pensamento e expressão, associação, participação política etc.) permitem a ampla rediscussão da matéria⁴¹.

Pouco importa, por exemplo, que uma maioria substancial considere reprovável a liberação da maconha e queira impedir uma marcha ou manifestação pública em favor daquela liberação: tratando-se do exercício de direitos básicos (liberdade de expressão), condição de preservação da boa unidade social, deve ser garantida aquela manifestação, como pressuposto de validade política da norma impugnada. As liberdades de expressão e de pensamento, enquanto direitos básicos, ao viabilizarem a livre deliberação pública entre iguais, conferem legitimidade à norma proibitiva. Impedir a livre manifestação de ideias em relação ao assunto solapa a legitimidade democrática da lei que se pretende discutir, porque impede uma discussão livre entre iguais, ao desconsiderar vozes dissonantes: as liberdades não existem para garantir o consenso ou a unanimidade, mas a divergência, no dia a dia da política pública.

É suficiente assentar que a lei que proscree aquelas substâncias ancora-se num objetivo político desejável e decorre de uma deliberação legislativa válida, mostrando-se razoável na perspectiva política. Reconhecer esse fato nada diz do acerto da medida para atingir o objetivo abstrato, nem impede a continuidade do debate público sobre o tema, visando à implementação de mudanças legislativas destinadas ao aperfeiçoamento dos meios para se alcançar o objetivo consensual. Apenas aceita aquela escolha como uma opção democrática possível, e, por isso mesmo, razoável. Implica também, diante de seu caráter público, reconhecer o parlamento como o fórum apropriado para resolver sobre as políticas, a eleição de objetivos e as formas de alcançá-los. Como explicitado, o estabelecimento de **metas e objetivos** sociais e políticos constituem questões de política, sujeitando-se à livre deli-

41 Soares (2006, p. 239-240) sustenta que, além da possibilidade legislativa, sempre disponível, o Judiciário também poderia contribuir para a rediscussão de leis que, não obstante formalmente hígidas, se apresentem desatualizada ou com falha na discussão pública e/ou no parlamento.

beração legislativa, resguardando-se, todavia, as liberdades básicas enquanto questões de princípio. Daí porque a deliberação que elege uma política antiproibicionista se mostra razoável, mas não pode violar as questões de princípio eventualmente nela incluídas: votou-se sobre a proibição de substâncias psicoativas, mas não se votou, nem se poderia – porque excluído das deliberações majoritárias – o impedimento a uma religião.

2.4 O propósito da norma proibitiva

O tópico anterior deixou implícita outra contribuição à nossa investigação que, por sua importância, merece ser emoldurada. Consignamos que o propósito, o objetivo político de uma lei é o que lhe justifica (DWORKIN, 2007, p. 36). Esse propósito, esse objetivo político que deu origem à lei lhe acompanha permanentemente e ilumina sua aplicação. Toda norma é editada em mira da promoção de um valor que lhe subjaz e anima (propósito). Na lei que incrimina o homicídio protege-se o valor vida; na lei que protege e regulamenta o casamento tutela-se, civil e penalmente, o modelo de família monogâmica adotado pela sociedade; já na lei que confere executoriedade à nota promissória, ampara-se o crédito enquanto elemento impulsionador de riqueza. A busca do sentido ou propósito da norma constitui um dos principais métodos interpretativos, denominado de teleológico, o qual proclama, para todos os ramos do Direito, que a aplicação de uma norma deve ser regida por sua finalidade ou propósito.

No direito penal brasileiro denominamos de potencialidade lesiva a circunstância de a conduta ser capaz de lesar o bem jurídico tutelado (propósito da norma). O HC 96.532⁴², julgado pelo Supremo Tribunal Federal, bem ilustra a importância desse aspecto. Um indivíduo foi flagrado guardando sete cartuchos de uso restrito das forças armadas, embora não possuísse arma, incorrendo formalmente no tipo previsto no art. 16 da Lei 10.826/03, que prevê como crime guardar munição sem autorização do órgão competente. Os fatos eram incontroversos e efetivamente a munição foi encontrada sob poder do acusado. Todavia, aquele Tribunal decidiu que a conduta não constituía crime, porque inexistia potencialidade le-

42 HC 96.532/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 06/10/2009. Dje 223, publicado em 27/11/09.

siva diante da constatação de que o acusado não portava arma e guardava aquela munição como lembrança da época em que serviu ao Exército Brasileiro. Por outras palavras, a conduta do acusado, concretamente, **não** oferecia risco ao bem jurídico tutelado (segurança pública) ⁴³.

A prática judicial, executada com competência, exige na aplicação da lei a observância de seu propósito e do valor que ela tutela. Mas o direito, ao assim exigir, transplanta para o plano jurídico nossas convicções e tradições. Decorre dos princípios que regem uma associação de pessoas livres e iguais que o poder coercitivo do Estado exige justificação, e que a censura a condutas deve ser amparada em justa motivação. Consideremos o álcool. É substância psicoativa com alto potencial de gerar dependência e de causar vários distúrbios psíquicos e orgânicos, cujo uso lícito,⁴⁴ na maioria dos países, é apenas sujeito a condições (maioridade, restrição em alguns períodos e para praticar certas atividades quando houver ingestão, vedação para pessoas incapazes, etc.). A OMS estima que 1,2 milhão de pessoas morrem por acidentes de trânsito, em função do consumo de álcool⁴⁵, o que por si mesmo ilustra o risco representado pelo consumo abusivo dessa substância.⁴⁶

As normas que regem o consumo de álcool, estabelecendo um mínimo de regras, são justificadas em face da sua potencialidade para o abuso, de modo que, embora substância de uso permitido, tem restrições de uso, como exposto. É possível concordarmos que diante do potencial para o abuso, é um objetivo político válido o esforço do Estado para impedir mortes e doenças resultantes daquele uso. Tenhamos em mente

43 Outro exemplo é dado no HC 46.041, no qual o STF, já em 1968, decidiu que o porte de mínima quantidade de maconha não caracterizava crime. A potencialidade lesiva é geralmente abordada, no direito brasileiro, no âmbito do princípio da insignificância, de longa aplicação.

44 O álcool já foi objeto de proibição nos EUA, no período de 1920 a 1933, objeto de emenda constitucional, 18ª Emenda. Foi revogada pela 21ª emenda, em razão de se constatar que a *Lei Seca* causava mais prejuízos do que a liberação do álcool. O Brasil, acompanhando uma tendência contemporânea, estabelece uma política de desestímulo ao consumo do álcool, com restrições a publicidade e locais de venda de bebidas alcoólicas (Leis 9.294/96 e 11.705/08).

45 SENAD, 2010, p. 17. Disponível também em: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/biblioteca/documentos/Publicacoes/328028.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2010:

46 Além de grande responsável por mortes no trânsito, o consumo de álcool pode provocar várias doenças, como complicações hepatológicas, cardiológicas e psicológicas: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/index.php#consequencias>. Acesso em: 31 mar. 2010.

o álcool utilizado nas missas cristãs. Ninguém vê naquela ingestão de álcool um estímulo para beber, percebendo que se trata de um elemento ritual (o dogma da transubstanciação). O que esse uso do álcool nos sugere é uma ideia mais complexa acerca das substâncias psicoativas, e que explicita o propósito da restrição de uso: busca-se evitar o abuso, o malefício que a substância pode acarretar, quando utilizada indevidamente; quer-se evitar a exposição do público (especialmente da juventude) a substâncias com alto potencial de abuso. O caso do vinho nas missas é emblemático: usa-se álcool, mas de modo absolutamente seguro, pois o ritual, ao ditar a dose, a periodicidade da ingestão, quem pode tomar, fornece a segurança, os limites, de modo que a segurança não provém da substância em si mesma (álcool), mas do ritual ou tradição, ao estabelecer regras definidas quanto aos limites.

Nos Andes, a população do Peru e Bolívia usa há mais de três mil anos a folha da coca para dores, enxaquecas, cansaço, cólicas, fome, sem registro de abuso⁴⁷. Usam-na em forma de chá ou mascam-na, diretamente (há baixíssima absorção de seu princípio ativo quando consumida dessa forma). Somente no final do século XIX, início do século XX, criou-se a dicotomia entre cocaína e planta da coca; esta representando uma prática cultural ainda hoje inofensiva; aquela representando seu princípio ativo isolado e maximizado, objeto de abuso, tráfico, toxicomania. Os países que admitem o uso ancestral da folha da coca o fazem em face da constatação de seu uso inofensivo. Esses países igualmente concordam que a dependência da cocaína é algo altamente prejudicial, mas compreendem que objetivam evitar o uso abusivo, prejudicial à saúde, e que não há sentido ou propósito em proibir um uso absolutamente inócuo. O alcaloide é o mesmo; o uso é diferente e determina sua inocuidade. Paracelsus afirmou que a dose certa diferencia um veneno de um remédio (PARACELSO apud OGA, 2008, p. 4). Aqui se vê algo diverso: o contexto fornece a dose certa.

Os Estados Unidos da América lideram a política proibicionista no mundo, e é o país que mais gasta no combate ao narcotráfico. É signatário da Convenção da ONU de 1971, pela qual se obrigou a reprimir o uso

47 Fonte: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/index.php>. Acesso em: 30 mar. 2010.

de várias substâncias psicoativas, entre as quais a mescalina, presente em alguns cactos (**peio**) localizados na região do México e sudoeste dos Estados Unidos. A mescalina é classificada como alucinógeno, e figura na lista I (juntamente com o DMT) da Convenção de Viena, como substância potencialmente capaz de causar danos à saúde e, portanto, sujeita a controle. Todavia, a despeito dessa previsão, os Estados Unidos, através de lei, permitem que seus nativos indígenas continuem a fazer uso religioso do peio.

O vinho na missa, a folha da coca nos países andinos e o **peio**, entre outros exemplos possíveis, insinuam algo acerca da forma como lidamos com substâncias psicoativas. Se há situações nas quais aceitamos como algo correto e situações nas quais censuramos ou condenamos o uso da mesma substância, é inegável a conclusão de que compartilhamos de uma convicção, dada – não pelo discurso médico ou farmacológico, jurídico ou antropológico –, mas por nós mesmos: aceitamos o uso de substância psicoativa em certo e seguro contexto. Se há tantos casos, em vários lugares e épocas, de uso não censurável, é correto concluir que **distinguimos**, em nossa moralidade, no juízo que coletivamente formamos acerca do que é certo e errado, o uso com potencial de causar prejuízo à saúde e o uso inofensivo.

Quando se verifica a existência de certos usos de substâncias psicoativas aceitos pela comunidade, tende-se a se pensar no art. 32, § 4, da Convenção de Viena⁴⁸, que permite plantas silvestres com efeitos psicoativos, em razão de seu uso “tradicional religioso ou mágico”, como se o artigo do Tratado Internacional possibilitasse aqueles usos. Embora seja importante essa disposição, por se tratar de mais uma norma imperativa a ser levada em consideração, a fundamentação que se persegue nesse trabalho é, repise-se, mais amplamente normativa, aquilo que pode ser justificado numa sociedade bem ordenada por princípios. Nesse sentido,

48 “O Estado em cujo território cresçam plantas silvestres que contenham substâncias psicotrópicas dentre as incluídas na Lista I, e que são tradicionalmente utilizadas por pequenos grupos, nitidamente caracterizados, em rituais mágicos ou religiosos, poderá, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, formular reservas em relação a tais plantas, com respeito às disposições do art. 7º, exceto quanto às disposições relativas ao comércio internacional”. O Brasil não formulou reservas, mas isso não exclui o reconhecimento do uso ritual enquanto argumento, dado que a reserva seria exigência formal, sem afetar a substância do fundamento ali presente.

aquela norma deixa de ser o fundamento das práticas e, inversamente, passa a ser vista como expressão das mesmas.

Significa dizer que, embora concordemos, **abstratamente**, que certas substâncias psicoativas representam riscos, igualmente concordamos que, **concretamente**, não é todo uso que oferece riscos e que deve ser reprimido. Com isso **não se afirma a inocuidade da substância em si mesma**, até porque nenhuma substância é inócua, dependendo da quantidade, periodicidade ou outras circunstâncias de uso⁴⁹; sustenta-se, com base em exemplos retirados de nossas práticas sociais, que mais do que a ênfase na substância, preferimos verificar o contexto de seu uso e a segurança que daí decorre.

Por outras palavras, aquela norma expressa um consenso já assente na comunidade acerca do uso religioso ou tradicional de certas substâncias, que pode assim ser enunciado: por ser decorrência de uma deliberação democrática, é legítima a lei que, objetivando proteger a saúde pública, proscreeve o uso de substâncias psicoativas, mas se dado uso se mostra seguro, pode não atender ao propósito daquela lei proibir tal uso. **As práticas, as tradições deram origem àquela exceção da Convenção da ONU**, e não o contrário. As práticas antecederam ao Tratado, que apenas as reconheceu como parte integrante de nossas convicções.

3 A proteção do uso ritual da *ayahuasca* pela liberdade religiosa

Ao início de nosso estudo, fincamos o objetivo de examinar a correção de várias decisões relacionadas à *ayahuasca*, mas nos deparamos com a necessidade de reconstruir paradigmas que servissem de baliza à discussão dos casos. Recapitemos. Mostramos como culturas minoritárias enfrentam dificuldades de sobrevivência e afirmação em sociedades que possuem uma cultura hegemônica diferente, e de como os direitos e li-

49 O portal de notícias *Globo.com* em 30/10/09 relata o desfecho de um processo pela morte de uma californiana que ingeriu **água** demais ao participar de um concurso na televisão: <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1360515-5602,00-RADIO+TERA+QUE+PAGAR+US+MI+PELA+MORTE+DE+CANDIDATA+EM+CONCURSO+NOS+EUA.html>. Em <http://gilvanalmeida.blogspot.com/2010/05/depende-da-dose.html> há referências médicas acerca desse caso.

berdades básicos, como a liberdade de religião, são meios discursivos de equacionamento dos conflitos decorrentes do multiculturalismo, o que confere uma posição de proeminência e prioridade a esses direitos básicos; aceitamos que a legitimidade do poder é aferida pelo procedimento de deliberação e elaboração das leis e o respeito aos direitos básicos, pelo que pudemos concluir pela razoabilidade da lei que proíbe o uso de certas substâncias na salvaguarda de um objetivo ou propósito que podemos concordar, a proteção da saúde. Em mira desses parâmetros, podemos retornar aos casos.

3.1 Leôncio

Leôncio reclamou em Juízo que o Governo brasileiro, por meio da Polícia Federal, impedia o exercício regular de sua prática religiosa, a qual tinha como elemento central a *ayahuasca*. Instado, o Governo Brasileiro sustentou a regularidade da proibição para preservar a saúde física e psíquica de Leôncio e outros, ao fundamento de que a *ayahuasca* continha substância proscrita pela legislação brasileira capaz de causar dependência e transtornos psíquicos. Foram apresentados, como prova da toxicidade, três laudos **divergentes** que apontavam composição diferente para a mesma bebida. O juiz estabelece um silogismo em que a premissa maior é a legislação que proíbe substâncias psicoativas, contidas ou não em lista oficial, capazes de induzir à dependência física ou psíquica. Como premissa menor, reconhece que o Governo Brasileiro **não** demonstrou que a *ayahuasca* contivesse substância entorpecente ou com aptidão para ensejar dependência ou causar transtornos físicos ou psíquicos, dando pela inidoneidade dos laudos; conclui mantendo a proibição, ao argumento de que Leôncio não demonstrou a origem botânica e a inocuidade da *ayahuasca*.

A decisão em Leôncio não se sustenta nem mesmo no silogismo simplificado com que se tentou decidir a questão. Limitada aos termos da própria decisão, a conclusão não decorre das premissas lançadas pelo julgador. Se o juiz estabelece como ponto de partida argumentativo a premissa normativa de que substâncias psicoativas entorpecentes ou que causam dependência física ou psíquica são proibidas, e

reconhece **inexistir** prova da potencialidade da *ayahuasca* para induzir àquela dependência, não poderia concluir pela proibição⁵⁰, não se mostrando como um raciocínio formalmente correto. Se a matéria fática que se constituía no pressuposto da premissa menor (ser a *ayahuasca* entorpecente ou ter capacidade de *ayahuasca* de gerar dependência) está ausente, impunha-se, nos termos da sentença, o reconhecimento de que o Governo agia sem fundamentação legal.

O aplicador da lei, após reconhecer que a situação fática prevista como pressuposto para aplicação da lei não resta provada, deve negar o efeito jurídico decorrente da norma cujo pressuposto fático é ausente. O diálogo com a lei é constante, mesmo que para negar sua aplicação. Quando o aplicador da lei, reconhecendo inexistente o requisito fático para aplicação de seus efeitos, ainda assim os aplica, tem-se não mais a realização de uma vontade coletiva expressa na lei, mas puro arbítrio de quem dela se afastou da lei para impor sua própria opinião.

Todavia, não basta reconhecer a inconsistência formal da decisão em Leôncio, cabendo examinar o caso à luz dos pressupostos delineados.

A Constituição da época assegurava a liberdade de culto, desde que não contrariasse a ordem pública. O Governo não alegou que a prática religiosa de Leôncio violava a ordem pública, de modo que essa exceção sequer foi cogitada. Aliás, consta explicitamente como um dos argumentos em favor da regularidade da prática religiosa o prestígio da prática perante a sociedade local, do lugar onde os cultos se realizavam, denominado de “Alto Santo”, visitado pelas maiores autoridades da época (governador, prefeito, políticos etc.). Em favor desta alegação, aceita pelo Governo sem objeção, há, ainda, referência a fotografias que registravam aquelas visitas e, talvez a prova maior de sua inserção na comunidade: a lei municipal que reconhecia a entidade presidida por Leôncio como sendo de utilidade pública, indicativo de sua boa fama e conceito junto à comunidade local. Quer pela ausência de impugnação pela Polícia Federal, quer pelos indícios de que a prática religiosa de Leôncio gozava de certo respeito na comunidade, deve ser afastada aquela hipótese de lesão à ordem pública.

50 Como descrito, o Governo, segundo a própria sentença, não conseguiu demonstrar quais os constituintes químicos presentes na *ayahuasca* nem seu princípio ativo (DMT).

Resta então o argumento central e explícito manejado pela Polícia Federal: de que *ayahuasca* era droga. Este argumento é frágil, pois, nos termos delineados na sentença, droga era **a substância entorpecente ou que tivesse o potencial de gerar dependência**, contida ou não em lista oficial (art. 281 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 5.726/71, então vigente). Mas o Governo Brasileiro não conseguiu demonstrar as substâncias contidas na *ayahuasca*, nem seu princípio ativo e, muito menos, sua periculosidade genérica.

Podemos reformular a questão, na perspectiva do julgador. Ele tinha diante de si proibição da Polícia Federal a culto baseado numa bebida que, embora não soubesse do que se tratava, nem de seus compostos químicos, sabia que era psicoativa, que produzia alucinação, na linguagem do Governo Federal, ou visões ou “mirações”, na linguagem de seus praticantes. O Governo falhou em demonstrar o caráter entorpecente ou a potencialidade daquela bebida, fosse o que fosse, para gerar dependência, de sorte que a proibição não se sustentaria com fundamento na lei vigente de repressão aos entorpecentes. O julgador poderia então aproveitar a alegação genérica da Polícia Federal de que apenas visava ao bem-estar físico dos praticantes e da comunidade em geral, e extrair da proibição governamental o princípio mais abstrato de proteção à saúde, e considerar esse objetivo, proteção à saúde pública, valioso e desejável, de modo que poderia ser tutelado sob o manto do dever genérico de cuidado e cautela, ínsito à Administração Pública. Ou seja: utilizando de sua missão de zelar pelo bem-estar coletivo, razão de sua existência, poderia o Governo ter se enganado nos fundamentos legislativos, mas o Juiz, imbuído de uma visão mais sistemática do direito e, vamos ainda considerar, sinceramente preocupado com o bem-estar da população e ciente do dever geral de cautela (obrigação governamental de zelar pelo bem-estar público, prevenindo, tanto quanto possível, danos), poderia desconsiderar o erro de capitulação jurídica e aferir o acerto substancial daquela decisão governamental. É certo que o *habeas corpus* não se presta para outra finalidade que não a proteção da liberdade individual, por imperativo constitucional, mas, em favor do debate, superemos essa barreira procedimental⁵¹.

51 A ação de *habeas corpus* só é cabível para tutelar a liberdade individual quando ameaçada por ato ilegal, não admitindo outra discussão (art. 153, §20, EC 1/69). Todavia, seria possível, num exercício

Essa objeção, mesmo que por hipótese, se mostra razoável? **Limitado** aos elementos expostos pelas partes, cabe rejeitá-la. Quatro razões assim recomendam. A primeira é que o magistrado lidava com o fato, inconteste nos autos, de que o culto proibido pelo Governo existia há décadas sem registro de ocorrências que indicassem sua periculosidade e sem que o Governo indicasse qualquer caso concreto de distúrbio provocado pela ingestão de *ayahuasca*. Segundo, porque a inicial veio instruída com um laudo, firmado por órgão federal (Serviço Nacional de Medicina e Farmácia) dando pela inocuidade da *ayahuasca* para induzir dependência. Terceiro, porque o magistrado tinha diante de si a afirmação de um direito básico, a liberdade de credo, **proeminente** e **prioritário** em relação a outros interesses, o qual demandava densa justificação para ser afastado. Quarto, no âmbito do direito administrativo e em sede de controle de ato do Poder Público, cabe a este, não ao particular, provar a legalidade de seu ato, indicando as razões de fato e de direito que embasam a limitação imposta ao particular. O direito brasileiro sempre seguiu (ao menos no plano legislativo) o princípio da legalidade, pelo qual a Administração somente pode fazer aquilo que a lei lhe determina explicitamente, enquanto o indivíduo segue regra contrária, isto é, pode fazer tudo aquilo que a lei não lhe proíbe, de sorte que na tradição jurídica brasileira era (e continua sendo) ônus do Governo demonstrar que a interferência em um direito básico é exigência da lei.

Leôncio, como a fotografia de uma época, permite a discussão em outros termos, considerando os elementos originais. Que tínhamos? Tínhamos um grupo, minoritário, que fazia uso religioso de uma bebida que produzia visões (alucinação, para a Polícia Federal, ou miração, para os adeptos). Não se sabia quais os componentes químicos da bebida, mas havia informação de que aquela manifestação religiosa existia há pelo menos cinco décadas apenas nos arredores de algumas cidades e que sua origem se perdia nos séculos, sem notícia de casos de abusos ou toxicomania dela decorrente. Os autos ainda revelavam outro dado

hipotético, que o julgador receba uma petição intitulada de HC, mas veja ali os contornos de um mandado de segurança, remédio constitucional contra outras ilegalidades, e, em face do princípio da instrumentalidade da jurisdição, dê a providência pertinente. Tal transmutação na prática forense é incabível, e o fazemos apenas para promover o debate.

fático relevante. Além de não saber, sob o aspecto farmacológico ou químico, o que bebiam, seus praticantes distinguiam o efeito da *ayahuasca*, que reputavam sagrado, do efeito de outras substâncias que consideravam como drogas.

As pessoas que faziam uso religioso da *ayahuasca* tinham um conceito de droga como algo que leva à ruína, à doença, à degradação social, familiar e psíquica, mas não aplicavam esta noção à *ayahuasca*; ao contrário, diz a peça de defesa que a *ayahuasca* os impelia aos bons costumes, à valorização da família, do trabalho, da pátria. Esses dados brutos da prática religiosa nada provam quanto aos fatos alegados (origem indígena, continuidade histórica etc.), mas demonstram algo: que as pessoas utilizavam *ayahuasca* há décadas sem registro de dependência ou malefício, acreditando que não se tratava de droga (*lato sensu*). Então, por que proibir? Qual o **propósito** dessa proibição? Qual o **valor** que se busca proteger ao se proibir aquela manifestação? Essas indagações tomam vulto porque o tema envolvia direito básico, a liberdade de religião, que exige densa argumentação para ser preterido e para que fique claro que se não trata de preconceito contra aquilo que é diferente.

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 desconhecida**, cujos sintomas são graves e que demonstre ser altamente contagiosa. O Governo, sem saber do que se trata, também sem identificar a doença, detém o doente, isolando-o, e apenas diz ao enfermo que assim procede ante a periculosidade de sua enfermidade, contagiosa, no resguardo do interesse da coletividade. No nosso exercício, alguém se solidariza com o doente, e pede à Justiça que o liberte, sustentando a arbitrariedade de sua custódia e seu direito constitucional de ir e vir; que seu direito básico sobrepe-se ao interesse da coletividade de vê-lo isolado.

Leôncio e o caso hipotético da **doença desconhecida** apresentam os mesmos elementos. Desconhecimento acerca de um elemento central (a **doença desconhecida** e a composição química da *ayahuasca*), indefinição jurídica ou ausência de norma clara a ser aplicada (*hard case*), 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, e por isso mesmo, é uma razão pública. 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, não se funda num juízo negativo a respeito de sua pessoa (pouco importa sua cor, credo, sexo, nível econômico: o fundamento persistiria consistente: a doença contagiosa). 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 justifica a proibição? A ausência de razão pública retira a legitimidade do uso do poder coercitivo governamental e o transforma em arbítrio, levantando a suspeita de que se trata de discriminação infundada.

Se a decisão em Leôncio se mostrou injustificada, como seria uma decisão justificada em face dos **mesmos** elementos? É importante expor que decisão resultaria, caso levássemos seriamente em conta os vários elementos argumentativos expostos, porque permitirá o debate e a discordância racional, ao evidenciar em que ponto ocorre a controvérsia.

A primeira constatação que Leôncio traz diz respeito à devoção. Como acima exposto, as pessoas não ingeriam *ayahuasca* de modo recreativo, mas sob um ritual. O Governo não impugnou esse caráter; antes o aceitava expressamente, o que nos permite assentar um argumento qualificado (ou trunfo, na expressão de Dworkin): a liberdade de religião. Se o Governo não impugnou a prática religiosa, aceitando que efetivamente as pessoas acreditavam exercitar uma fé, a liberdade de religião, enquanto direito básico, assume sua **posição de proeminência e primazia**, verdadeiro **limiar argumentativo**. Como direito básico, somente pode ser afastado diante de densa justificação. A Polícia Federal alegou que a *ayahuasca* era entorpecente e poderia induzir à dependência, e que a lei proscovia substâncias assim caracterizadas. O argumento governamental exige sua

confrontação com aquele direito básico, de maior envergadura. O interesse estatal que subjaz à lei é vigoroso o suficiente para arredar aquele direito básico? Em tese, sim, pois diz respeito à proteção da saúde, e todos nós podemos concordar **abstratamente** com a proibição de substâncias que causem dano à saúde. **Concretamente**, porém, o Governo não indicou quais substâncias compunham a bebida, e, muito menos, seu potencial para causar danos. Mas o Governo poderia justificar a proibição, mesmo sem identificar a composição química da *ayahuasca*, tal como no exemplo da **doença desconhecida**, se demonstrasse dano concreto, que haveria pessoas doentes pelo uso daquela bebida, justificando medidas cautelares para impedir que mais pessoas fossem expostas ao perigo decorrente de seu uso. Também isso a Polícia Federal não demonstrou.

A decisão em Leôncio não se mostrou justificada perante uma comunidade de pessoas moralmente capazes, livres e iguais, à míngua de fundamentação válida. Sua religião foi desprezada sem apresentação de fundamento consistente, segundo as leis da época. Em verdade, não foi garantido a Leôncio, pelo governo, o mesmo respeito e consideração que são observados aos praticantes de outras religiões tradicionais.

3.2 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 cúpula⁵², 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. Com *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/92⁵³. Daí se extrai que em *Daime* o discurso médico-farmacológico deixou de ter a primazia absoluta na definição de quais substâncias deveriam ser objeto de proibição. Até então, o discurso médico-farmacológico reinava absoluto quando o assunto era substâncias que deveriam ser criminalizadas. Com *Daime* houve uma

52 A Lei n. 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 n. 6.368/76 foi criado pelo Decreto n. 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.

53 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**, acrescento. 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".

ruptura com o discurso médico-farmacológico, abrindo espaço para que outras razões fossem ouvidas (argumentos antropológicos, sociológicos, normativos 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 é bom ou mesmo perigoso para a comunidade.

Como anotou o conselheiro Domingos Bernardo, no parecer Confen/1992, não se necessitaria de um Conselho, mas simplesmente de técnico em farmacologia para obter aquela resposta. 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, realizando, nesse sentido, o princípio democrático e a razão pública. Tem razão Soares (2006, p. 239) quando diz existir inconstitucionalidade quando a lei delega a burocratas decisão que, por afetar direitos, somente poderia ser tomada por legisladores ou, ainda que delegadas, deveria ser mais bem conformada legislativamente, diminuindo o arbítrio do técnico: 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 deve ser tomada à luz da razão pública, e não sob o restrito enfoque farmacológico.

Examinemos as principais decisões emanadas daquele Conselho.

Confen 1987

Decisão que liberou, em definitivo, o uso religioso da *ayahuasca*, já que havia liberado provisoriamente em 1986, depois de estudos preliminares. Essa 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, em parecer de 33 páginas. Relata as diversas visitas às 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 da 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 feitos 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”.

Relata-se ainda como a *ayahuasca* é preparada, o esforço físico necessário à sua elaboração, a dificuldade para coleta das plantas, os efeitos da bebida (exigência de concentração, dieta, seu gosto acre, possibilidade de vômito e diarreia), 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 coligações 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, alucinações ou percepção sem objeto), quer concretos (a *ayahuasca* **sim** produz visões, mirações), mas afirma que seus efeitos, naquele caso concreto, 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. n. 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 eram colocados sob 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

extrai-se do parecer 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 uso de substâncias psicoativas associadas.

Essa questão poderia ser assim reformulada: uma vez reconhecido o direito básico de alguém, é lícito negá-lo ao fundamento de que outras pessoas poderiam abusar da liberdade ali concedida? Por enquanto, podemos ficar com o princípio que se extrai da resposta dada no parecer: se se trata apenas de especulação, em objeção em tese (e era disso de que se tratava em 1987), um direito básico não pode ceder a especulações abstratas.

A deliberação em Confen 1987 é um exercício de razão pública porque considera e respeita os envolvidos como livres e iguais. 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...”; onde o “adepto cai em exaustão e aí então começa a queima de ervas [maconha] a títulos 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. A Polícia Federal comunica ao Confen, e esse expediente é atuado.

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 descontextualizado.⁵⁴

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

54 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.

padrões existentes na sociedade, mas também diferente do paradigma adotado pelos países. Explicita que em matéria de drogas não deve ser acolhida a visão 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 inter-relacional 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. Saliencia 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 onde 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 exposto 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 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 proscria (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, datado de 2 de junho de 1995, sem notícia de sua apreciação pelo plenário do Confen. 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 integrante da “Colônia Cinco Mil”, compondo

o Cefluris. Relata uso de maconha e comércio de *ayahuasca*. Ao final, recomenda medidas para manter o uso da *ayahuasca* restrito ao âmbito religioso (sem associação com a maconha) e sugere que crianças e doentes mentais não tomem *ayahuasca*.

Esse parecer, tenha ou não sido aprovado pelo Plenário, consolida uma tendência já presente indiciariamente 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 *daimé* 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*.

Argumentativamente, o parecer Confen/95 apresenta erro: a constatação de problemas advindos do uso de *ayahuasca* com maconha e o comércio dessa bebida só autorizaria a conclusão de que esse uso [com maconha] e essa prática [comércio] devem ser objeto de deliberação e restrição, mas em nada interferindo nas premissas que fundamentaram o uso religioso exclusivamente com *ayahuasca*. Da mesma forma, reconhecer problemas provocados pelo consumo de *ayahuasca* com maconha por menores permite concluir pela proibição **desse uso** 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 Centro Espírita Beneficente União do Vegetal - UDV pediu alvará ao Juizado da Infância e Juventude para que os filhos menores de idade dos seus filiados participassem dos rituais, na companhia dos pais, conforme tradição ali mantida há décadas. Os juízes de algumas cidades autorizaram o uso (Brasília, por exemplo), embora não exista na lei nenhuma exigência desse alvará. O Juizado da Infância e Juventude de Boa Vista/RR não só

negou o pedido, mas solicitou esclarecimentos ao Confen na forma de duas perguntas: a) “se há inclusão da substância *Banisteriopsis Caapi* e *Psychotria Viridis* pelo Confen como substância entorpecente”; b) “se há grupo de trabalho encarregado do estudo dessa planta e sua possível nocividade quando ingerida por adolescente”. Deliberando, aprovou o Confen parecer do Relator Arnaldo Madruga, recomendando evitar administrar *ayahuasca* a menores de dezoito anos.

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”.

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.

Esse parecer oferece uma justificação adequada e apta em face de sua conclusão, principalmente diante da vigorosa intervenção no âmbito privado e familiar das pessoas?

Assentamos que o Estado tem como um dos pressupostos de sua legitimidade não impor nenhuma concepção abrangente razoável de bem, de não se substituir aos indivíduos nas escolhas de suas formas de vida. Pode o Estado se substituir aos pais e interferir na educação e religião dos filhos? Concordamos que os menores de idade, por sua incapacidade de fazer suas próprias escolhas e de se protegerem, merecem especial proteção e, podemos admitir, em tese, que o Estado pode sim interferir na hipótese de abusos, violência e outras situações. Ninguém, acredita-

se, impugnaria a ação do Estado que interviesse para impedir que um pai fornecesse *crack* ou mesmo álcool ao seu filho. Admitindo que possamos concordar como legítima **em tese** uma intervenção do Estado para salvaguardar a integridade física ou psíquica da pessoa em formação, vulnerável por sua própria condição. Podemos daí concluir como justificada a intervenção **concreta** para evitar que menores de idade tomem *ayahuasca*, acompanhando seus pais nos rituais religiosos?

Afastemos a incidência pura e simples das disposições legais que asseguravam o poder-familiar, o direito de os pais decidirem sobre a melhor vida para seus filhos, previstas nos arts. 379 do Código Civil/1916 (então vigente) e 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). E consideremos, em face da aceitação abstrata, que, diante de risco atual e iminente, é possível sim essa intervenção, no resguardo dos interesses superiores dos menores⁵⁵. Todavia, ainda que aceita essa premissa normativa, indaga-se: aquela interpretação contida no parecer é a mais coerente com a história institucional e as decisões anteriores do Confen sobre o tema? Sua conclusão respeita a história construída naquele mesmo órgão sobre o assunto, especialmente a grave advertência, constante da decisão Confen/92, de que a Administração não pode reapreciar, sem novos elementos substantivos, questões antes decididas?

As decisões Confen 87 e 92, mediante pesquisa de campo, trouxeram um dado de extrema relevância: as pessoas tomavam *ayahuasca* segundo um ritual, uma doutrina, um calendário. Não tomavam quando queriam nem a quantidade que queriam, porque se achavam vinculadas a uma doutrina religiosa que estabelecia regras. Esse conjunto de regras, segundo consta daquelas decisões, impedia o consumo exagerado, recreativo, ilimitado, abusivo enfim. Ali também constava que às crianças eram ministradas doses bem menores e, para algumas, colherzinhas de chá. O Confen reconhece, a partir dos dados colhidos junto às comunidades, que “a comunidade soube exercer os seus controles de forma plenamente

55 Embora não tenha indicado, a Constituição Federal de 1988 dispõe no art. 227, *caput*, que “é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, [...], à dignidade, à liberdade [...]”, colocando-os “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

adequada, sem qualquer interferência do Estado” (SILVA SÁ, 1992, p. 28). Poderíamos reformular essa passagem, sem alterar seu sentido, para a seguinte construção, reportando-se aos mesmos fatos e conclusões: o Estado Brasileiro, por meio do Confen, investiga minudentemente o uso de substância psicoativa por alguns grupos religiosos. Comprova, pelas pesquisas e visitas, que as pessoas observam grande intervalo entre uma ingestão e outra; estabelecem limites de ingestão e diferenciam as doses de adultos e crianças; não há registro de danos à saúde física ou mental, pelo que conclui: não há abuso. Frise-se, por sua importância: o estabelecimento de regras foi o pressuposto para que o Governo (Confen) liberasse a *ayahuasca*, ao constatar ausência de abuso. Decorrido cinco anos, o mesmo Estado, pelo mesmo órgão, Confen, se utiliza da mesma premissa para impor uma restrição. Ali, as regras advindas do ritual serviram para demonstrar que há limite; aqui se diz que aquelas **mesmas regras** sinalizam possibilidade de abuso.

Qual proposição se mostra correta, as de 1987 e 1992, ou a de 1997?

Confen/87 e 92 se caracterizaram como decisões justificadas por pesquisas oriundas dos vários ramos do conhecimento científico. A cada afirmação indicava-se um fundamento científico, uma obra, uma pesquisa. Por sua vez, a Resolução Confen 1997 baseia-se em juízo especulativo, qual seja, se a dose para menores de idade é menor do que a de adultos, então a bebida é perigosa, pois, se não fosse, dar-se-ia a mesma dose para adultos e crianças. Um parecer mostra a liberação como a melhor resposta que o conhecimento científico atual (jurídico, antropológico, médico, farmacológico etc.) oferece, ante todos os aspectos considerados. O outro se baseia numa opinião, aparentemente pessoal e sem arrimo ou referência de qualquer ordem, como se ela fosse autoexplicativa ou axiomática.

Podemos fazer uma analogia entre o parecer Madruga e o parecer Silva Sá. Um juiz pode decidir não autorizar a eutanásia e, em razão de sua religião, sustentar a sacralidade da vida. Ele **explica** sua decisão. Outro juiz pode, a despeito de ter a mesma religião e sentimento, negar a eutanásia, afirmando que a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio estruturante de uma ordem jurídica válida, impede a autorização para morte; esse julgador **justifica** sua decisão por meio de um discurso

com pretensão de racionalidade, submetendo à crítica, estimulando o desenvolvimento da discussão. Não temos argumento diante de alguém que diz “o melhor suco é o de limão”; no máximo poderemos dizer: “eu, diversamente, prefiro de acerola”. Mas, se alguém diz “o suco de acerola é melhor do que o de limão sob o aspecto nutricional porque possui mais vitamina C do que aquele outro”, o diálogo pode prosseguir, pois então poderíamos refutar, contrapondo: “ora, embora a acerola contenha mais vitamina C do que o limão, o organismo não absorve toda a vitamina C ingerida, e como o limão tem outras vitaminas e minerais, sua ingestão é mais recomendada”, prosseguindo o diálogo na busca de uma solução racional e justificada.

O parecer Silva Sá expõe as razões pelas quais a *ayahuasca* deveria ser liberada, instando a comunidade a acompanhá-lo, se concordar com suas razões; ou divergir e apontar que essa ou aquela pesquisa foi superada por outra, ou que dada obra contém importante argumento técnico, dantes desconhecido. O parecer Madruga não busca justificar sua opinião, e, à míngua de justificativa, caracteriza-se como um puro argumento de autoridade, além de não considerar os argumentos do outro, por isso mesmo, claramente deixando de satisfazer as exigências da razão pública. Por sua vez, Silva Sá estimula o prosseguimento do debate e o surgimento de novas razões.

Mas ignoremos a ausência de justificativa e examinemos o argumento (a dose da criança é menor do que a do adulto). Apliquemo-lo a outras substâncias, sobre as quais tenhamos certeza de sua inocuidade: uma criança é capaz de ingerir a mesma quantidade de leite que um adulto? Considerando uma criança e um adulto enfermos de uma mesma doença, é da praxe médica ministrar doses iguais ou proporcionais ao peso e idade? Uma criança de seis anos ingere a mesma quantidade de comida que um adulto de 20, 30 ou 40 anos? Saber que as comunidades usam doses menores para crianças deve ser aceito como indício de controle e responsabilidade ou de abuso no uso da *ayahuasca*⁵⁶?

56 O argumento exposto em Madruga lembra a fábula de Esopo, o **lobo** e a **ovelha**, ao utilizar **contra** a pessoa afetada fato que lhe é favorável: O lobo queria devorar a ovelha, que veio beber água no rio, próximo ao lobo, à vazante. O lobo diz que a ovelha está sujando a água para ele. A ovelha diz que é impossível, pois a água está descendo, ao que o lobo, já irado, diz que a ovelha está chamando-o de mentiroso. E devora a ovelha.

Aqui, uma pausa. Para os limites desta investigação, toma-se como acima de discussão que, acaso demonstrado que a *ayahuasca* causa dano ao desenvolvimento mental, psicológico, emocional, familiar, escolar, cognitivo ou físico da criança ou do adolescente, no contexto ritual pesquisado pelo Governo, a proibição se impõe. As entidades ayahuasqueiras e o Governo **não disseram** (nem **dizem**) que *ayahuasca* possa ser ingerida de qualquer forma, a qualquer tempo e em qualquer quantidade; dizem algo diverso: que *ayahuasca* no contexto religioso é segura. Há uma distância enorme entre as duas proposições. Refrigerante é (ainda) de livre consumo e presente principalmente nas festas infantis, ao invés de suco natural. Mas não se recomenda que criança tome refrigerante⁵⁷ todo dia.

Ayahuasca no Brasil é um campo fértil para pesquisas de toda ordem. E muitas têm sido feitas, inclusive com colaboração de entidades⁵⁸ religiosas. Há várias formas de se obter indícios de que a *ayahuasca* causa algum malefício, de qualquer ordem, 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 a outras crianças de idêntica faixa etária e situação 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.

Confen 1997, por não impugnar adequadamente as razões expostas nas decisões Confen 1987 e 1992, não se mostra apta a substituí-las.

Conad⁵⁹ 2002

A decisão Confen/87 fez breve referência a **uma** entidade que usava *ayahuasca* associada com maconha, ali caracterizado como algo isolado

57 O refrigerante é alvo de leis e ações para diminuir seu consumo e publicidade. Confira-se: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/equilibrio/eq0708200308.htm>. Acesso em: 20 abr. 2010.

58 Um inventário parcial das pesquisas: Labate, 2008.

59 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).

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 n. 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 descontextualizado de *ayahuasca*. Diz ser esses objetivos 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 constituído⁶⁰.

Todavia, calha uma constatação e uma indagação. Constatar que o Conad, nessa deliberação, reconhece a liberdade de religião, acata-a e confere-lhe primazia enquanto direito básico. De outra, cabe indagar se é correta a conclusão de estabelecer mecanismos de controle a partir da premissa de que **outro** uso (*ayahuasca* associada com maconha) tem indicado causar consequências negativas. Como as denúncias de uso inadequado ou descontextualizado continuariam, o Conad retomaria a questão dois anos depois, pelo que, para evitar repetição, abordaremos no item seguinte tais questões.

Conad 2010

Como relatado em *Daime*, 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,

60 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>

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, dando pela legitimidade do uso religioso da *ayahuasca*.

Como deve ser compreendida a Resolução 1/2010? Houve inovação na situação jurídica da *ayahuasca*? Nos considerandos da Resolução Conad 1/2010, constou a informação de que a ONU, por meio do INCB (International Narcotic Control Board), decidiu que *ayahuasca* e os vegetais que a integram não são objetos de controle internacional. Que isso significa? Que, doravante, *ayahuasca*, no Brasil e no mundo, é bebida que não se submete a controle algum, estando liberada em todos os âmbitos e usos? Se isso é verdadeiro, para que serviria a Resolução, ao regulamentar uma bebida não sujeita a controle e regulamentação?

A Resolução tem três artigos. No primeiro, determina a publicação do Relatório GMT, dispondo que **“este relatório é parte integrante da Resolução”**; no segundo, manda dar ampla publicidade aos conselheiros do Conad e às instituições que representam, para “observância, pelos órgãos da Administração Pública, das decisões do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas - Conad sobre normas e procedimentos compatíveis com o uso religioso da *ayahuasca* e dos princípios deontológicos que o informam”; o terceiro se limita a enunciar que entra em vigor na data de sua publicação, não demandando maiores esclarecimentos. Examinemos os dois dispositivos, iniciando pelo segundo artigo.

O segundo artigo deve ser compreendido em sua gênese jurígena. A Lei n. 11.343, de 24 de agosto de 2006 (DOU), instituiu, no art. 1º, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad, dispondo que tal sistema tem, entre outras, a finalidade de organizar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas (art. 3º, I e II). O art. 7º dispôs que a organização do Sisnad assegura a **orientação central** e será definida em **regulamento**. Segundo a Constituição Federal, a competência regulamentar cabe ao Presidente da República, nos termos do art. 84, IV e VI, que, por sua vez, promulgou o Decreto 5.912, de 28 de setembro de 2006 (DOU). Sobredito Decreto, em observância à Lei n. 11.343/06, que determinou uma **orientação central**, fixou o Conad como órgão de cúpula e, instrumentalizando essa posição hierárquica superior do Conad, estatuiu o **caráter vinculante** de suas deliberações frente aos demais órgãos do sistema (art. 10, §1º⁶¹). A Resolução, no art. 2º, ao dar ciência para observância dos órgãos da Administração, densifica, em grau maior, a norma que tem seu fundamento de validade na Constituição Federal, na Lei 11.343/06 e no Decreto 5.912/06, repisando que os demais órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal devem agir em consonância com o disposto na Resolução. Em consequência, órgão do Ministério da Saúde, a Anvisa, ou a Polícia Federal, Estadual (Civil e Militar) não podem agir em desconformidade com a Resolução 1/2010, quando o assunto for *ayahuasca*, ou seja, não podem tomar medidas administrativas contra pessoas ou entidades que façam o **uso religioso** ali delineado e caracterizado.

Já o primeiro artigo tem a finalidade de **integrar** o Relatório GMT/Conad à Resolução, dando a ele obrigatoriedade. Para compreendê-lo em sua inteireza, é preciso também recapitular seu fundamento de validade, no âmbito de um ordenamento jurídico escalonado, que prevê normas inferiores e superiores.

3.2.1 A legislação

Extrai-se da Constituição Federal, a partir da leitura dos incs. XLIII, LI do art. 5º, e dos arts. 144, §1º, II, 243, parágrafo único, a opção

61 Já existia disposição semelhante no Decreto 85.110/81, que regulamentava a Lei 6.368/76. **Vide nota 55.**

por uma política legislativa proibicionista, embora tenha deixado largas margens ao legislador infraconstitucional para regular a matéria. Já assentamos que nesta hipótese há relativo consenso (senão unanimidade) quanto ao objetivo político de evitar a dependência, o abuso de drogas, e grande divergência quanto à política pública a ser adotada e sua intensidade, cabendo ao Congresso decidir sobre o assunto enquanto instituição vocacionada constitucionalmente para deliberações majoritárias, garantindo voz aos diversos segmentos com opiniões divergentes (para evitar repetição, vide *Deliberação majoritária, questão de política e drogas*, supra). Em sede infraconstitucional, há duas referências necessárias. A primeira é a Convenção de Viena de 1971, subscrita pelo Brasil e incorporada ao ordenamento nacional pelo Decreto Legislativo n. 90, de 5 de dezembro de 1972 e pelo Decreto 79.388, de 14 de março 1977. Esta Convenção foi recepcionada⁶² pela Constituição Federal de 1988 e, por meio dela, o Brasil se obrigou a **reprimir** as substâncias psicotrópicas arroladas em cinco listas.

Por esse tratado, os países se **obrigam a: I) proibir todo** o uso das substâncias incluídas na Lista I, na qual consta o DMT, presente na *ayahuasca* (art. 7º, alínea *a*); e II) **tipificar** como delito punível a conduta contrária à lei proibitiva (art. 22, §1, *a*). O Brasil, 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. As sucessivas leis brasileiras representam o cumprimento da Convenção por parte do Governo Brasileiro.

A segunda referência legislativa é a atual Lei 11.343/06, que proíbe o uso das substâncias psicoativas (art. 2º, *caput*), estatui a política de drogas no Brasil e conceitua, para fins legais, o que é droga, bem como tipifica as condutas delituosas. Calha aqui rememorar todas as observações feitas em relação à deliberação majoritária voltada para atingir um objetivo

62 **Recepção** é o recebimento, como válidas, de normas editadas sob regramento anterior que não sejam explícitas ou implicitamente ab-rogadas pelo novo ordenamento (BOBBIO, 1997, p. 177).

político ou **propósito** de toda lei, expostas no item *Deliberação majoritária, questão de política e drogas*.

Essas duas normas consubstanciam o referencial legislativo acerca da questão, ao estabelecerem a **regra da proibição** do uso de substâncias psicoativas que enumeram, sob **dois regimes**: administrativo e penal. Há substâncias que se submetem ao controle administrativo (necessidade de notificação, controle de estoque, escrituração, pessoas indicadas para manuseio e preparo etc.); outras se submetem **também** à tutela penal. O descumprimento pode acarretar, conforme a substância, sanção administrativa (art. 98, Portaria Anvisa SVS/MS) e/ou penal. Todavia, tanto a Convenção de Viena (art. 32, §4º) como a Lei n. 11.343/06 (art. 2º) preveem exceção à regra proibitiva para o uso religioso de plantas que contenham substâncias psicoativas listadas como proibidas.

É importante lembrar que, ao excetuar o uso religioso, aquelas normas apenas trazem para o plano legislativo expresso a exceção genérica implícita em toda norma, ou seja, que o uso incapaz de ofender o valor tutelado por ela, inidôneo para violar seu **propósito**, **não** é objeto de sua incidência, como o Governo reconheceu nas decisões anteriores (quando não havia a exceção legislativa nem se cogitou da exceção prevista no Convenção de Viena). Conforme expusemos no item o **propósito da norma proibitiva**, o uso tradicional é mesmo **anterior** à própria Convenção Internacional, que reverberou aquilo que nossas convicções e práticas já aceitavam. Aqui se faz explícita menção à **exceção legislativa** porque a própria Resolução 1/2010 referiu àquelas normas como fundamento jurídico (GMT, p. 7).

A Resolução Conad 1/2010 disciplina no art. 1º o uso religioso a que a Lei se refere enquanto exceção. A Lei menciona uso ritualístico-religioso mas **não esclarece quem** deve reconhecer tal uso nem o que é esse uso e **quais suas características**. Nos Estados Unidos, em relação ao peiote, o Congresso Americano reconheceu que o uso do peiote pelos nativos, em cerimônia religiosa, não deve ser objeto de repressão (Ato de Restauração da Liberdade Religiosa, com as alterações de 1994). No Brasil, em razão da história institucional, o Confen/Conad foi quem assumiu a competência para esse reconhecimento.

A questão então pode ser assim reformulada: a regra é a proibição das substâncias psicoativas indicadas, e a exceção é o uso religioso. Mas o que é o uso religioso? As decisões anteriores do Conad não forneciam resposta a essa pergunta. Substancialmente, o Confen/Conad ao longo dos anos reconheceu que as práticas investigadas configuravam uso religioso, mas não forneciam elementos para diferenciar de outras práticas que poderiam ser caracterizadas como não religiosas.

O Governo brasileiro, por meio do Conad, não disse o que é uso religioso. Convocou as entidades para um seminário que elegeu representantes dos mais diversos segmentos doutrinários, integrando-os a um Grupo Multidisciplinar de Trabalho, com a finalidade de dizer o que, para elas, entidades religiosas, é uso religioso.

Podemos agora compreender o art. 1º da Resolução 1/2010: ele complementa o sentido da Lei n. 11.343/06, ao esclarecer o uso religioso ali previsto (art. 2º) como **excluído** do âmbito de incidência da proibição.

De fato, o relatório final do 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. Grifo nosso).

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) (Grifo nosso).

A Resolução Conad n. 1/2010, integrada pelo Relatório GMT, elenca 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).

A Resolução Conad 1/2010, além de não romper com as decisões anteriores, com a história institucional de respeito ao uso religioso, vai além do que até então havia sido decidido pelo órgão, aprofundando e delimitando o tema em face das dificuldades e desafios impostos pelos novos usos para equacionar o seguinte questionamento: se o uso religioso é permitido e outros usos são proibidos, **como diferenciá-los** para fazer incidir a norma proibitiva sem afronta à norma permissiva? Consideremos que agentes do Estado se deparem com um caminhão transportando milhares de litros de *ayahuasca* da Amazônia para distribuição em diversos pontos do País⁶³. Devem apreender o produto e fazer o flagrante de seu condutor por transporte de substância proibida? Este fato se inclui dentro do uso ritual permitido? (Retomaremos esse ponto adiante).

No âmbito de um discurso jurídico válido, e em harmonia com as decisões anteriores e a história institucional do próprio Confen/Conad, pode-se afirmar que a Resolução 1/2010 retira da incidência da Lei n. 11.343/06 o uso religioso nela delineado. Inversamente, o uso de *ayahuasca* fora dos contornos nela traçados expõe-se às consequências jurídicas previstas nessa lei. Implica, por exemplo, que alguém apanhado comercializando *ayahuasca*, anunciando-a na internet para pagamento à vista ou no cartão de crédito, associando-a com *Cannabis sativa*, incorre em ilegalidade porque a **regra** é a proibição do uso, nos termos da legislação. Essa proposição é correta? Ou seja, aceito o uso religioso como sendo legítimo, é correto inferir que **outro uso** de *ayahuasca* seja ilegal, como ora sugerido? Por quê?

A despeito dos argumentos já expostos, calha revisá-los pormenorizadamente.

63 Um caminhão transportando 9.700 l de *ayahuasca* e 4 mil quilos do cipó jagube foi apreendido pela Polícia Rodoviária, no Acre, dando origem a procedimento no IBAMA: SALES, Val. “Carga sagrada”. JORNAL PÁGINA 20, Rio Branco – Acre, 8.12.2004, política. Disponível: <http://pagina20.uol.com.br/10122004/p_0410122004.htm> Acesso em 23.05.2010.

3.2.2 Uso não religioso – *ayahuasca* é proibida?

A Lei n. 11.343/06 proibiu o uso de drogas, definindo estas como (art. 1º, parágrafo único) “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em **lei** ou relacionados em **listas** atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Dimetiltriptamina (DMT) consta da Lista I da Convenção de Viena e também na lista F (substâncias proibidas) da Portaria Anvisa SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998⁶⁴.

DMT então é substância proibida. *Ayahuasca* contém DMT, e, assim, estaria sujeita ao controle governamental, incorrendo nas sanções previstas na Lei 11.343/06, conforme o caso: se alguém é flagrado usando-a, ter-se-á o delito previsto no art. 28, crime para o qual não se comina pena de prisão nem se impõe prisão em flagrante (art. 48, § 2º); se produz, comercializa, guarda etc., expõe-se à sanção do art. 33, com imposição, **em tese**, da prisão em flagrante (retomaremos o tema logo a seguir).

Essa conclusão tem recebido várias objeções. Labate as resume (2005, p. 404/407). *Ayahuasca* é um preparado, bebida contendo várias substâncias, inclusive DMT, e a sua elaboração não se destina a isolar ou purificar o DMT; ele é parte de um composto; a quantidade de DMT presente na *ayahuasca*, de *per se*, é abaixo da quantidade oralmente necessária para sua ativação. Testes indicam que seria necessária a ingestão de 1000mg de DMT para que seus efeitos fossem ativados. Um copo de *ayahuasca*, dose geralmente utilizada, contém em torno de 180mg de DMT, muito abaixo daquele mínimo para ativá-lo⁶⁵ (MCKENNA, 2004, p. 114-115); além disso, várias outras plantas (mais de duas centenas) contêm DMT, presente também no corpo humano e no tomate, por exemplo, sendo operacionalmente impossível cumprir norma que determine a proibição de DMT em qualquer quantidade. Por fim, a manifestação do INCB, sobre a *ayahuasca*, proclamando que não se submete a controle internacional, sugerindo ampla liberação.

64 A portaria Anvisa SVS/MS 344 foi atualizada pela RDC ANVISA 40, de 15.07.2009 (DOU 16.07.2009). Disponível: http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/controlados/rdc40_atualizacao30.pdf. Acesso em: 18 abr. 2010.

65 Labate (2005, p. 405) também aborda o tema.

Essas objeções superestimam algumas nuances da questão e ignoram outras.

O fato de ser um preparado ou composto **não** afasta a incidência da norma. A Convenção de Viena (repise-se, **lei** no Brasil), diz que **preparado** é qualquer solução ou mistura, em qualquer estado físico, que contenham **uma** ou mais substâncias psicotrópicas (art. 1º, f, I), e, adiante, no art. 3º, § 1º, dispõe que “um preparado está sujeito às mesmas medidas de controle que a substância psicotrópica nela contida, e se tiver mais de uma substância, às medidas aplicáveis à substância cujo controle for mais severo.” Logo, a alegação de que é apenas um preparado ou só um composto não exclui a incidência da norma proibitiva.

O argumento de que a quantidade usual e oralmente ingerida da *ayahuasca* é insuficiente para ativação do DMT despreza certos aspectos farmacológicos com efeitos jurídicos. É certo que, se dado produto ou planta não contiver o mínimo do princípio ativo, será ineficaz para produzir os efeitos que lhe são próprios, e, portanto, não terá potencial para violar o propósito da norma, caracterizando-se como conduta atípica, como sedimentou a jurisprudência⁶⁶.

Em suma, se efetivamente o DMT presente na *ayahuasca* fosse insuficiente para produzir seus efeitos, o argumento teria pertinência. Mas esse não é o caso. Desde Rivier e Lindgren, já em 1972, o DMT foi identificado como o princípio ativo da *ayahuasca*, descoberta confirmada por pesquisas posteriores⁶⁷. Também restou esclarecido, desde então, que o DMT, efetivamente presente em dose reduzida, é potencializado pela sinergia com betacarbolinas (harmina, harmalina e tetrahydroharmina) presentes no cipó *Banisteriopsis caapi* e na própria *ayahuasca*⁶⁸. Assim, tanto faz a ingestão de 1000mg de DMT puro quanto de 100mg (ou quantidade

66 Confira-se (THC é princípio ativo da maconha, responsável por seus efeitos): “posse de entorpecente – delito não configurado – ínfima porção de maconha apreendida em poder do acusado – THC inócuo para produzir dependência física ou psíquica – absolvição decretada” (RT 594:331); “posse de entorpecente – delito não caracterizado – quantidade insignificante de maconha apreendida em poder do acusado – material com *percentagem de THC muito inferior a 1%, inexpressiva* em termos de princípio ativo do tóxico – absolvição decretada”(RT 596:313). Grifo nosso.

67 O Parecer SILVA SÁ 1987 levou em consideração RIVIER.

68 McKenna (2004, p. 114 e 115); Labate (2005, p. 405). Santos (2007, p. 3-4), ao revisar o tema, faz interessante atualização bibliográfica.

menor) associado com substância capaz de potencializar seus efeitos ou permitir maior absorção pelo organismo. A menor quantidade pode ser compensada pelo(s) agente(s) maximizador(es) de seus efeitos.

No tópico **propósito da norma**, supra, destacamos que o propósito da norma, ou o valor que ela visa tutelar, é o objetivo político que lhe justifica. No caso de drogas, o propósito da norma é proibir a circulação de substâncias que, em tese, atentem contra o bem tutelado **saúde**, e DMT foi listado como tal. Também ali assentamos que se dada conduta não tem o potencial para violar o bem protegido por uma norma, não há sentido em sancionar-lhe; mas se um preparado, a despeito de ter reduzida quantidade de dada substância, **mantém** os efeitos próprios desta substância, então o preparado incorre na vedação prevista na Lei. Nesse eito é que não se deve proibir o consumo de tomate, por exemplo, a despeito de conter DMT: esse vegetal, sozinho ou acompanhado de alface, azeite e palmito, é altamente nutritivo, mas não induz efeito psicoativo substancial algum, pois aquele acompanhamento (ou outro, de que se possa ter notícia) **não potencializa** os efeitos do DMT nele contido (*mutatis mutandis*, as gramíneas que contém DMT em proporções infinitesimais). O erro do argumento está exatamente em desconsiderar o **propósito** da norma: não se quer evitar a substância, mas seus efeitos, em tese, danosos, da mesma forma que não se pune quem é encontrado guardando arma de uso restrito das forças armadas, por mera recordação, como exemplificado no HC 96.532, STF.

Por fim, que consequência devemos extrair da declaração do INCB sobre a *ayahuasca*, ao dizer que, tal como elaborada, não se submete a controle internacional? Exatamente essa, e nem uma a mais: que *ayahuasca* não deve ser objeto de controle internacional; as agências internacionais não devem envidar esforços para sua repressão. Só isso. A declaração, emitida para responder à consulta feita pelo Governo holandês, não vincula país algum, pois, nos termos do art. 23 da Convenção de Viena: “Uma parte [País] poderá adotar medidas de controle mais estritas ou mais severas do que as previstas na presente Convenção, se, em sua opinião, forem convenientes ou necessárias à proteção da saúde e bem-estar públicos”. Por certo que é uma diretriz interpretativa, pois pode nortear as ações repressivas dos órgãos policiais diante de outras substâncias que, pelo dano social e político que causam, demandam maior atenção dos Governos.

As objeções à inclusão da *ayahuasca* (em razão do DMT) à tutela da lei penal são inspiradas por duas lógicas. Uma relativa ao referencial político antiproibicionista, e parte da ideia de que é errado o Governo restringir a liberdade das pessoas, interferindo na sua autonomia, ou, também, que há outras formas de lidar com a questão que causam menos danos do que a proibição criminalizada. Porém, esse debate tem seu *locus* apropriado (embora não exclusivo) na arena política, especialmente junto ao Congresso; no espaço político é que devem ser demonstrados os eventuais erros da atual política de drogas, atualizando a legislação. Se alguém diz que a maconha é menos danosa do que o tabaco e o álcool (em razão dos milhares de vítimas destes) e, portanto, deve ser igualmente liberada, que assim sustente, indicando as pesquisas, os dados que lhe impulsionam; da mesma forma, caso se acredite que a *ayahuasca* não oferece maiores riscos e que seu uso deve ser liberado, que assim se defenda. Mas não se pode ignorar que uma opção constitucional e legislativa foi feita, dentre várias possíveis.

A outra lógica relaciona-se com o baixo potencial de dano da *ayahuasca*. Como se ilustrou, o fato de ser bebida psicoativa, cujos efeitos levam à introspecção e provoca visões, não recomenda sua ingestão em qualquer lugar, quantidade, ou de qualquer modo. Isso observado, isoladamente é bebida que não induz tolerância nem dependência; guarda abissal distância das drogas de abuso, como cocaína, *crack* e heroína, quanto aos efeitos desarticuladores da personalidade; não tem se revelado como alvo intenso de uso recreativo e, também, não tem dado azo ao contexto marginal que caracteriza aquelas outras substâncias quanto à produção, distribuição, disputa de espaços entre traficantes, ação policial etc. Todos esses aspectos sugerem que a resposta penal à *ayahuasca*, mesmo nos casos de uso recreativo e não ritual, no mínimo **deveria ser** diferente da resposta estatal dada àquelas outras substâncias.

Todavia, **temos lei**, editada em ambiente político democrático e, em princípio, hígida constitucionalmente. Isso não significa concordar, como dissemos alhures, com o tratamento legal. Uma coisa é o que se pretende, aquilo que se deseja enquanto ordem jurídica e política; outra coisa, bem diversa, é o que se tem enquanto marco normativo. O embate

por mudanças pode e deve ocorrer também no âmbito jurídico, e ocorre, mas sob um discurso comum e linguagem competente que permitem o diálogo, a divergência e a superação.

Há outra linha argumentativa, agora com roupagem acentuadamente jurídica, manejada para justificar a liberação total da *ayahuasca*, que pode ser assim resumida: a *ayahuasca*, embora tenha efeitos psicoativos advindos do DMT, é absolutamente inofensiva e inócua e, portanto, pode ser liberada para outros fins que não o religioso, como por exemplo, fins terapêuticos, teatro, pintura, dança etc. Esse argumento merece exame diante do que afirmado, linhas atrás, sobre o propósito da norma: que se dado uso não oferece risco ao objeto tutelado pela norma, não há sentido em censurá-lo; se *ayahuasca* é inócua, não há sentido em proibi-la ou restringir seu uso ao ritual.

Precisamos fazer algumas distinções. Uma bebida liberada é uma bebida de livre consumo; que pode ser vendida em supermercados e lojas, sem restrições; que pode ser produzida industrialmente e consumida de qualquer modo, a qualquer tempo; que pode ser comercializada em caminhões-tanques ou em embalagens de 250 ml ou 2 litros. Suco de laranja é de livre consumo. Crianças, velhos, doentes mentais podem beber fartamente. E depois podem trabalhar, praticar esportes, estudar, operar tratores, serras elétricas, fios de alta tensão, conduzir veículos, tomar remédios, estudar.

Entretanto, é improvável que alguém aceite entrar em avião depois de ver o piloto ingerir um copo de *ayahuasca*; ou submeter o próprio filho a delicada cirurgia cerebral sob a responsabilidade de um médico neurologista sob o efeito de *ayahuasca*; tampouco se aceita, como regra, farmacêutico preparar algum remédio, sob o efeito de *ayahuasca*, dosando substâncias que deixam de ser remédio e passam a ser veneno em razão de miligramas. Esses exemplos, entre vários outros, nos sugerem algo. Que *ayahuasca* deve ter algum tipo de restrição, e que não é todo uso que se revela seguro. A percepção de que a *ayahuasca* deve ser sim submetida a algum controle é detectada mesmo em quem advoga um antiproibicionismo puro. No texto *a páscoa sangrenta*, Carneiro (2010) sustenta a legitimidade de outros usos para *ayahuasca*, além do uso religioso, mas concomitantemente reconhece a

necessidade de que deve existir sim “algum critério de controle e de regulamentação a ser formulado”.⁶⁹

Quais são os usos seguros de *ayahuasca*? *A priori*, não se pode relacioná-los. As investigações científicas e governamentais confirmaram um: o religioso, respaldado em décadas e décadas de uso. Pode haver outros? É muito provável que sim. Se um artista plástico resolve pintar sob o efeito de *ayahuasca* o dano potencial, no máximo, limitar-se-á a um quadro confuso e ao estrago de tintas. Mas se o Estado liberar para o artista plástico, deverá, então, por isonomia, liberar a venda em escolas, supermercados, quermesses, bares e discotecas.

Podemos retomar o raciocínio do ponto onde interrompido: DMT é substância sujeita a controle; *ayahuasca* contém DMT (ativo) e, portanto, em princípio submete-se a controle governamental enquanto decisão política, sujeita à deliberação majoritária. Contudo, o uso religioso está excetuado daquele controle, e esse uso é o descrito na Resolução Conad 1/2010. O art. 1º da resolução tem assim dupla função: vincular os demais órgãos da Administração aos seus termos; excluir o uso religioso da *ayahuasca* da proibição, sujeitando os demais usos à incidência da lei penal incriminadora.

3.2.3 A impossibilidade da prisão em flagrante

Calha um esclarecimento. A Lei 11.343/06 não impõe o flagrante na hipótese de uso (art. 48, §2º), mas autoriza a prisão em flagrante nas demais figuras penais ali descritas (compra, venda, estoque, transporte etc.). Em se tratando de *ayahuasca*, e a despeito da permissão legal, o flagrante não se imporá, ou pelo menos, dificilmente haverá condições de ser lavrado. Em regra, o delito relacionado à droga é considerado **permanente** (STF: RTJ 78/682, STJ: HC 11.222/MG), ou seja, a consumação se protraí no tempo, autorizando a prisão em flagrante. Mas, em se cuidando de *ayahuasca*, a autoridade policial não terá, de imediato, elementos para verificar se a *ayahuasca* com que se depara constitui uso religioso ou não, e a verificação

69 “Por isso tudo, também acho que o argumento do direito de uso religioso da *ayahuasca* só é válido se esse direito não for exclusivo. Devemos defender também o direito de utilização laica, em contextos diversos, psicoterapêuticos ou estéticos, filosóficos ou psiconáuticos, com algum critério de controle e de regulamentação a ser formulado.”

dependerá de elementos que dificilmente estarão à sua disposição com facilidade. Ter-se-á um crime de **tipo aberto**⁷⁰ em face dos **elementos normativos**⁷¹ que reclamam pesquisa e preenchimento, e será equiparado ao **delito habitual**, quanto à dificuldade para demonstração da conduta típica para fins de flagrante (MIRABETE, 2002, p. 756/7). Religião tem a máxima proteção constitucional (arts. 5º, VI e 19, I CF), configurando crime impedir ou perturbar cerimônia ou prática religiosa, ou publicamente ato ou objeto de culto religioso (art. 208, CP), “que se reveste de posição preferencial e da presunção de legitimidade, de modo que o Estado é que deverá provar o uso não-ritual.”

Dois exemplos. A Resolução Conad 1/2010 distinguiu o uso **religioso** da *ayahuasca* do uso **terapêutico**, proclamando que o uso terapêutico é privativo de profissional habilitado (itens 35/38, GMT)⁷². A cura de alguém, eventualmente obtida, é compreendida como resultado da fé, da mesma forma que pode resultar de uma missa católica, de um culto evangélico, de um ritual para *lemanjá* à beira-mar, de rito num terreiro de candomblé etc.; cura como resultado de um milagre divino, para quem assim acredita. Se uma pessoa estiver doente e for a uma missa católica ou participar de uma novena e ali obter uma cura para sua enfermidade, aquele ritual

70 Diz crime de tipo aberto aqueles “que não apresentam a descrição típica completa. Neles, o mandamento proibitivo não observado pelo sujeito não surge de forma clara, necessitando ser pesquisado pelo julgador no caso concreto. São exemplos [...] delitos cuja descrição apresenta elementos normativos (‘sem justa causa’, ‘indevidamente’, ‘sem as formalidades legais’ etc.): casos em que a tipicidade do fato depende da ilicitude do comportamento, a ser pesquisado pelo julgador em face de normas de condutas que se encontram fora da definição legal” (JESUS, 1999, p. 221).

71 Os delitos são definidos mediante tipos penais, que descrevem a conduta vedada, e, geralmente, são caracterizados pelo caráter descritivo. No tipo **matar alguém** o juiz não tem necessidade de emitir juízo algum. Mas, no crime de furto (art. 155, CP: subtrair coisa alheia móvel), o juiz deve, preliminarmente, definir se o que foi subtraído é **coisa**, é **alheia** e se é **móvel**, noções que não são compreendidas materialmente, mas espiritualmente, a partir de um juízo de valor. (Idem, p. 276).

72 O GMT e o Conad não regularam, nem poderiam, as pesquisas médicas ou o exercício da atividade médica, objeto de regulamentação por outros órgãos; apenas enfatizaram que as entidades religiosas bem distinguem o ato religioso, o ato médico e a pesquisa científica. Os principais textos sobre pesquisa científica envolvendo humanos são: Código de Nuremberg, de 1947, Declaração dos Direitos do Homem (1948), Declaração de Helsinque (1964 e alterações de 1975, 1983 e 1989), Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos (CIOMS/OMS 1982 e 1993) e as Diretrizes Internacionais para Revisão Ética de Estudos Epidemiológicos (CIOMS, 1991). No Brasil a referência obrigatória é a Resolução 196, de 10/10/1996, do Conselho Nacional de Saúde, D.O.U.: 16/10/1996, que condensa as normas aplicáveis à pesquisa com seres humanos. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_96.htm> Acesso em: 20 abr. 2010.

não pode ser rotulado como terapêutico ou medicinal, no sentido técnico que se atribui a essas palavras. No mesmo compasso, os praticantes não estabelecem uma relação mecânica de causa e efeito entre o ato de tomar *ayahuasca* e eventual cura de alguma enfermidade, tal como existe, por exemplo, entre um antitérmico e a febre; eventual cura é atribuída a fatores religiosos, e não farmacológicos⁷³. Essa visão das entidades ayahusqueiras se harmoniza com o discurso dos praticantes de que não visam um efeito farmacológico, químico da bebida, mas sim um resultado religioso. Daí porque as entidades não reconheceram a adoção de *ayahuasca*, no âmbito religioso, exclusivamente para cura, terapia ou tratamento de doenças, característico da ciência médica e que constitui ofício médico, privativo dos profissionais habilitados, e, especificamente em relação à *ayahuasca*, quando e se aprovado por pesquisas científicas, observados, ainda, os protocolos metodológicos e éticos apropriados⁷⁴.

O Conad e o GMT não proibiram o uso terapêutico de *ayahuasca* nem regularam sua pesquisa. A arte médica tem sua própria regulamentação e veda os procedimentos e técnicas sem respaldo em pesquisas, em respeito à dignidade da pessoa humana, porque o homem não pode ser transformado em objeto de experimentalismo, ainda que a título de ciência. Por sua vez, a pesquisa científica, especialmente a partir do holocausto judaico (que deu origem ao Código de Nuremberg, de 1947), sofreu severas críticas e se organizou em mira daquele princípio (a dignidade da pessoa humana). Um psiquiatra ou um psicólogo que usa *ayahuasca* para acessar, hipoteticamente, conteúdos do inconsciente viola, com seu ato, simultaneamente, duas normas: a que veda o uso de *ayahuasca* fora do âmbito religioso e as regras éticas e profissionais de seu ofício, pois o uso de *ayahuasca* ainda não é reconhecido como terapia

73 A circunstância de os praticantes não focarem algum efeito farmacológico da bebida não impede que de fato exista algum efeito farmacológico benéfico. Imaginemos que os praticantes atribuam a cura de um dependente de drogas a fatores espirituais, imponderáveis. De um ponto de vista médico, é possível conjecturar que a cura da narcodependência tenha sido resultado do simples reencontro familiar propiciado pela igreja, e não pela bebida; como é possível que a cura seja resultado sim de algum componente químico da *ayahuasca*. Poderíamos aplicar o mesmo raciocínio à depressão. Importa que as entidades distinguem o discurso médico do religioso, e não consideram *ayahuasca* substância, em si mesma, capaz de remediar todos os males.

74 É exemplo pesquisa, realizada pela USP, sobre a ação da *ayahuasca* no tratamento de depressão. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u469235.shtml>. Acesso em: 27 abr. 2010.

e, portanto, caracteriza-se como pesquisa⁷⁵. Poderá, todavia, fazê-lo a título de pesquisa, observado o protocolo ético previsto na Resolução n. 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, que preserva os interesses do sujeito da pesquisa.

Consideremos agora a hipótese de uma denúncia envolvendo um profissional médico, um psicólogo ou um “centro terapêutico” que ministre *ayahuasca* a título de tratamento. A autoridade policial não poderá, de imediato, impor o flagrante, porque o fato contém **elementos normativos** que demandam, além da necessária manifestação do denunciado, esclarecimentos e investigação: trata-se de terapia ou ritual? Segue-se uma doutrina religiosa, um ritual? Há seguidores? Se o investigado assume tratar-se de terapia, identificando-se como médico psiquiatra ou psicólogo: aquela terapia observa a técnica médica e é aprovada enquanto tal pelo Conselho Federal de Medicina? E se é pesquisa, a que instituição está vinculada? Houve submissão ao Comitê de Ética em Pesquisa - CEP⁷⁶, em razão de envolver pesquisas com seres humanos (Resolução 196/96, Conselho Nacional de Saúde)?

Outro exemplo. Consideremos os vários anúncios de venda de *ayahuasca* na internet e imaginemos que investigação preliminar resulte na identificação e localização de quem assim comercializa. Ainda nesse caso, a autoridade policial deverá colher elementos para bem caracterizar o uso não religioso: a *ayahuasca* é produzida sob responsabilidade de uma igreja de fato (templo, calendário, rituais etc.) ou só de fachada (prédio sem funcionamento, sem doutrina, sem membros, sem calendário etc.); há membros ou filiados, farda; *ayahuasca* é vendida indiscriminadamente, para qualquer pessoa, ou somente para igrejas; nesta hipótese, diante do princípio da sustentabilidade, insculpido na Resolução 1/2010, pelo qual as igrejas devem produzir sua própria *ayahuasca*, que justificativa

75 Resolução n. 196/96 – Conselho Nacional de Saúde: III.2 - Todo procedimento de qualquer natureza envolvendo o ser humano, cuja aceitação não esteja ainda consagrada na literatura científica, será considerado como pesquisa e, portanto, deverá obedecer às diretrizes da presente Resolução. Os procedimentos referidos incluem entre outros, os de natureza instrumental, ambiental, nutricional, educacional, sociológica, econômica, física, psíquica ou biológica, sejam eles farmacológicos, clínicos ou cirúrgicos e de finalidade preventiva, diagnóstica ou terapêutica.

76 Resolução 196/96, CNS: VII – COMITÊ DE ÉTICA EM PESQUISA-CEP – **Toda pesquisa envolvendo seres humanos deverá ser submetida à apreciação de um Comitê de Ética em Pesquisa.**

é apresentada etc. Além desses esclarecimentos, impõe-se, ainda e necessariamente, a manifestação da pessoa acusada, de sorte que somente em inquérito instaurado por portaria será possível, com segurança, a perfeita identificação dos elementos distintivos do uso religioso, permitido, do uso recreativo e não ritual, proibido.

Dito isso, podemos concluir que a Resolução Conad 1/2010, ao levar em consideração as decisões anteriores do órgão que permitiram a continuidade da prática religioso ao longo do tempo, ao dar à liberdade religiosa prioridade discursiva, e fixar critérios distintivos que permitem isolar o uso religioso, permitido, do uso não religioso, proibido pela norma penal, mostra-se amplamente justificada.

3.3 *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, onde 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 enquanto 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 recreacional da *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. 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 mesalina (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 dito pelo 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 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.**), teve, em larga medida, uma 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 vedado. 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 sustenta 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.

Hoasca se revela uma decisão justificada no âmbito de um discurso público entre iguais, sendo essa uma prova de que o pluralismo, no final das contas, é protegido pela Constituição.

Considerações finais

Aceitar a noção de que queremos constituir uma sociedade bem ordenada a partir de princípios de justiça aos quais podemos aderir como cidadãos moralmente capazes, livres e iguais, implica atribuir a si e aos outros direitos básicos que balizarão o uso legítimo do poder coercitivo público. Esses direitos são pressupostos para a deliberação política democrática, e, *ipso facto*, são protegidos da exclusão no debate público. Representam meio e linguagem comum adequada para expor e harmonizar controvérsias, permitindo a inclusão e o reconhecimento de grupos minoritários subjugados. Gozam de prioridade lexical e ostentam posição de supremacia nos discursos políticos acerca da legitimidade do poder,

apesar de não serem absolutos. São trunfos, limiares argumentativos a exigir densa e qualificada justificação para afetação.

É um objetivo político válido, passível de consenso, evitar a dependência ou os danos causados por substância psicoativa. A profunda divergência quanto aos meios e limites da política destinada a buscar aquele objetivo é resolvida através de uma escolha majoritária pelos órgãos de deliberação política, que terá tanto mais legitimidade quanto mais transparente for o debate e a liberdade para a exposição das várias opiniões, não existindo, *a priori*, condicionantes à implementação de dada política. Nesse sentido, mostra-se razoável, sob o prisma político, a deliberação coletiva que escolhe uma legislação proibindo o uso de psicoativos com potencial de causar dependência e/ou de causar danos à saúde, sem prejuízo da continuidade do diálogo público sobre o tema e da possibilidade de mudanças voltadas para alcançar aquele objetivo.

Se a *ayahuasca* é reconhecida como elemento central de uma prática religiosa de boa-fé, originada de longa tradição ameríndia, seu uso, nesses limites, não pode ser reprimido pela legislação que proíbe o uso de psicoativos, porque a liberdade de religião, como direito básico, ostenta posição preferencial no discurso político, não podendo ser suprimida pela deliberação majoritária. Ante a posição de supremacia que ostenta a liberdade religiosa, somente a demonstração concreta de que o exercício da prática provoca danos sociais justifica a restrição governamental. Todavia, mostra-se lícito adotar medidas que evitem o uso não religioso da *ayahuasca*, como consequência e cumprimento da decisão majoritária que instituiu a política pública sobre substâncias psicoativas, sem prejuízo de sua rediscussão e, se o caso, inclusão de novas hipóteses de uso seguro sob a perspectiva social.

O uso legítimo do poder impõe a exposição de razões justificadoras para os atos que acarretam limitação às liberdades básicas, razões capazes de convencer principalmente os afetados pelos atos governamentais, porque aspiram universalidade e racionalidade e, por isso mesmo, podem resistir no diálogo público e livre entre iguais. O discurso jurídico competente, como se extrai de nossas práticas culturais, políticas e sociais, deve respeitar a diversidade e ter nos direitos básicos seu elemento decisivo de reconhecimento, ante a prioridade argumentativa. Aqueles

direitos somente se subordinam à razão pública, não reconhecendo a primazia antecipada do discurso médico-farmacológico ou qualquer outro, embora lhe reconheça a importância relativa.

O Estado de Direito, compreendido como aquele que se submete às leis criadas pelo povo para conter e regular o uso da força pública em benefício da coletividade, legitima sua existência e atos na racionalidade de suas decisões e na demonstração de que se lastreiam em razões públicas. Se investigações e pesquisas científicas não indicaram razões objetivas e válidas que justifiquem a limitação ao uso religioso da *ayahuasca*, e se essa premissa é correta e não encontra objeção, então o uso ritual daquela bebida é permitido no âmbito de uma comunidade de pessoas moralmente capazes, livres e iguais que se atribuem o mesmo respeito e consideração.

Novamente: a Constituição protege o pluralismo, no caso examinado.

Referências

ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. *Parecer sobre direitos humanos e religião*. Brasília, n/p. 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 9. ed., 1997.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Federal de Entorpecentes - Confen. Relatório final das atividades desenvolvidas pelo Grupo de Trabalho designado pela Resolução Confen n. 4, de 30 de julho de 1985. Sem data. Relator: Conselheiro Domingos Bernardo Gialluisi da SILVA SÁ. Brasília: Confen, 1987.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Federal de Entorpecentes - Confen. Parecer do Conselheiro Alberto Furtado RAHDE. Brasília: Confen, 1989.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Federal de Entorpecentes - Confen. Parecer datado de 2 de junho de 1992. Relator: Conselheiro Domingos Bernardo Gialluisi da SILVA SÁ. Brasília: Confen, 1992.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Federal de Entorpecentes - Confen. Parecer datado de 2 de junho de 1995. Relator: Conselheiro José Costa Sobrinho. Brasília: Confen, 1995.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Federal de Entorpecentes - Confen. Processo 08000.017948/96-21. Parecer sem data. Relator: Conselheiro Arnaldo MADRUGA. Brasília: Confen, 1997.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional Antidrogas – Conad. Resolução n. 26, de 31 de dezembro de 2002. DOU 1º de janeiro de 2003. Brasília: Conad, 2002.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional Antidrogas – Conad. Resolução n. 5, de 4 de novembro de 2004 (DOU 18.11.2004). Brasília: Conad, 2004.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional Antidrogas – Conad. Grupo Multidisciplinar de Trabalho – GMT. *Relatório* GMT de 23 de novembro de 2006. Publicado no D.O.U de 26.01.2010. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=57&data=26/01/2010>>. Brasília: Conad, 2006.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional Antidrogas – Conad. Resolução n. 1, de 26 de janeiro de 2010. Publicada no D.O.U de 26.01.2010. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=57&data=26/01/2010>>. Brasília: Conad, 2010.

_____. Justiça Federal. Seção Judiciária do Estado do Acre. Arquivo judiciário. Habeas corpus n. 1110, de 6 de dezembro de 1974. Impetrante: Océlio de Medeiros; impetrado: Diretor de Divisão da Polícia Federal/Acre; paciente: Leôncio Gomes da Silva. Rio Branco, Acre: Justiça Federal, 1974.

CARNEIRO, Henrique. *A páscoa sangrenta*. Disponível em: <<http://coletivodar.wordpress.com/tag/henrique-carneiro/>> Acesso em: 20 abr. 2010.

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

COHEN, Joshua. In: *Democracia deliberativa*. São Paulo, Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

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

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Estados Unidos da América. Suprema Corte. *Empoyment Div. v. Smith*, 494 U. S. 872 (1990). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=494&invol=872>>. Acesso em: 20 abr. 2010.

EISGRUBER, Christofer L. e SAGER, Laurence G. *Religious Freedom and the Constitution*. Cambridge, Massachusetts and London: 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: ED. 34, 2003.

JACQUES, Paulino. *A Constituição explicada*. São Paulo: Forense, 1970, p. 152/3.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

LABATE, Beatriz Caiuby. As religiões ayahuasqueiras brasileiras. In: LABATE, Beatriz Caiuby e ARAÚJO, Wladimir Sena (Orgs.). *O uso ritual da ayahuasca*. Campinas, Mercado de Letras, 2. ed., 1ª reimpr., 2009.

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

LABATE, Beatriz Caiuby. Dimensões legais, éticas e políticas da expansão do consumo da *ayahuasca*. In: LABATE, Beatriz Caiuby e GOULART, Sandra (Orgs.). *O uso ritual das plantas de poder*. Campinas: Mercado de Letras, 2005.

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

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 al. *Drogas e cultura: nova perspectiva*. Salvador, Edufba, 2008.

MARQUES, Luiz Guilherme. A Justiça e o Direito da Índia. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 160, 13 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4552>>. Acesso em: 14 mar. 2010.

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.

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

MIRABETE, Fabbrini Mirabete. *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 9. ed., 2002.

NEDEL, José. A Teoria da Justiça de John Rawls. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinícius Soares de Campos (Orgs.). *Novo manual de ciência política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

OGA, Seizi; ALMEIDA, Márcia Maria de; BANISTUZZO, José Antonio de Oliveira. *Fundamentos de toxicologia*. São Paulo, Atheneu Editora, 3. ed., 2008.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2003.

PECHANSKY, Flavio; DUARTE, Paulina do Carmo Arruda Vieira; DE BONI, Raquel Brandini (Orgs.). *Uso de bebidas alcoólicas e outras drogas nas rodovias brasileiras e outros estudos*. Porto Alegre: Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas-SENAD; 2010.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo, Martins Fontes, 3. ed., 2008.

SANTOS, Rafael Guimarães dos. *Ayahuasca: neuroquímica e farmacologia*. *Revista eletrônica Saúde Mental álcool e drogas*. v. 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 abr. 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.

SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo: A cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à constituição de 1988*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2008.

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

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

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. *Justiça liberal: argumentos morais contra o neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

_____. Democracia e Justiça. In: VITA, Álvaro de; BORON, Atilio A. (Orgs.). *Teoria e filosofia política*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

_____. *O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2. ed. 1999.

Impressão
Coordenadoria de Serviços Gráficos
da Secretaria de Administração do Conselho da Justiça Federal