

A (des) criminalização da cultura negra nos Códigos de 1890 e 1940¹

Jhonata Goulart Serafim²

Jeferson Luiz de Azeredo³

Resumo

Este trabalho tem como objetivo, através de uma abordagem histórica do direito, analisar quais as razões da criminalização da prática da capoeira no Código Penal de 1890, o primeiro da República brasileira. Além disso, compreender o contexto político, econômico e ideológico da época em que a problemática está inserida, para só então, num segundo momento analisar as mudanças efetuadas do Código de 1890 com relação ao atual Código repressor de 1940, evidenciando as razões fáticas e jurídicas que corroboraram para que a prática da capoeira deixasse de ser crime.

Palavras-chave: negro; criminalização; história; direito; Código Penal.

Abstract

This study aims, through a historical approach to the law, which analyze the reasons for the criminalization of the practice of capoeira in the Criminal Code of 1890, the first of the Brazilian Republic. Moreover, understanding the political, economic and ideological of the time when the problem is located, and only then, secondly to analyze the changes to the Code of 1890 with respect to the current repressive Code of 1940, showing the factual and legal reasons which confirmed that the practice of capoeira ceased to be offense.

Keywords: black; criminalization; history; law; Criminal Code.

Introdução

Neste trabalho procurou-se analisar o processo de criminalização da cultura Afro-descendente no Brasil, na vigência do Código penal republicano de 1890, relacionando-o às mudanças no ordenamento penal posterior, promulgado em 1940.

¹ Trabalho realizado com o apoio da PROPEX-UNESC, através do Projeto de Pesquisa (Modelo PIC 170 IX).

² Graduado em História e graduando em Direito pela UNESC. Endereço eletrônico: jhonata_goulart@hotmail.com.

³ Orientador do trabalho. Professor de Filosofia na UNESC, com mestrado. Endereço eletrônico: jeferson@unesc.net.

Na criminalização da cultura negra, expressa nos artigos repressivos do Código de 1890, os elementos principais são a capoeira e a expressão religiosa. Todavia aqui, dá-se ao elemento capoeira maior ênfase, tendo em vista maiores estudos acadêmicos para este, pois carece a expressão religiosa de maior subsídio de pesquisadores da história.

Esta pesquisa pretende fazer uma abordagem da história do Direito, e sobre este campo, tem-se como referencial teórico, a obra do professor Antônio Carlos Wolkmer (UFSC), autor de referência nacional em análise entre História e Direito, bem como das instituições jurídicas.

Na análise dos documentos, evidencia-se como primeiro questionamento, o(s) porquê(s) do governo brasileiro com ideais republicanos e democráticos teria criado um Código Penal antes de uma norma tão importante para a consolidação de uma nação como a Constituição? E, quais as mudanças no Código Penal de 1890 há em relação ao atual de 1941?

Em “História do Direito no Brasil”, Wolkmer explica que estudar História e o Direito “reveste-se hoje da maior importância, principalmente quando se tem em conta a percepção da normatividade extraída de um determinado contexto histórico definido como experiência pretérita que conscientiza e liberta o presente” (2002, p.12). Este estudo em um determinado tempo faz bem a sociedade, pois a ajuda a analisar os erros e aprender com eles, na busca por uma harmonia social.

Além disso, Wolkmer salienta que a história do direito precisa ser revista e neste momento reavaliada que

[...] que a meta é alcançar nova compreensão historicista que rompa com o culturalismo elitista e o dogmatismo positivista, permitindo que as múltiplas e diversas disciplinas históricas do Direito (História do Direito, História das Idéias e/ou do Pensamento Jurídico, História das Instituições) deixem de ter sentido apologético e ilusório da ordem tradicional dominante, adquirindo sentido desmistificador e libertário. (2002, p. 23).

Assim, critica os antigos historiadores do Direito pelo fato de estes somente estudarem pelo ponto de vista elitista, sem dar espaços para aquelas classes desprivilegiadas, bem como questiona a forma com que estes escreveram a história do direito de forma dogmática, positivista e formalista, sem abrir espaço para questionamentos e provocações críticas, apenas preocupadas em reproduzir e não analisar de forma crítica o porquê das criações e conduções dos ordenamentos jurídicos postos.

Analisa-se no trabalho de Antônio Wolkmer a opção por um procedimento metodológico histórico-crítico interdisciplinar, que em seus estudos,

[...] além de envolver a discussão sobre uma totalidade específica e regionalizada, pulverizada por conflitos sócio-políticos, contradições estruturais e mitificações institucionalizadas, busca instituir, igualmente, um quadro cultural de reordenação do Direito no conjunto das práticas sociais que o determinam. (2002, p.09).

Segundo o autor, quando se analisa um tema passado, é difícil não se utilizar de outras áreas do conhecimento para complementação da interpretação da realidade de um tempo determinado. Portanto, áreas como filosofia, sociologia, antropologia são essenciais para uma compreensão mais apurada do passado a ser reinterpretado.

Na pesquisa bibliográfica sobre o período histórico, têm-se as contribuições dos historiadores José Murilo de Carvalho, Boris Fausto e Gizlene Neder. No que tange ao suporte jurídico e códigos penais, as contribuições de Affonso Gama, José Pierangeli, os sociólogos Alvarez, Sallas e Souza e os pensadores da área criminal Neto e Degani. E como relação ao elemento capoeira, fundamentais as leituras de Josivaldo Pires, Sérgio Vieira e Letícia Reis.

1. A criminalização da cultura africana: o contexto político e econômico

Para o entendimento do contexto que levou as forças políticas daquela época à criação do Código Penal, é imprescindível uma contextualização econômica, social e política daquele período importante de transição entre os regimes políticos Imperial para o Republicano.

1.1 Contextos político e econômico

O Brasil, que foi colônia de Portugal desde sua fundação, em 1822 conseguiu sua independência política, mas não conseguiu uma independência completa, como diria o historiador Boris Fausto

[...] o Brasil se tornava independente, com a manutenção da forma monárquica de governo. Mais ainda, o novo país teria no trono um rei português. Este último fato criava uma situação estranha, porque uma figura originária da metrópole assumia o comando do novo país. (2002, p. 134)

Logo, não era mais controlado por Portugal, mas controlado por portugueses, como os imperadores Dom Pedro I e depois seu filho, Dom Pedro II, que mantinham todas as formas de poder. Este período chamado de Império Brasileiro foi mantido até 1889, quando o governo monárquico se desgastou devido às ideologias burguesas vindas da Europa que atingiram “mortalmente” aquele regime de governo. Mas que ideologias eram estas?

A principal ideologia burguesa, capitalista, que chegou ao Brasil em meados do século XIX foi o Liberalismo, como explica o professor Wolkmer.

A doutrina global do liberalismo, em grande parte cultivada por segmentos da burguesia em ascensão contra o absolutismo monárquico, não só reproduziu as novas condições materiais de produção da riqueza e as novas relações sociais direcionadas pelas necessidades do mercado, como sobretudo, tornou-se a expressão de uma liberdade integral presente em diferentes níveis da realidade, desde o ético até o social, o econômico e o político. (2002, p. 74).

O liberalismo não era restrito e se ramificava tanto na política como no campo econômico. Neste, tinha como principal referência a Inglaterra, e no campo político, tinha como representante a França. Logo, as elites dos outros países periféricos ou recém-nascidos, como o Brasil, viam nestes países liberais um belo modelo a ser seguido, pois Inglaterra e a França eram as principais potências mundiais do século XIX.

Portanto, com o liberalismo no Brasil, as elites principalmente industriais e urbanas viam na forma monárquica um sistema político atrasado em relação as principais potências mundiais, estas com maior liberdade econômica e política. As elites oligárquicas latifundiárias, a princípio não viram com “bons olhos” este liberalismo, principalmente porque os liberais mais radicais como Joaquim Nabuco e Rui Barbosa⁴, lutavam pela extinção da escravidão, o que poderia ocasionar elevados prejuízos tanto aos empresários do café que dependiam da mão-de-obra escrava, como ao comércio de escravos.

A pressão liberal para o fim da monarquia teve sua primeira conquista em 1888, por força da chamada Lei Áurea que proibiu a escravidão no Brasil. Foi neste contexto que se consolidou outra ideologia burguesa européia, dentro do liberalismo: a ideologia do trabalho.

Como explica Gizlene Neder: “A força de trabalho é transformada em mercadoria, de natureza peculiar, e estabelece-se uma relação jurídica, o “contrato”, onde as partes são teoricamente livres e iguais para escolher os contratantes” (NEDER, 1995, p. 16). O interesse capitalista das oligarquias rurais mudou, viam-se os ex-escravos não mais como meros objetos de trabalho, mas consumidores fazendo com que a escravidão física fosse eliminada. Todavia, criou-se outro tipo de trabalhador, o trabalhador quase escravo.

Aliada à ideologia do trabalho, também foi importante para a queda da monarquia o republicanismo. Com grande adesão principalmente das elites intelectuais daquele tempo, que representada pelas Faculdades de Direito de São Paulo e Recife e pelo setor militar, recebeu a influência do Positivismo de Auguste Comte, que na visão de Fausto

⁴ Nabuco e Barbosa foram políticos e juristas importantes do início do século XX.

[...] considerava ser a ditadura republicana a melhor forma de governo para as condições de sua época. Opunha-se assim à República liberal, que se baseava na idéia de soberania popular, sendo o poder exercido em nome do povo através de um mandato. Membros do Congresso ou o presidente da República recebem dos eleitores esse mandato periodicamente renovável, por ocasião das eleições. (2002, p. 232).

Portanto, os novos ideais republicanos positivistas não admitiam mais o velho e ultrapassado regime monárquico, que teve como último imperador Dom Pedro II. Em crise generalizada em todos os setores, militar, religiosa, econômica e política, por intermédio do Golpe Militar, o general Manuel Deodoro da Fonseca proclamou a república em 15 de Novembro de 1889, “caindo” a monarquia imperialista, dando passagem aos ideais liberais de Liberdade e Igualdade.

A possibilidade de exercer a cidadania através do voto animou até mesmo os excluídos da cidade carioca, como relata José Murilo de Carvalho: “Embora proclamada sem a iniciativa popular, o novo regime despertaria entre os excluídos do sistema anterior certo entusiasmo às novas possibilidades de participação” (CARVALHO, 1987, p.12). Evidencia-se, portanto, a principal característica desta mudança de regime, a participação popular. Este foi um dos principais desapontamentos aos propagandistas da república. O mesmo autor apresenta a visão do propagandista, Aristides Lobo: “Segundo ele, o povo que pelo ideário republicano deveria ter sido protagonista dos acontecimentos, assistira a tudo bestializado, sem compreender o que se passava, julgando ver talvez uma parada militar” (*Idem*, p. 09). O autor, ao analisar o Rio de Janeiro no período de transição para a República, percebeu através de relatos como este, que o povo (embora as idéias positivistas revelassem que seria o maior beneficiado), não teve a efetiva participação, pois o que se viu foi a criação de uma república antidemocrática, com manutenção dos privilégios das classes dominantes, como os cafeicultores.

1.2 O primeiro Código Penal da República

No Código Penal de 1890, o processo legislativo de elaboração, em que Batista Pereira foi o incumbido do encargo do novo Código, sendo que ele já estava trabalhando nele antes da proclamação da República, em virtude das mudanças impostas pela Abolição da escravatura em 1888, completou seu trabalho em pouco mais de 3 meses, passando o projeto por uma comissão revisora instituída pelo Ministro da Justiça, o Sr. Campos Salles. O projeto foi promulgado em 11 de outubro de 1890, através do decreto n. 847 (PIARANGELI, 2001, p. 74), embora tenha inovado em vários aspectos jurídicos como a redução para 30 anos as penas perpétuas e estabeleceu prescrição das penas.

Assim, observa-se que neste código penal também se demonstrou os desejos e anseios das elites nacionais.

Sobre os juristas, Neder escreve:

Os juristas pensam, a um só tempo, na “civilização”, no “progresso” e na “modernização”, noções que são incorporadas aos vários projetos para o Brasil que emergem naquela virada de século. Pensam também o Brasil enquanto “nação”, a ser recortada em sua especificidade face ao estrangeiro. E formulam um tipo particular de preocupação com o disciplinamento social, tido como base para os projetos de uma “nação moderada e civilizada”. (1995, p. 12).

Além de seu papel importante como profissionais técnicos na construção do ornamento jurídico, os juristas influenciavam o ordenamento jurídico, como o penal, imprimindo os desejos de construção de nação civilizada ao molde europeu. Porém, esta construção da nação civilizada, passava pelo disciplinamento da população, tornando-a civilizada. A disciplina social, segundo Alvarez, Salla e Souza, acrescentam que:

As pesquisas que enfatizam o Código de 1890 enquanto instrumento de construção de uma ideologia burguesa do trabalho, detêm-se principalmente nos dispositivos situados no Livro III, acerca das contravenções penais, referentes aos mendigos, ébrios, vadios e capoeiras. Estes artigos mostram, sem dúvidas, a intenção da autoridade republicana de inibir a ociosidade e obrigar as classes populares ao trabalho.⁵

O trabalho foi uma das formas de “disciplinar” a população, em detrimento de uma civilização moderna. Para aquela época, o velho provérbio popular “O trabalho dignifica o homem” foi levado literalmente para o ordenamento legal, passando pela norma incriminadora.

Embora inserida no Código, Carvalho apresenta que a ideologia do trabalho, pode ser inferida no principal indício da real urgência das elites republicanas na institucionalização de uma nova norma repressiva: Abolição, que lançou o restante da mão-de-obra escrava no mercado de trabalho livre e engrossou o contingente de subempregados e desempregados. Além disso, provocou um êxodo para a cidade proveniente da região cafeeira do estado do Rio [...] (1987, p. 16), ou seja, os ex-escravos que trabalhavam no campo, viram na cidade a oportunidade de melhores condições de vida. Porém, ao chegar à cidade, este “ex-escravo” encontrava dificuldades ainda maiores, pois além da discriminação racial, as regiões de maior dinâmica da economia do Brasil, que compreende São Paulo e Rio de Janeiro, a opção era pelo imigrante europeu, levando os negros para a marginalidade.

⁵ Disponível em: <http://www.nevusp.org/portugues/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1066> p. 5

Até a abolição da escravatura quase a totalidade da força de trabalho rural e também boa parte da urbana era negra, presume-se, então, que o contingente de ex-escravos livres, e que foram as cidades em busca de trabalho, tenha contribuído vertiginosamente para o crescimento populacional urbano, o que deve ter assustado e muito as minorias dominantes. A criação de uma norma repressora seria alternativa em curto prazo para controlar e disciplinar este novo contingente de negros nas cidades.

Ainda nas palavras da antropóloga Letícia Reis: “podemos dizer que, a construção de um Brasil "moderno" e "civilizado", implicava, principalmente, a eliminação do "peso" secular da herança Africana”⁶, ou seja, as elites republicanas brasileiras almejavam apagar o grande elemento social da herança africana, aqui deixada por vários séculos pela escravidão.

No caminho de eliminação do elemento africano “incivilizado” passa pela exclusão da herança cultural negra no Brasil⁷, que tinha como principais aspectos a Capoeira e os rituais religiosos, colocados em prática em instituto repressivo positivado no ordenamento jurídico pelo estado, apresentado especificamente no Código Penal de 1890.

Diante disso, apresentadas às reflexões metodológicas, analisado o período histórico e político, percebe-se que a cultura negra foi criminalizada no primeiro Código penal republicano, em duas principais expressões culturais: pela Capoeira e os rituais religiosos.

2. Herança escravagista: o negro “ainda” como escravo

Ainda nas indagações norteadoras à construção deste trabalho, tem-se como primeira provocação, compreender como um governo com ideais republicanos e democráticos teria criado um Código Penal antes de uma norma tão importante para a consolidação de uma nação como a Constituição?

Mas antes da apresentação da capoeira, importante reflexão sobre como o negro era visto no sistema criminal. Há ainda a obra sobre o cotidiano do crime e criminalidade no estado de São Paulo que, principalmente no período da primeira república, em que o historiador Boris Fausto funda suas idéias, onde o racismo perante os negros foi frequentemente usado por testemunhas, Vítimas e autoridades repressivas como uma característica de um delinquente. O historiador, na realização desta constatação, usa como fonte importante, estatísticas diversas sobre prisões, inquéritos e processos criminais, além de análise criteriosa sobre o conteúdo dos autos criminais: as partes, testemunhas, o fato tipificado, isto *in loco*.

⁶ Disponível em:

<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S003483091994000100016&script=sci_arttext > p.11

⁷ Idem.

Interessante é o relato do professor: “Em 1892, um delegado de polícia descrevera uma jovem de 20 anos, acusada de furto, segundo os padrões de mercado de escravos: ‘trata-se de uma preta, de estatura regular, cabelos encarapinhados, olhos grandes, bons dentes, lábios grossos’” (FAUSTO, 1984, p. 54).

No fragmento acima, o negro mesmo depois da abolição em 1880, ainda era tratado e identificado e discriminado como um objeto de trabalho.

Fausto ainda constata que:

O racismo de autoridades policiais está em transcrições de depoimentos, nos relatórios de delegados, rompendo-se em certos casos critérios classificatórios prévios. Assim, a menção a ‘cor’ não consta em regra das folhas de qualificação dos indiciados com indicações impressas (nome, idade, profissão, etc.) e espaços em branco correspondentes, a serem preenchidos. Não obstante, o qualificativo “negro”, “pardo” é às vezes introduzido a tinta, em letras bem nítidas, na margem das páginas. (*Op. cit.*, p. 55).

Fausto justifica em sua tese, que o elemento negro não era apenas uma característica física pessoal, mas era sim um agravante na caracterização do nível de delinquência do acusado ou acusada. Portanto, a capoeira e os rituais religiosos africanos foram criminalizados pelo primeiro código penal da República, não tanto porque estes representavam risco à sociedade, mas porque seus principais praticantes, os negros, eram vistos pela sociedade como perigosos, vagabundos, desordeiros, como bem escreveu Fausto, “na consciência coletiva, estão profundamente arraigados as associações entre o negro e o ócio, a violência, a permissividade sexual” (*Idem*).

2.1 Capoeira como doença moral na sociedade da primeira República

A principal forma de expressão cultural africana, sem dúvida nenhuma, é a Capoeira, que para alguns seria uma brincadeira, e para outros como uma forma de defesa pessoal, que sobreviveu às investidas do estado de exterminá-la de vez ainda em fins do século XIX, tipificando-a no Código Penal de 1890, mas que hoje considerada esporte nacional e patrimônio cultural brasileiro. Esta fase da cultura criminalizada da história do Brasil também foi tema do filme brasileiro “Besouro” que estreou em 2008, cujo enredo tinha como principal personagem o mestre da capoeira baiana, Manuel Henrique Pereira, apelidado de Besouro Mangangá, capoeirista que tinha a função de proteger os negros das atrocidades dos patrões que tratavam o negro pós-abolição, como se ainda o fossem ⁸.

⁸ Site do filme sobre **Besouro**; em: <http://www.besouroofilme.com.br>.

A história da Capoeira no Brasil, remonta aos primeiros séculos de colonização do Brasil, com a transferência forçada de escravos vindos da África para o Brasil ainda no século XVI e os primeiros registros de escravos capoeiras, dão conta de que em sua maioria vinham principalmente de Angola. Para a etimologia, tem-se que o nome Capoeira se deu porque os escravos que praticavam este tipo de Luta tinham como principal local as vegetações baixas ou matagais que em linguagem indígena Tupi significava Capoeira. Logo, estes negros que jogavam nos matagais ou nas Capoeiras de mato, logo foram identificadas como Capoeiras (VIEIRA, 2011, p. 1-2).

A Capoeira era mais que um simples jogo, era a forma desenvolvida pelos negros para se defenderem, cultural e fisicamente, das atrocidades cometidas por seus donos, haja vista que a única arma utilizada por estes era seu corpo, em contraposição aos vários artifícios usados pelos senhores e donos de escravos. A idéia do conceito de capoeira, para as classes dominantes de fins do último quartel do século XIX, foi muito bem exemplificada pelo chefe de política do Rio de Janeiro em 1878, ao considerar esta uma “doença moral que proliferava em nossa civilizada cidade” (REIS, 2011, p. 54). Ou seja, era vista como uma forma de levar as pessoas ao ócio, a vadiagem, como se pode perceber “entre linhas” no capítulo XIII do Código penal de 1890, em que apresentava duas infrações juntas, ou seja, “Vadios e capoeiras”.

Nos artigos *ipsis verbis*,

Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou inculcando temor de algum mal:

Pena – de prisão cellullar por dous a seis mezes.

Paragrapho unico. E’ considerado circunstancia agravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta.

Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro.

Art. 403. No caso de reincidencia, será applicada ao capoeira, no gráo maximo, a pena do art. 400.

Paragrapho unico. Si for estrangeiro, será deportado depois de cumprida a pena.

Art. 404. Si nesses exercicios de capoeiragem perpetrar homicidio, praticar alguma lesão corporal, ultrajar o pudor publico e particular, perturbar a ordem, a tranquillidade ou segurança publica, ou for encontrado com armas, incorrerá cumulativamente nas penas comminadas para taes crimes. (GAMA, 1929, p.462).

É interessante perceber que além da capoeira ser criminalizada no art. 402, havia agravantes registrados no parágrafo único do mesmo artigo, onde se lia que a pena da Capoeira seria agravada se pertencesse a alguma Banda ou “Malta”. A Malta, no entender dos professores Josivaldo Pires de Oliveira e Luiz Augusto Pinheiro Leal, seria “denominação de

grupos de capoeiras que se organizavam em limites geográficos constituindo assim territórios políticos e sociais” (OLIVEIRA; LEAL, 2009, p.31), ou seja, eram grupos de capoeiras organizados, que se enfrentavam, mas que em situações de risco ajudavam-se mutuamente. A criação destas organizações capoeiras era uma forma também de ocupação e fixação do espaço urbano, e localizavam uma em cada freguesia (espécie de bairro). As maltas mais famosas eram as do Rio de Janeiro, cidade esta com mais incidência de prisões por capoeiragem, o que não se via muito em São Paulo (FAUSTO, 1984, p. 34). As duas principais eram: Nagoas e Guaiamus (VIEIRA, 2011, p.08). Mas além do medo sentida por esta arte negra na classe dominante, outros ainda foram os motivos da tipificação penal do capoeira.

Na obra “Os Bestializados” de Murilo de Carvalho, este apresenta uma outra característica dos capoeiras, que tem relação com o meio político de duas formas: primeiro porque a maior parte da população negra reconheceu nos imperadores as pessoas que os liberam em 1888, e não observou com bons olhos os seus “libertadores”, como Princesa Isabel e Dom Pedro II, serem destituídos do poder pelos republicanos. Criou-se inclusive uma organização denominada de Guarda negra, constituída também com ajuda de maltas cujo objetivo era dispersão de manifestações republicanas em defesa da monarquia da Princesa Isabel. Logo, depois de proclamada a república, seria interessante punir os que auxiliaram os monarquistas, como os capoeiras e maltas, incriminando-os no Código penal de 1890.

Além disso, os capoeiras também eram conhecidos na “capangagem”, atuando como capangas de políticos, para amedrontar eleitores e afastar inimigos políticos, como mencionar Carvalho:

Desde o império, as eleições na capital (Rio de Janeiro) eram marcadas pela presença dos capoeiras, contratados pelos candidatos para garantir os resultados. A república combateu os capoeiras, mas o uso de capangas para influenciar o processo eleitoral só se fez crescer. (1987, p.87).

Outro motivo dos republicanos em dar fim aos capoeiras, utilizando o instrumento da repressão penal, era acabar com os capangas na política, o que na verdade não ocorreu como confidenciou o renomado historiador. Além de servirem como capangas, também eram recrutados nas colunas militares ou policiais para captura de outros capoeiras.

Reis, antropóloga, discorrendo sobre a capoeira na perspectiva de ordem e desordem, define a capoeira como fortemente reprimida na primeira república brasileira:

O detalhamento desse enlace entre a ordem e desordem, seja no tocante as relações entre capoeiras e políticos, capoeiras e instituições militares e, finalmente, capoeiras

e defensores da monarquia, talvez nos auxilie a responder por que serão precisamente os capoeiras um dos principais (senão o principal) alvos da repressão policial nos primeiros tempos da república, que culminaria com a criminalização da capoeira em outubro de 1890. (2011, p.54).

Assim, a capoeira foi exaustivamente perseguida pela força policial da república, devido a todos estes fatos que giravam em todo da cultura e arte, trazidos pelos escravos durante a áurea colonial.

Reis relata um caso curioso envolvendo um capoeira branco:

Dentre os brancos praticantes da capoeira, alguns eram provenientes das camadas mais abastadas da população carioca. O caso mais ilustrativo dessa ligação da elite da época com a capoeira é o de José Elísio dos Reis, conhecido como Juca Reis, filho do conde de Matosinhos – figura notória da colônia portuguesa de então – cuja prisão constituiu um dos episódios mais famosos da repressão à capoeiragem, pois quase gerou uma crise ministerial na recém-proclamada república. (*Idem*).

Percebe-se no episódio acima mencionado por Leticia, que a capoeira mesmo sendo alvo do temor social da elite e reprimida pelo Estado, era praticada por parte da parcela branca, rica e influente da nova república. Boris Fausto vai mais além ao escrever sobre a capoeira não praticada pelos negros, através de um cronista dos anos 40:

Os amadores eram os meninos bonitos avalentoados, filhos de gente rica e importante, ou mesmo rapazes de boas famílias, que praticavam e aprendiam a capoeiragem por simples esporte. [...] o Barão do Rio Branco, quando estudante, aprendera a arte e que Floriano Peixoto fora um dos mais hábeis capoeiras da Escola Militar. (FAUSTO, 1984, p.36).

Fausto recorda, inclusive, figuras influentes de nossa política como capoeiristas, como é o caso do ex-presidente Floriano Peixoto. É importante notar quando a capoeira é praticada pelos brancos, ela não é vista de forma pejorativa, como se fosse “uma doença moral”, como discorreu o chefe de polícia; mas como um “esporte”. Foi justamente com este caráter de esporte, que a capoeira deixou de ser crime para virar, décadas mais adiante, esporte e patrimônio cultural brasileiro.

3. A descriminalização: as mudanças no Código Penal de 1890 em relação ao atual de 1940

Da criminalização do elemento capoeira no Código Penal de 1890, como este elemento foi visto pelo Código Penal posterior de 1940? Houve mudanças significativas?

Partindo do ponto de vista jurídico, houve algumas mudanças significativas, que reconfiguraram o cenário político e a própria visão social do Negro. O código de 1890, em seus artigos 402 a 404, tipificava a prática de capoeiragem como crime, como apresentou na obra: Código Penal Comentado, o doutrinador Affonso Dionysio Gama:

Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal:

Pena – de prisão cellullar por dous a seis mezes.

Parapho unico. E’ considerado circumstancia aggravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta.

Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro.

Art. 403. No caso de reincidencia, será applicada ao capoeira, no gráo maximo, a pena do art. 400.

Parapho único. Si for estrangeiro, será deportado depois de cumprida a pena.

Art. 404. Si nesses exercicios de capoeiragem perpetrar homicidio, praticar alguma lesão corporal, ultrajar o pudor publico e particular, perturbar a ordem, a tranquilidade ou segurança publicca, ou for encontrado com armas, incorrerá cumulativamente nas penas cominadas para tais crimes. (1929, p. 462).

O mesmo doutrinador, em obra do ano de 1929, apresenta, inclusive, alterações com relação ao código em especial a prática de capoeiragem, como a lei n. 145 de 11 de Julho de 1893, autorizando o governo federal a enviar os presos por capoeiragem para colônias correcionais⁹. No novo Código Penal de 1940, o penalista Pierangeli descreve a criação em contexto de forte autoritarismo tanto na Europa dos ditadores Hitler (Alemanha) e Mussolini (Itália)¹⁰, como no Brasil de Getúlio Vargas, e o exemplo disso foi consolidação da Constituição de 1937 dita como a constituição “Polaca”, por influência da constituição da Polônia (PIERANGELI, 2001, p. 77). Resume então este autor à emergência em se criar um outro Código Penal, definindo como “o melhor instrumento para se valer a nova ordem é indubiosamente a direito penal que se normativa ao talante opressor” (*Op. cit.*, p. 77-78). O outro motivo para se alterar o Código anterior, de 1890, seriam as fortes críticas que recebia desde quase a sua implantação, em virtude principalmente por ter sido elaborado às pressas, (*Idem*) e por ter vigido em um período de complexo contexto constitucional, tendo em vista as constituições de 1891, 1934 e 1937 (NETO, DEGANI, 2010, p.25), sendo, portanto a capoeira descriminalizada no novo Código de 1940, deixando de ser, agora definitivamente, um crime.

⁹ Sobre o referido decreto, consultar na integra, em sítio: <http://ciespi.org.br/media/decreto_145_11_jul_1893.pdf>

¹⁰ Adolf Hitler e Benito Mussolini foram os criados dos movimentos denominados respectivamente de Nazismo e Fascismo, que impulsionaram a 2ª Guerra Mundial.

Reis apresenta em um de seus textos, alguns motivos que levou o criador do projeto do novo Código (em 1940), Alcântara Machado¹¹, na retirada da capoeira do Código repressor. O primeiro deles seria de que o mesmo discurso higienista de embranquecimento da população fortemente ligada aos laços africanos, em fins da década de 1930, “propugnando na ‘ginástica’ como fator de regeneração e purificação da ‘raça’”. Aduziu que no início do século XX, a capoeira passou a ser vista não mais predominantemente como uma doença moral, mas como um esporte (jogo, ginástica, luta etc) decorrente de uma herança mestiça que compreendia algo positivo, originário da identidade nacional brasileira, ou seja, a capoeira era resultado da mistura de raças, tão singular a identidade nacional do Brasil, não sendo mais observada como algo negativo da cultura inferior dos africanos (REIS, 2010, p. 10). A capoeira então começou aos poucos em meados da década de 1930, a ser aceita pelo governo de Getúlio Vargas, mediante a expedição de alvarás policiais de funcionamento em recintos fechados, como academias (LOPES, 2010, p.23). Além disso, Josivaldo Pires diz que,

Passaria de crime previsto no Código Penal para uma luta considerada genuinamente brasileira. Por trás desta nova significação, estavam alguns cientistas sociais que inovaram os estudos sobre o negro no Brasil ao substituírem, em suas interpretações, a categoria “raça” pela de “cultura” (destacam-se nesse aspecto os trabalhos de Arthur Ramos, Edson Carneiro e Gilberto Freyre). (2009, p. 48).

A Capoeira passa agora também a ser vista como uma forma cultural, positiva e genuinamente brasileira.

Assim, após ser excluída da criminalidade com o Código Penal de 1940, a capoeira passou por um processo de oficialização como uma prática desportiva, da modalidade pugilismo. Foi o que constatou Sérgio Vieira, este dizendo que,

Surgiu em 14 de abril de 1941, através do Presidente Getúlio Vargas, o Decreto Federal 3.199 que regulamentava as práticas desportivas e dava outras considerações. Esta legislação organizou as Confederações Brasileiras segundo suas áreas específicas⁷⁷. A Capoeira, entendida como luta, passou a integrar, também, desde sua fundação, a Confederação Brasileira de Pugilismo – CBP, através do Departamento Nacional de Luta Brasileira. Este foi o primeiro reconhecimento oficial da Capoeira como uma prática desportiva. (2011, p. 30).

Então a luta da capoeira passou a ser uma modalidade da confederação Brasileira de Pugilismo, passando assim a ser oficialmente reconhecida como um esporte nacional. O mesmo autor ainda contribui para o histórico de oficialização esportiva aduzindo que em 1953, por força da Deliberação N. 71 do Conselho Nacional de Desportos, expedida pelo governo federal, instituindo normas e regras aos praticantes deste tipo de esporte oficial

¹¹ Professor, doutrinador e escritor paulista.

brasileiro. Outra deliberação como esta ocorreu em 1972, para instituir federações estaduais desta modalidade de esporte.

A capoeira ficou como modalidade do pugilismo até 1992, quando então se tornou um esporte independente com a fundação da Confederação Brasileira de Capoeira.

Partindo do aspecto jurídico, há as considerações de Alfredo Neto e Eliane Degani:

O Código Penal de 1940, considerado o centro programático da criminalização do Estado Social, refletiu as transformações sociais ocorridas a partir do fim da velha República, sobretudo, no que tange às consequências da Grande Depressão e do esgotamento do modelo agroexportador, ambos condutores do roubo industrial que se seguiu até a Segunda Guerra.

Os autores apresentam outro viés, mais técnico, para as mudanças ocorridas entre os Códigos. É perceptível que, embora ainda fosse forte a questão da eugeniação da população, o governo da época optou por adotar outras prioridades em relação à tipificação penal, dando este ênfase às transformações econômicas, e estas, ocorridas posteriormente ao “Crach” de 1929¹² e a Segunda Grande Guerra¹³.

As mudanças do Código Penal de 1940, passando este a priorizar as mudanças econômicas de sua época também foi o defendido pelos autores Rodrigo Azevedo e Tupinambá Azevedo, explorando que:

O direito penal brasileiro traz como uma de suas inspirações a política criminal intervencionista. Mas esse ideário não transparece tanto no Código Penal de 40, e sim nas sucessivas leis de Economia Popular, criminalizando a usura, as taxas extorsivas, o desrespeito a tabelas de preços, o abuso do poder econômico, etc. (2010, p. 2).

Os autores também explicam que as prioridades contidas no Código Penal de 1940 tinham o controle da economia da época, e o rompimento com a política racial de higienização da população.

Pode-se ainda frisar, com relação às mudanças empreendidas do Código Penal de 1890 para com o de 1940, que contrário de seu antecessor, o atual está em consonância com os princípios constitucionais de igualdade em voga nas Constituições de 1891, 1934 e de 1937, que permearam na vigência do Código repressivo de 1890. Naquela constituição, no seu art. 72, § 2, que “Todos são iguais perante a lei”¹⁴. Já na Carta Magna de 1934, em seu art. 113, inciso 2, há expressamente o rechaço ao racismo, aduzindo que “Todos são iguais perante a

¹² O “Crach” foi a quebra da bolsa de valores de Nova York, causando uma crise econômica de repercussões mundiais

¹³ A segunda Grande Guerra ocorreu entre os anos 1939 e 1945.

¹⁴ Sobre Constituição de 1891, consultar sítio:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>.

lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas”¹⁵. Até mesmo a constituição de 1937, que fora criada em cenário de autoritarismo, mencionou o princípio da igualdade perante a lei no seu art. 122, inciso 1¹⁶.

Considerações finais

Sobre a (des) criminalização da capoeira, é importante lembrar o disposto sobre a discriminação racial na Constituição “cidadã” de 1988, que vigora nos dias contemporâneos. Expresso no art. 5, *caput*, que “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”, ou seja, a Constituição de 1988 continuou a premissa das demais em não estimular o preconceito de raça apregoado pelo Código Penal de 1890, ao tipificar esta importante cultura negra que era a capoeira.

O mesmo diploma legal diz ainda que, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, escrito no art. 4, inciso IV, determinando ainda a Constituição que é dever do Estado promover o bem comum sem preconceitos, como o racial.

A intenção do legislador de 1988 foi ainda mais além, reprimindo o racismo ainda no art. 5, XLII, registrando que “prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, compreendendo ser o racismo uma prática tão negativa, que inclusive merece rigor repressivo, qual sejam, a inafiançabilidade sem ter este prazo prescricional. Além da negação ao racismo, o mesmo diploma legal em seu art. 215 e seguintes, fala sobre a responsabilidade do estado em resguardar o patrimônio cultural brasileiro.

Na atualidade, a capoeira é mais que uma arte-luta, ela é nos dizeres de Sérgio Vieira “uma modalidade aglutinadora de um conjunto de aspectos diferenciados, entre os quais se destacava o canto, a música, a arte, a cultura, a ginástica e a filosofia”, cultura brasileira e altamente complexa. E esta complexidade esportiva é representada atualmente pela CBC (Confederação Brasileira da Capoeira), órgão oficial este responsável por regamentos, eventos e competições nacionais e internacionais sobre a capoeira, demonstrando assim, a

¹⁵ Sobre a Carta Magna de 1934, consultar no sítio:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>.

¹⁶ Já a Constituição de 1937, consultar no sítio:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>.

força que este esporte detém no cenário esportivo nacional, sendo reconhecida inclusive pelo COB (Comitê Olímpico Brasileiro) em 1995.

Este trabalho buscou em princípio uma comparação entre os Códigos Penais de 1890 e 1940, com relação à (des) criminalização da cultura negra, todavia, o tema da criminalização da cultura negra no âmbito do direito é vasto e carente de pesquisas no que tange a abordagem Histórica do Direito. Outros trabalhos interessantes poderiam surgir focando, por exemplo, a questão da mulher na arte da capoeira, ou então os processos judiciais que envolviam os “capoeiras” e a capoeiragem.

Referências

ALVAREZ, Marcos César, SALLAS, Fernando, SOUZA, Luís Antônio. **A Sociedade e a lei: O Código Penal de 1890 a as Novas Tendências Penais na Primeira República**. Disponível em:

<http://www.nevusp.org/portugues/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1066>. Acessado em 08 Fev. 2011.

AMORIM, Vicente. **Besouro: da capoeira nasce um herói** (Filme). Rio de Janeiro: Globo Filmes, 2009.

AZEVEDO, Rodrigo G. AZEVEDO, Tupinambá P. **Política Criminal e Direito Penal – Histórico e Tendências Contemporâneas**. Disponível em:

<<http://www.proppi.uff.br/ineac/curso/nufep/artigos/palestrantes/16/01.pdf>>. Acessado em 18 Set. 2011.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 10. ed. São Paulo: Ed. USP, 2002. 660 p.

FAUSTO, Boris. **Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo, 1880-1924**. São Paulo: Brasiliense, 1984. 293 p.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados: O Rio de Janeiro e a república que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. 196 p.

GAMA, Affonso Dionysio. **Código penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1929.

NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. 168p.

NETO, Alfredo C; DEGANI, Eliane P. Em busca da igualdade prometida: redescobrimo a criminalização do preconceito no Brasil. In: GAUER, Ruth Maria C.(Org.) **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. 351.p.

OLIVEIRA, Josivaldo P; LEAL, Luiz Augusto P. **Capoeira, Identidade e Gênero: Ensaio sobre a história social da Capoeira no Brasil**. Bahia: EDUFBA, 2009. 200p.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2.ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 752 p.

REIS, Letícia Vidor S. **A Capoeira:** de “Doença Moral” à “Gymnástica Nacional. Disponível em:

<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S003483091994000100016&script=sci_arttext>. Acessado em 07 ago. 2011.

VIEIRA, Sérgio Luiz S. **Capoeira – Origem e História.** Disponível em:

<http://www.capoeira-fica.org/PDF/Capoeira_Origem_Historia.pdf>
Acessado em 07 ago. 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil.** 3.ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 170 p.