A NACIONALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO
Prof. na Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo

SUMARIO: — Introdução — Nacionais e estrangeiros — Aquisição da nacionalidade — Art. 129 da Constituição — As várias hipóteses previstas no texto — Brasileiros natos — Casos de opção — Naturalização tácita — Título declaratório — Naturalização solicitada pelo interessado — Distinção entre brasileiros natos e naturalizados — Perda da nacionalidade — Art. 130 da Constituição — Reaquisição da nacionalidade — Art. 137 da Constituição.

1. O Estado engloba três elementos fundamentais, a saber: a autoridade, o território e a população. Os dois últimos são a sua causa material; enquanto o primeiro é a sua causa formal, correspondendo à organização do govêrno.

A população, como elemento do Estado, diz respeito a uma das partes que o integram para a sua existência e corresponde à coletividade humana que o compõe. A nacionalidade consiste, justamente, no laço jurídico pelo qual certos indivíduos formam a população de um Estado, considerada esta como um dos elementos da sua personalidade. Afora o nacional, existe o estrangeiro que pertence a outro Estado, exatamente, pelos laços jurídicos da nacionalidade.

Cumpre-se não confundir o nacional com o cidadão, cuja situação jurídica se resume no direito de participação no govêrno do país, dentro de uma organização democrático-repre-

sentativa. Assim, exerce o cidadão o chamado direito político, que corresponde ao poder de interferência, direta ou indireta, no govêrno do Estado de que seja nacional.

Além dos direitos políticos, considera o Direito Constitucional dos povos civilizados os chamados direitos individuais ou civis. Correspondem aos direitos de vida, liberdade, igualdade e propriedade, garantidos, modernamente, nas Constituições de todos os povos livres, também aos estrangeiros, seja independente de qualquer consideração especial, seja tendo em vista o princípio da reciprocidade, legislativa ou diplomática.

2. Outrora, os estrangeiros não gozavam de direitos no território de outro povo. Era a situação na Antiguidade e na Idade Média. Paulatinamente, foram sendo feitas, todavia, certas concessões a favor dêles, baseadas na hospitalidade ou oriundas de recíprocos interêsses decorrentes de relações comerciais ou guerreiras. Regalias desenvolvidas, na Grécia, em conseqüência da difusão dos princípios democráticos; em Roma, em razão de conquista, com o aparecimento do *jus gentium* em oposição ao *jus civile*; e na Idade Média, em função dos princípios humanitários do Cristianismo, contrários à mentalidade territorial das organizações feudais, que permitiram, através do chamado direito de albiginato, fôssem os estrangeiros reconhecidos como participantes do feudo, desde que prometessem obediência ao senhor feudal. Com o término da Idade Média, surgiram os grandes Estados, e a organização política então vigente, estabelecida nas relações de senhores e vassalos, nos diferentes principados, foi sendo substituída pela nova organização de Estado nacional, que se opunha não só ao regime feudal como ao domínio da Igreja e do Império. A nacionalidade passou a ser condição de exercício dos direitos políticos ou cívicos. Aos estrangeiros, outorgou-se, mediante concessão dos reis, direitos privados e, posteriormente, certos direitos públicos. Êsses direitos foram reconhecidos aos estrangeiros, principalmente, após a Revolução Francesa, cujos princípios influíram na organização constitucional de todos os povos da época, e são os chamados direitos individuais ou civis, relativos à vida, liberdade, igualdade e propriedade dos indivíduos.

Os direitos políticos, só admitidos aos nacionais, dada a atual organização da sociedade internacional de Estados soberanos, enfeixam três manifestações : *a*) o direito de colaborar com os órgãos governamentais nas suas deliberações, o que se verifica no govêrno semi-direto, como, por exemplo, na aprovação de leis através do *referendum,* ou na propositura delas através da iniciativa popular; *b*) ainda, o direito de intervir na constituição dos órgãos governamentais no regime representativo, em que os cidadãos elegem quem deve gerir os negócios públicos; *c*) afinal, o direito de integrar os próprios órgãos governamentais como seus elementos componentes e, assim, tomar as rédeas da vida política do Estado como parte do govêrno.

Aliás, a Constituição brasileira de 1946, nos seus arts. 131, 138 e 184, expressamente esclarece que os direitos políticos só são reconhecidos aos seus nacionais, como já dispunham as anteriores, embora de forma menos clara e de modo menos completo.

3. O laço jurídico pelo qual se reconhece faz um indivíduo parte da população de um Estado, se obtém pelas seguintes formas : orignária e secundária.

A nacionalidade originária, que resulta do fato mesmo do nascimento, vai buscar os seus princípios em razões opostas : na ação de hereditariedade, da família, que recebeu o beneplácito dos gregos e romanos na chamada teoria de direito do sangue, ou na ação do meio físico e social, aceita na época feudal, com a chamada teoria do direito do solo. Considera aquela a nacionalidade em razão da filiação e, assim, nacional de um dado Estado o que descende de pais já a êle pertencentes, ainda quando venha à luz em território estrangeiro; enquanto esta abandona o fundamento do sangue para dar como qualificativo da nacionalidade tão sòmente o lugar do nascimento. Essas teorias, embora em campos diversos, entretanto, se conciliam na sua aplicação. Daí, muitos regimes políticos, apesar de acolherem como predominante os princípios de uma ou de outra, os abrandam em determinados casos, tendo em vista o domicílio, o serviço público, e mesmo a opção. Assim, Estado que adota o *jus sanguinis,* por vêzes, considera como nacio-

nal aquêle que não descende de pais nacionais, desde que fixe domicílio no seu território. Por outro lado, país que adota o *jus soli* tem como nacionais os filhos dos seus nacionais, ainda quando nascidos no estrangeiro, desde que êstes se achassem a serviço da pátria em tal local. Afinal, admitem outras nações a opção, uma vez há a possibilidade de, pela divergência dos princípios aceitos entre os diversos países existentes na sociedade internacional, alguém vir a ter duas nacionalidades. Nessa hipótese se lhe reserva a faculdade de, por exemplo, ao atingir a maioridade, optar pela nacionalidade mais conveniente aos seus interêsses e sentimentos pessoais .

Essas são as regras acordadas pelos povos civilizados quanto à forma originária de adquirir-se a nacionalidade. Mas ela também se obtém de maneira secundária, mediante o processo da naturalização, que consiste no ato jurídico pelo qual o estrangeiro passa a nacional de outro país, ou adquire a de um Estado quando apátrida. Milita a favor dêste princípio a liberdade reconhecida a tôdas as pessoas de escolher a nacionalidade que mais lhes apraza, abrindo mão da que anteriormente tinham, em virtude de, por circunstâncias da vida, se desvincularem do país de origem e se integrarem em outro Estado. Êste fenômeno é muito comum entre as nações de densa população, cujos filhos são obrigados a emigrar e vendo vivificados os seus empreendimentos em outras regiões e aí formada família e desenvolvidos com êxito os seus negócios, se sentem, por vêzes, mais ligados aos novos Estados do que aos de que provieram.

Quanto à escolha entre as duas doutrinas sôbre a nacionalidade originária, é de ponderar-se existir argumentos a favor de uma e de outra corrente. Sem dúvida, razões de ordem hereditária são vínculos fortes para prender os indivíduos a um dado país; mas, os laços que advêm do nascimento em um certo local e a vida nesse mesmo território autorizam se defenda a tese de haver-se como nacional aquêle aí nascido.

Na verdade, mais motivos de ordem política do que mesmo argumentos de ordem jurídica têm constituído o fundamento da prevalência desta ou daquela teoria. Os países de imigração, países novos como os Estados americanos, preferem

o sistema do *jus soli*, a fim de manter a sua população e desenvolver o espírito de nacionalidade entre aquêles que buscam as suas terras, fazendo com que todos os que venham à luz em seu território sejam havidos como nacionais. Além disso, fator histórico influiu na escolha dessa orientação, qual seja, a atuação dos crioulos na independência das colônias americanas, desvinculando-se das soberanias européias, na luta mantida ante a opressão das metrópoles, que os obrigaram a insurgir-se contra elas e a proclamar a sua emancipação. Já os países de profunda tradição e de densa população, como os da Europa, propendem para o sistema do *jus sanguinis*, que lhes permite considerar como nacionais os descendentes dos seus naturais nascidos em outras paragens.

4. Tem sido discutido entre os juristas se o instituto da nacionalidade é de Direito Público ou de Direito Privado.

No Brasil, defendeu-se a princípio a tese de que era matéria de Direito Privado e, então, se afirmava ser a nacionalidade regida pelo Direito Civil, porque constitui necessidade do estatuto pessoal, para a fixação dos direitos e deveres correspondentes, e pressuposto do reconhecimento das obrigações e dos poderes de cada indivíduo. Ademais, sustentava-se que essa orientação era dominante na legislação dos Estados estrangeiros, e mesmo alguns dêles nas suas próprias Constituições políticas consideravam a nacionalidade como decorrente das leis civis. Observava-se, ainda, que as Ordenações do Reino de Portugal, vigente neste país e no Brasil, regulavam também o assunto, ponderando-se serem essas Ordenações justamente códigos relativos à vida civil do povo luso.

Hoje em dia, não prevalece mais êsse ponto de vista, pois a qualidade de nacional, se reconhece, é a base para o gôzo e exercício de direitos políticos ou cívicos, tanto que a perda da nacionalidade acarreta a dos direitos políticos, enquanto estiver a sociedade internacional organizada em consideração aos Estados nacionais. Os próprios direitos individuais ou civis se desfrutam independente dessa qualidade de nacional, como vimos. As poucas restrições feitas a êsses direitos com referência aos estrangeiros decorrem, aliás, dessa distinção, uma vez se acha abolida a diferenciação jurídica em razão de religião, profissão,

classe, raça ou sexo. Isso se verifica no direito brasileiro, ante o exame dos arts. 141, § 33, 143, 153, § 1.º, 157, n.º XI, 160, 162 e 165 da Constituição federal vigente, que ora estabelece certas restrições aos estrangeiros, ora lhes veda determinadas atividades, ora prevê algumas preferências aos nacionais. Não se prescinde, portanto, da nacionalidade no Direito Constitucional. Além disso, êsse equívoco de considerar como de Direito Civil a nacionalidade está hoje corrigido pela maioria dos Estados estrangeiros com referência às suas últimas leis, sendo de notar-se que as Ordenações do Reino dispuseram, em muitas passagens, sôbre matéria de Direito Público. Realmente, sempre os códigos civis assim procederam. Afinal, cabe à Constituição estabelecer as regras normativas condicionadoras da vida social, através da diferenciação entre governantes e governados e delimitação dos respectivos campos de ação e dos correspondentes direitos e deveres, como cúpula da organização jurídica do Estado; logo, todos os poderes e obrigações dela dimanam ou nela encontram o seu fundamento. Está-se caminhando para aceitar a tese de que se enquadra no Direito Constitucional a definição dos institutos fundamentais do direito de cada povo. Assim, incumbe-lhe definir a personalidade humana, quando resguarda a liberdade e a igualdade; os bens, quando fixa a extensão da propriedade; e as relações jurídicas, quando regulamenta a vida econômica e social do país. Na verdade, domina todos os outros ramos do Direito Positivo.

5. A nacionalidade, já se disse e ora se repete, é o vínculo jurídico que liga um indivíduo a dado Estado para considerá-lo como um dos elementos da sua personalidade integrando a sua população.

As regras a respeito dêsse instituto jurídico buscam conciliar a soberania interna de cada Estado com a independência externa de todos êles, componentes da sociedade internacional. Por isso se entende que cumpre a cada Estado dizer quais são os seus nacionais e tão sòmente êle. Não lhe compete, em conseqüência, declarar que os seus nacionais não são de outro Estado, a fim de impedir a dupla nacionalidade, como, também, não lhe cabe reconhecer certa nacionalidade estrangeira a quem êsse Estado não considera como tal, a fim de evi-

tar o apátrida. Por outro lado, concorda-se como vedado a cada Estado impedir opte alguém por uma das nacionalidades que possui, ou adquira nova de outro Estado, substituindo uma que tem por outra que se lhe oferece ou se lhe faculta obter.

6. Aceitando o princípio de que a matéria é de Direito Público, o direito brasileiro fixou os seus nacionais, nas respectivas Constituições: imperial e republicanas; e, ao assim proceder, distinguiu entre brasileiros natos, de nacionalidade originária, e brasileiros naturalizados, de nacionalidade secundária.

As Constituições do Império (art. 60) e de 1891 (art. 69), ao abordar a questão da nacionalidade brasileira, iniciam os artigos que lhes dizem respeito, nestes têrmos: "São cidadãos brasileiros...", enquanto as Constituições de 1934 (art. 106), 1937 (art. 115) e 1946 (art. 129) dispõem apenas "são brasileiros..." Aquelas usaram a expressão cidadão referindo-se a nacional e distinguem, por isso, o cidadão simplesmente do cidadão ativo e eleitor, como se verifica do exame dos arts. 90 da Constituição imperial e 70 da Constituição de 1891, ao passo que estas, falando sòmente em brasileiros, bem precisam a diferença entre a nacionalidade e a cidadania.

Em seguida, cada uma dessas Constituições, como desdobramento do respectivo artigo citado, enumera, item por item, quais são os seus nacionais.

Os casos de aquisição da nacionalidade brasileira se resumem nos enunciados pelos artigos constitucionais. Não é possível ao legislador ordinário prescrever a respeito, admitindo outras hipóteses ou deixando de considerar uma das previstas pelo texto constitucional, porquanto são taxativas. Tão sòmente podem ser havidos como nacionais aquêles assim classificados pela Magna Carta brasileira.

Diz de forma terminante, como fizeram as anteriores, a Constituição de 1946, no seu art. 129, quais são os seus nacionais: "Art. 129 — São brasileiros: I — os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, não residindo êstes a serviço do seu país; II — os filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos no estrangeiro, se os pais estiverem a serviço do Brasil, ou, não o estando, se vierem residir no país. Neste caso, atingida a

maioridade, deverão para conservar a nacionalidade brasileira optar por ela, dentro em quatro anos; III — os que adquiriram a nacionalidade brasileira nos têrmos do art. 69, ns. IV e V, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891; IV — os naturalizados pela forma que a lei estabelecer, exigidas aos portuguêses apenas residência no país por um ano ininterrupto, idoneidade moral e sanidade física".

Vejamos, em pormenor, como as diferentes Constituições pátrias disciplinaram essa matéria.

7. *Os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, não residindo êstes a serviço do seu país:* Foi aceito o preceito por tôdas as Constituições com pequena diferença de redação, usando a imperial e a de 1891 a palavra "nação", em vez de "país", e as de 1934 e 1937 "govêrno de seu país", em vez de simplesmente "país". Adotaram, por conseguinte, tôdas elas, como regra geral de aquisição da nacionalidade brasileira, o princípio do *jus soli.*

Enquanto só a Constituição de 1946 fala em "pais", no plural, a interpretação dos textos de tôdas as outras foi no sentido de proclamar que a expressão "pai", ainda no singular, dizia respeito tanto ao pai como à mãe, empregada em sentido genérico, com relação à filiação. Assim, não importava que o pai fôsse estrangeiro ou a mãe não tivesse nacionalidade brasileira, ou mesmo ambos; desde que nascidos no Brasil, brasileiros eram e são havidos os seus filhos.

Por outro lado, se se achassem os pais da criança nascida no Brasil a serviço do seu país, embora só a Constituição de 1946 falasse em "pais", tôdas elas reconhecem que bastava estivesse a mãe residindo no Brasil, a serviço da sua pátria, para que o filho fôsse havido como não brasileiro e isso porque se entendeu a expressão "pai" como envolvendo o pai ou a mãe alienígena, a serviço da sua pátria, no Brasil, em conjunto ou isoladamente.

Êsse dispositivo constitucional, que aceitou a nacionalidade através do princípio do solo, confere tão sòmente o direito, a todos os que nascem no Brasil, de serem havidos como brasileiros. Pode, pois, a criança aqui nascida, filha de estrangeiros, se entender, ao atingir a maioridade, optar pela nacionali-

dade de seus pais ou mesmo naturalizar-se como nacional de outro país, como veremos a seguir.

Mas a regra quanto ao oferecimento dessa situação de brasileiro é absolutamente ampla e compreende até os acidentalmente nascidos no Brasil, por se acharem aqui de passagem os seus pais, por exemplo, em viagem de turismo. Não fêz o texto, realmente, qualquer ressalva e diz, de forma peremptória, que são brasileiros os nascidos no Brasil.

Excetuam-se apenas aquêles cujos pais estivessem a serviço do seu país, em princípio de absoluta justiça, porquanto não se justifica saia alguém do seu Estado para prestar serviços a êste e sofra o dissabor de ver seu filho com nacionalidade diferente da sua, pelo simples fato de haver vindo à luz, por motivos de interêsse da coletividade, em regiões diversas da dos ascendentes.

Como se disse, compreende tanto o pai como a mãe, e não importa, mesmo, a nacionalidade brasileira de um dêles, pois se o outro cônjuge, estrangeiro, se encontra no Brasil, a serviço do seu país, não será brasileiro o filho dêsse casal, embora nascido no Brasil. E isso se dá em consideração ao fato de aqui estar residindo o pai ou a mãe a serviço da pátria. Como o texto não faz qualquer exceção, ainda que essa residência não tenha sido fixada, de início, por essa razão, mas até em virtude de casamento com brasileira ou interêsses outros privados, desde que no momento do nascimento da criança um dos pais, ou melhor, o pai ou a mãe, se achava a serviço do seu país, a criança deve ser havida como não brasileira.

Poderá surgir alguma discussão com referência a casos, muito comuns em nossa terra, de brasileiros que exercem as funções de cônsules de países estrangeiros. É de perguntar-se se em tal hipótese os filhos dêsses brasileiros são estrangeiros ou brasileiros, uma vez os seus pais, embora brasileiros, estavam a serviço de outro país. A resposta é simples e a favor da nacionalidade brasileira de tais crianças, porquanto o texto constitucional fala em "pais estrangeiros" e, na hipótese, se trata de pais brasileiros.

Outra dúvida a ser levantada em face de texto legal é a de saber-se se a criança, filha de estrangeiros, vier a nascer no

Brasil, estando seus pais a serviço de outro país que não o próprio, deve ser considerada brasileira. A Constituição fala "a serviço do seu país", logo, quando algum estrangeiro, residente no Brasil, se acha a serviço de outro país que não o seu, os seus filhos, nascidos no Brasil, se incluem entre os brasileiros.

Como brasileiros, outrossim, se classificam os nascidos em navios ou aeronaves militares brasileiros, mesmo que os pais estejam nêles contra a sua vontade, como prisioneiros, por exemplo, porquanto os navios ou aeronaves brasileiros estão subordinados à soberania do Brasil. Já os nascidos em navios comerciais serão brasileiros quando em alto mar e o navio fôr brasileiro. Isso porque adota o Brasil o princípio do *jus soli* e encontrando-se o navio, de nacionalidade brasileira, em alto mar, não está sujeito à soberania de qualquer Estado estrangeiro. Como brasileiro também se tem o nascido em navio comercial, navegando em águas brasileiras, ainda que estrangeiro, por exercer o Estado brasileiro a sua soberania sôbre o mar territorial.

8. *Os filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos no estrangeiro, se os pais estiverem a serviço do Brasil:* Com pequenas alterações, foi tal norma do *jus sanguinis* adotada por tôdas as Constituições brasileiras, tendo em consideração o serviço público prestado ao Brasil. Nessa circunstância, especial, se abandonou o princípio dominante do *jus soli,* para filiar-se ao *jus sanguinis,* abrandado, é verdade, pelo serviço prestado à pátria.

Salvo a Constituição de 1891, que fala em pai no singular, tôdas as outras usam a expressão "pais", mas, mesmo com referência àquela, sempre se entendeu como compreendendo não só o filho de pai brasileiro, como o filho de mãe brasileira. Portanto, achando-se um ou outra em país estrangeiro, a serviço do Brasil, seus filhos, embora não venham domiciliar-se nas terras dos pais, serão havidos como brasileiros. Constitui princípio de reciprocidade, ao previsto, no item anterior, quanto a estrangeiro a serviço da sua pátria, cujos filhos nasçam no Brasil.

Os serviços, prestados ao Brasil, se referem tanto ao federal, como ao estadual ou ao municipal, incluindo-se até os

em favor das autarquias dessas entidades políticas. Aliás, a expressão "a serviço do Brasil", ao nosso ver, apanha tôda e qualquer atividade levada a efeito em país estrangeiro, desde que por influência do Brasil ou como seu representante. Nos casos de brasileiros ilustres convidados por nações estrangeiras, por intermédio do Govêrno brasileiro, para funcionarem como árbitros, em dissídios entre elas, se obrigados a locomover-se para êsses países ou outras regiões estrangeiras, em razão das funções exercidas, devem ser tidos como brasileiros seus filhos, acaso nascidos no estrangeiro. Do mesmo modo, filhos de esportistas brasileiros, nascidos no estrangeiro, quando se encontram fora do solo pátrio representando o país em competições atléticas, como integrantes de entidades oficiais desportivas, devem ser considerados brasileiros. Já para não se citar os exemplos comuns de filhos de diplomatas e agentes comerciais.

Afinal, a expressão, "a serviço do Brasil", enfeixa as hipóteses correspondentes não só de exercício de funções ou cargos, como as de desempenho de atribuições representativas, e, ainda, as de ir ao estrangeiro, como titular de cargo ou função pública. São brasileiros, portanto, os filhos de brasileiros, que acaso exerçam atividade por interferência ou em prol do Brasil no estrangeiro, como também os filhos de brasileiros, titulares, de cargos ou funções públicas no Brasil, que nessa qualidade tenham ido ao estrangeiro. Assim, o Presidente da República, em visita de cortesia a país estrangeiro, isto é, em caráter especial; o seu filho, nascido nesse país, será brasileiro, porque, embora não estivesse no exercício do cargo, estava no estrangeiro como titular dêle.

E, tanto pode ser o pai como a mãe a serviço do Brasil, desde que um seja brasileiro, ainda quando esteja a serviço justamente o não brasileiro. Não se fala no texto em filhos de brasileiros a serviço da sua pátria, mas em filhos de pais brasileiros a serviço do Brasil. Daí poder ocorrer a hipótese de que estivesse a serviço do Brasil o cônjuge não brasileiro, o que, aliás, fêz fôsse o casal para o estrangeiro e lá nascesse o seu filho. Ademais, a nacionalidade brasileira de um dêles se con-

sidera sem qualquer restrição, abrangendo tanto os brasileiros ou brasileiras, natos ou naturalizados.

O motivo da viagem para o estrangeiro, em virtude do qual a criança lá nasceu, não interessa para aplicação do dispositivo. Ainda que os pais já se achassem com domicílio ou residência no estrangeiro, por motivos de interêsse particular e antes do exercício de funções públicas, brasileira será a criança se nascida no estrangeiro, filha de brasileiro ou brasileira, depois que passou um dêles a desempenhar qualquer atividade a serviço do Brasil. Como se sustentou com referência a estrangeiro a serviço do seu país, de igual modo se sustenta essa interpretação quanto a filho de brasileiro ou brasileira, cujos pais se achavam no estrangeiro, um dêles a serviço do Brasil.

Para apurar-se a nacionalidade brasileira dos pais, a serviço do Brasil, se tem de indagar a data do nascimento do filho. Se, quando nasce a criança, o pai ou a mãe é brasileiro e um dêles se encontra a serviço do Brasil, então a criança será brasileira. Não importa venham, ao depois, os pais a perder a nacionalidade brasileira ou a deixar o serviço em prol do Brasil. O que interessa é que, no momento do nascimento da criança, tivessem tal nacionalidade e se achasse um dêles a serviço do Brasil. Os fatos posteriores, de perda da nacionalidade, ou de abandono do serviço, em nada alteram a situação jurídica anteriormente criada.

Filho de brasileiro tem a nacionalidade brasileira, ainda que o nascimento seja em país estrangeiro e depois do falecimento do pai, se êste morreu a serviço do Brasil, no país estrangeiro. Será o filho póstumo brasileiro, porque o nascimento dessa criança fora do Brasil se deu em razão do serviço público, que fôra cometido ao pai, em país estrangeiro, e que o estava desempenhando quando faleceu. Igual solução merece a hipótese de mãe a serviço do Brasil, mesmo quando estrangeira, desde que brasileiro o pai falecido.

Figurou-se entre casos que podem ocorrer, em face do texto constitucional, o seguinte: se a mãe não fôr brasileira e o pai impugnar a paternidade, estando o último a serviço do Brasil, qual a nacionalidade dessa criança? Vitorioso o impugnante, não se arrola o recém-nascido como brasileiro, salvo

se provado, por atos admitidos no direito, que o pai verdadeiro é brasileiro e se encontrava no estrangeiro também a serviço do Brasil. Assim, criança filha de soldado brasileiro com mãe estrangeira, e nascida no estrangeiro, será havida como brasileira, ainda que o presumido pai impugne a paternidade e seja aceita essa impugnação, se demonstrada, por exemplo, a filiação como de outro soldado também brasileiro.

Por isso, se brasileiro ou brasileira, a serviço do Brasil no estrangeiro, vier a ter filho com estrangeira ou estrangeiro, e, ao depois, legitimar ou reconhecer essa criança como seu filho, ela será havida como brasileira, uma vez se trata de filho de pai brasileiro ou de mãe brasileira. Os filhos adulterinos e incestuosos não são reconhecidos pelo direito brasileiro, por conseguinte, as provas não podem ser feitas em processo de tal natureza. Verificada, entretanto, em outras eventualidades, a filiação da criança, não obstante o direito pátrio não admitir aquêle reconhecimento, parece razoável se lhes dê a nacionalidade brasileira, porque se fala em filhos tão sòmente, sem se cogitar de qualquer outra circunstância, no texto constitucional.

A legitimação ou o reconhecimento de uma criança como filho, ou a prova simplesmente da filiação, são atos jurídicos declaratórios dessa situação e produzem, portanto, os seus efeitos, desde o nascimento da criança.

É de indagar se na expressão pai se pode considerar os ascendentes em geral. Já se focalizou a respeito a hipótese de avô que vai ao estrangeiro, acompanhado de filha, cujo marido a abandonou, com criança concebida, e aquêle ascendente faz a viagem a serviço do Brasil. Propendemos para o lado dos que defendem a nacionalidade brasileira dessa criança, dando à expressão "pai" sentido o mais amplo possível, enfeixando, assim, os ascendentes. Desde que o nascimento da criança, de ascendência brasileira, no estrangeiro, se deu em razão do serviço de avô, que, pela situação especial em que se encontrava a filha, foi obrigado a levá-la em sua companhia, no desempenho da função pública a que se entregara, é razoável a tese favorável à nacionalidade brasileira do recém-nascido.

9. *Os filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos no estrangeiro, se vierem residir no Brasil e optarem pela conser-*

vação da nacionalidade brasileira, dentro de quatro anos, atingida a maioridade: Pelo exame dos textos das diferentes Constituições brasileiras, relativas à hipótese ora em foco, verifica-se que, ao contrário dos itens anteriores, há diferença de orientação entre as Imperial e de 1891, as de 1934 e 1937 e a de 1946. Enquanto as Constituições Imperial e de 1891 falam em filho de pai estrangeiro e ilegítimos tão sòmente de mãe brasileira, já as outras Constituições, tanto de 1934 e 1937, como de 1946, consideram os filhos, de brasileiro ou brasileira, independente da legitimidade ou ilegitimidade dêles. Por outro lado, as Constituições Imperial e de 1891 incluem como brasileiros os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira nascidos no estrangeiro, com o simples estabelecimento de domicílio no Brasil; enquanto as Constituições de 1934 e 1937 não fazem qualquer menção ao domicílio e só os tem como brasileiro se, atingida a maioridade, optarem pela nacionalidade brasileira. Afinal, a Constituição de 1946 conciliou ambos os princípios e exigiu os dois requisitos para a consideração de brasileiro, e daí determinar que se impõe a tais crianças, para serem brasileiras, que venham residir no Brasil e optem pela nacionalidade brasileira, no período de quatro anos, seguintes à sua maioridade.

A residência no Brasil deve ser do filho e não do pai, porquanto só a êle interessa o preenchimento dessa condição para aqui optar pela nacionalidade brasileira. Qual a época, entretanto, necessária de fixação do domicílio no Brasil ? Há quem sustente, que deve ser antes da maioridade. Assim seria pela Constituição de 1934, porque estabeleceu a obrigação de optar, com a maioridade; já pela Constituição de 1946, essa preferência se faculta fazer durante o prazo de quatro anos, após essa maioridade. Entendemos, por conseguinte, poder o domicílio ou residência ocorrer mesmo depois da maioridade, desde que dentro do período da opção. Essa residência ou domicílio, convém salientar, à vista de dúvidas suscitadas, não está sujeita a prazo especial determinado e sequer se permite ao legislador ordinário estabelecê-lo. Será apurada diante da teoria de direito e das normas jurídicas positivas gerais sôbre a questão e em face das circunstâncias de fato a se considerarem. Ante

êsses elementos se esclarecerá haver escolhido a sua residência no Brasil ou estabelecido neste país o seu domicílio. Quanto aos pais precisam simplesmente ser brasileiros, não interessando, se originários ou secundários.

Pode dar-se a hipótese de vir residir no Brasil o filho de brasileiro nascido no estrangeiro e, não obstante, deixar de optar pela nacionalidade brasileira, como exige a Constituição vigente. Se não adquiriu a nacionalidade do país onde nasceu, deve êle ser havido como brasileiro ? Melhor precisemos : filho de pais brasileiros nasceu em país estrangeiro, veio, depois, residir no Brasil, porém aqui não optou, dentro do prazo de quatro anos, pela nacionalidade brasileira, e, pelas leis do país onde veio à luz, não adquiriu a nacionalidade estrangeira. Será possível considerá-lo brasileiro, uma vez não obteve a nacionalidade do país onde nasceu, pois êste adota o princípio do *jus sanguinis* ? Se a Constituição brasileira exige, para ser havida como nacional a criança, a opção dentro de determinado prazo, e desde que êsse filho de brasileiro, a que se ofereceu a nacionalidade brasileira, ao ocorrer o momento próprio, não preencheu essa condição, não pode ser tido como brasileiro, por falta de satisfação de exigência constitucional. A opção constitui condição *sine qua non,* e dentro do prazo legal, para o reconhecimento da nacionalidade brasileira aos filhos de brasileiros, nascidos no estrangeiro, que venham a residir no Brasil. Se isto se não deu, deixa de possuir essa pessoa a nacionalidade brasileira, ainda que, assim procedendo, fique sem qualquer nacionalidade.

A opção se realiza após a maioridade. A lei que rege a maioridade é a brasileira, pois o interessado vai optar no Brasil. A maioridade é a política e não a civil, se há divergência entre elas, por ser a nacionalidade, como se viu, matéria de Direito Público e não de Direito Privado.

As hipóteses relativas à impugnação de paternidade pelo pai brasileiro, quando estrangeira a mãe; ao filho póstumo de brasileiro; e à perda da nacionalidade brasileira dos pais depois do nascimento da criança no estrangeiro; tôdas elas devem ter soluções idênticas às consignadas no item anterior, relativamente aos filhos de brasileiros que se achavam a serviço do país.

Em conseqüência das discordâncias existentes entre os diferentes textos constitucionais brasileiros, ocorrem dúvidas quanto à situação de brasileiros, relativamente aos filhos de brasileiros, nascidos no estrangeiro. Assim, é de saber-se se os que não optaram, depois da maioridade e antes da Constituição de 1946, pela nacionalidade brasileira, podem ainda optar por ela, se não decorreram os 4 anos de sua maioridade? A resposta deve ser afirmativa. Não importa que, na vigência da Constituição anterior, essa opção devesse dar-se logo após à maioridade. Permitindo a nova Constituição ela se faça dentro do período de quatro anos dessa maioridade, e se êsse período não decorreu, lhe é lícito usar do direito de opção, mesmo porque as Constituições, que se sucedem no tempo, fixam nova ordem jurídica e têm aplicação imediata. Ao contrário, já decorrido aquêle prazo de quatro anos e havendo-se deixado de fazer essa opção, não se permite mais ao filho de brasileira, nascido no estrangeiro, decida pela nacionalidade brasileira, isso porque já havia podido escolher a nacionalidade brasileira, à vista dos dispositivos das Constituições de 1934 e 1937, quando da sua maioridade. Se nada disse em tal época, o silêncio equivale a ter preferido a nacionalidade estrangeira, e ainda porque o texto de 46 é claro a respeito e fala em quatro anos após a maioridade.

A questão mais interessante, em face dêsses textos divergentes, das Constituições pátrias, é, justamente, a que decorre do possível conflito entre a Constituição de 1891 e as que lhe seguiram.

De fato, é de perquirir-se se os que adquiriram a nacionalidade brasileira, pelo art. 69 § 2.º, da Constituição de 1891, pela circunstância de serem filhos de pais brasileiros, nascidos no estrangeiro, e terem vindo fixar residência no Brasil, a perderam depois, uma vez as outras Constituições exigiram ainda a opção, a de 1934 e 37 por ocasião da maioridade ou nos quatro anos que lhe sucederem, a de 1946, como condição para o reconhecimento da nacionalidade brasileira. Realmente, há dúvida se essa situação jurídica, adquirida na vigência da Constituição de 1891, e pelo preenchimento do requisito mencionado, permanece, pois as Constituições seguintes não arrolaram tal

hipótese como asseguradora da nacionalidade brasileira, e, como brasileiros, na verdade, só são havidos aquêles especificados no texto constitucional como tal.

Apesar da letra das Constituições de 34, 37 e 46, a conclusão a que se chega, ao nosso ver, é a de que, embora só sejam brasileiros os enumerados nas Constituições, não havia, parece, objetivo de excluir da nacionalidade brasileira os que a adquiriram nos têrmos do art. 69, § 2.°, da Constituição de 1891. Comentadores, entretanto, poderão mostrar-se propensos a considerar tais pessoas como tendo deixado de ser brasileiras, fundados no argumento de que só se consideram brasileiros os mencionados nos textos constitucionais e isso porque as Constituições têm aplicação imediata e contra elas não prevalece direito anteriormente adquirido, e a hipótese não foi prevista nos textos promulgados de 1934 para cá.

Em nossa opinião, tais pessoas devem ser havidas como brasileiras, todavia, se, além da residência no Brasil, praticaram atos como brasileiros, os quais valem como opção já feita em tempo oportuno, isto é, se se declararam brasileiras em atos privados ou públicos e como tal foram consideradas, porquanto, através dêsses atos, se pronunciaram, de forma inequívoca, pela nacionalidade brasileira. Como o texto constitucional atual não estabelece processo especial para opção pela nacionalidade brasileira, como formas admissíveis de opção devem ser classificadas as afirmações precisas de nacionalidade brasileira, feitas pelos interessados em atos solenes da sua vida. Essas devem ser, por exemplo, comparecerem em escrituras públicas, dando a nacionalidade brasileira, casarem-se como brasileiros, declararem, ao nascimento dos filhos, como sendo de brasileiros, aceitarem cargo público, alistarem-se eleitores, prestarem serviço militar. Tôdas essas manifestações envolvem, na verdade, decisão pela nacionalidade brasileira e indiretamente previstas como adequadas para produzir tal efeito, algumas delas pela própria Constituição. O legislador ordinário poderá estabelecer outros modos de opção, mas êstes, iniludìvelmente, constituem medidas hábeis de preferência pela nacionalidade brasileira. Se aquêles havidos como brasileiros, em face da Constituição de 1891, pelo seu art. 69, § 2.°, demonstraram a

vontade de ser tidos como dessa nacionalidade e de aproveitar assim a concessão do texto referido, praticando atos solenes da sua vida como brasileiros, cumpre tais pronunciamentos ser recebidos como forma de opção, por essa nacionalidade. Então, brasileiros serão essas pessoas e equiparados em situação jurídica aos beneficiados pelos textos constitucionais análogos, de 1934, 1937 e 1946. A residência já tinham, porque constituía condição necessária, em face da Constituição de 1891, para aquisição de nacionalidade brasileira, e a opção se deu, em virtude das manifestações feitas, apresentando-se como brasileiros em atos solenes, públicos ou privados, da sua vida.

A resolução do problema não está em considerar o legislador brasileiro, mediante texto de lei ordinária, como brasileiros naturalizados os então beneficiados pelo art. 69, § 2.°, da Constituição de 1891, reconhecendo como processo adequado de sua naturalização o preenchimento das condições dêsse texto constitucional anteriormente vigente. Porém, em defender-se a tese, como fizemos, de que são brasileiros e brasileiros natos, desde que filhos de brasileiros, embora havidos no estrangeiro, se vieram residir no Brasil e como brasileiros se apresentaram nos atos solenes da sua vida pública ou privada.

Na vigência da Constituição de 1891, aliás, muito se discutiu se deviam ser havidos como brasileiros natos ou naturalizados os filhos de pai brasileiro e ilegítimo de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, se estabelecessem domicílio no Brasil. Essa dúvida pode ser objeto de debate, em face das Constituições que se lhe seguiram, e a solução razoável nos parece ser a que predominou no direito brasileiro, na vigência das Constituições Imperial e de 1891, qual seja, a de se considerarem tais brasileiros como natos e não como naturalizados, porque, na verdade, o que há é a presunção da possibilidade da dupla nacionalidade e a admissão da escolha da nacionalidade brasileira. De fato, são brasileiros, declaram os textos, se estabelecerem domicílio no Brasil, nos têrmos das Constituições Imperial e de 1891; se optarem pela nacionalidade brasileira, ao atingir a maioridade, segundo as Constituições de 1934 e 1937; se vierem residir no Brasil e optarem pela nacionalidade brasileira dentro de quatro anos, atingida a maioridade, con-

forme o preceituado na Constituição de 1946. Assim, são brasileiros desde o nascimento, caso não prefiram, ao depois, por atos inequívocos, outra nacionalidade, e brasileiros sob a condição de satisfazerem as exigências constitucionais para eficácia do ato jurídico que lhes confere a nacionalidade brasileira. A Constituição de 1946 dirimiu, expressamente, a dúvida, ao exigir o preenchimento dêsses requisitos para "conservar" a nacionalidade brasileira. Ora, só se conserva aquilo que já se tinha. Logo, são brasileiros desde o nascimento, e os efeitos de tal situação devem ser também desde essa época.

O estrangeiro, residente no Brasil, que se naturalizou brasileiro e, posteriormente, foi reconhecido como filho de brasileiro, pode ser havido como brasileiro nato. A sua naturalização equivale a uma opção pela nacionalidade brasileira e, assim, lhe fica assegurado o direito de ser considerado brasileiro originário, desde que a naturalização se tenha dado no período da opção, isto é, nos quatro anos subseqüentes à sua maioridade.

(Continua)