

O direito fundamental à nacionalidade e as lacunas na Constituição

11/03/2010

A nacionalidade, segundo o magistério de Leo van Holthe, possui dois sentidos bastante distintos: o sociológico e o jurídico. No primeiro, nacionalidade indica o conjunto de pessoas que se unem por comungarem de uma cultura, história, língua, costumes e tradições, formando uma unidade sócio-cultural: a nação. No sentido jurídico (que é o que nos importa), nacionalidade representa o vínculo jurídico-político permanente que liga um indivíduo a um determinado Estado[1].

Importante destacar que as hipóteses de outorga da nacionalidade brasileira, quer se trate de nacionalidade primária ou originária (da qual emana a condição de brasileiro nato), quer se cuide de nacionalidade secundária ou derivada (da qual resulta o status de brasileiro naturalizado), decorrem, exclusivamente, em função de sua natureza mesma, do texto constitucional, pois a questão da nacionalidade traduz matéria sujeita, unicamente, quanto à sua definição, ao poder soberano do Estado brasileiro[2].

A nacionalidade constitui matéria afeta aos direitos fundamentais do ser humano, ao ponto de haver expressa previsão positivada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, *verbis*:

Artigo XV

I) Todo homem tem direito a uma nacionalidade.

II) Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Nesse sentido, o Poder Constituinte originário de 1988 procurou estabelecer um sistema misto, pelo qual se contemplasse tanto o critério do *jus solis* (origem territorial) como também o do *jus sanguinis* (origem sanguínea), para determinar a nacionalidade brasileira originária.

A ratio essendi que moveu o constituinte originário a adotar um critério misto para a nacionalidade originária, assenta-se, principalmente, na intenção – já manifestada pela Assembleia Geral das Nações Unidas quatro décadas antes – de se eliminar ao máximo as possibilidades de ocorrência dos chamados apátridas (*heimatlos*), fenômeno pelo qual há conflito negativo de nacionalidade, sendo, o indivíduo, excluído de qualquer nacionalidade.

Contudo, não obstante a boa intenção do constituinte, não se conseguiu eliminar a existência de pessoas sem nacionalidade e, por consequência, sem cidadania.

O texto originário da Constituição da República de 1988, em seu art. 12, inciso I, alínea “c”, dispunha que:

Artigo 12. São brasileiros:

I – natos:

(...).

c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil antes da maioridade e, alcançada esta, optem, em qualquer tempo pela nacionalidade brasileira;

Como se pode depreender do texto constitucional acima transcrito, seria preciso, pela redação originária do dispositivo constitucional, que o optante pela nacionalidade brasileira viesse a residir no Brasil antes da maioridade ou que fosse registrado em repartição brasileira no exterior.

Caso contrário, o filho de pai ou de mãe brasileiros nascido no exterior, não poderia optar pela nacionalidade brasileira, apesar da sua origem sanguínea paterna e/ou materna ser brasileira.

Visando a corrigir essa possível ocorrência de pessoas apátridas, a Emenda Constitucional de Revisão n.º 03/1994 alterou a redação do supracitado dispositivo constitucional, nos seguintes termos:

Art. 12. São brasileiros:

I – natos:

(...)

c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo pela nacionalidade brasileira;

Como visto, a Emenda Constitucional 03/1994 dispensou a necessidade de que o optante pela nacionalidade brasileira nascido no exterior, filho de pai ou de mãe brasileiros, viesse a residir no Brasil antes da maioridade. Porém, eliminou, também, a possibilidade desse filho de pai ou de mãe brasileiros nascido no exterior, ao ser registrado em repartição brasileira competente no exterior (embaixada ou consulado), adquirir a nacionalidade originária brasileira.

Destarte, ao mesmo tempo em que a EC 03/1994 eliminou uma hipótese de ocorrência de apátrida (ao se excluir a exigência de que a residência no Brasil deveria ocorrer “antes da maioridade”), possibilitou outra hipótese, haja vista que o filho de pai e de mãe brasileiros que tivesse nascido no exterior – num país que adotasse, *v.g.*, como critério único de nacionalidade originária, o *jus sanguinis* – quando não viesse a residir no Brasil, ficaria excluído de qualquer nacionalidade.

Nesse diapasão, a Emenda Constitucional n.º 54/2007 tentou corrigir as falhas dos textos constitucionais anteriores, tratando do assunto da seguinte forma:

Art. 12. São brasileiros:

I – natos:

(...).

c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

A mencionada Emenda Constitucional 54/2007 também inseriu o artigo 95 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a saber:

Artigo 95. Os nascidos no estrangeiro entre 07 de junho de 1994 e a data da promulgação da Emenda Constitucional, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, poderão ser registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente ou em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil.

Com essa mais nova alteração constitucional, retomou-se à redação do constituinte originário, possibilitando-se a aquisição da nacionalidade originária brasileira para os nascidos no exterior, filhos de pai ou de mãe brasileiros, com o simples registro em embaixada ou consulado brasileiro no exterior, sem a necessidade, portanto, do nascido no exterior fixar sua residência no Brasil.

Em que pese ter ficado consignado, pela redação da EC 54/2007, a previsão de que a opção pela nacionalidade brasileira seja feita *depois de atingida a maioridade*, não se eliminou a possibilidade do menor de 18 (dezoito) anos optar pela nacionalidade brasileira por intermédio de um de seus representantes (pai ou mãe brasileiro), caso denominado pela doutrina de “opção provisória de nacionalidade”.

Nesse caso, será possível o registro provisório da opção de nacionalidade brasileira, que valerá apenas até completada a maioridade do nascido no exterior, filho de pai ou de mãe brasileiros, oportunidade em que o próprio optante deverá manifestar a sua opção pela nacionalidade brasileira.

Reinaldo Velloso dos Santos esclarece, com eloquência, a permanência da chamada “nacionalidade potestativa”, mesmo após a EC 54/2007:

“Antes da maioridade, o filho de pai brasileiro ou de mãe brasileira nascido no exterior detém a chamada ‘nacionalidade potestativa’, tendo seus direitos preservados, com a possibilidade de traslado do registro de nascimento no Brasil, no Livro E do Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do 1º Subdistrito da Sede da Comarca do domicílio do interessado ou, então, no 1º Ofício do Distrito Federal.

Do termo e respectivas certidões desse traslado deve constar a observação de que só valerão como prova da nacionalidade brasileira até a maioridade; depois de atingida a maioridade pelo interessado, deverá ele manifestar a sua opção pela nacionalidade brasileira perante o juízo federal. Deferido o pedido, proceder-se-á ao registro no Livro E do Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do 1º Subdistrito da Sede da Comarca de domicílio do optante (Lei 6.015/1973, art. 32, § 3º e § 4º, com as alterações decorrentes da EC 54/2007).”[3]

De outro norte, em que pesem algumas manifestações em sentido contrário, o egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou a jurisprudência naquela corte no sentido de que compete à Justiça Federal o processamento e julgamento dos feitos que visam ao registro de opção provisória de nacionalidade, conforme se pode observar pelos acórdãos abaixo transcritos:

Compete a Justiça Federal a apreciação de pedido de transcrição do termo de nascimento de menor nascida no estrangeiro, filha de mãe brasileira que não estava a serviço do Brasil, por consubstanciar opção provisória de nacionalidade a ser ratificada após alcançada a maioridade (art. 12, I, c e 109, X da CF). (Grifo nosso). (Origem: STJ - CONFLITO DE COMPETENCIA - 18074; Processo: 199600514500/DF; Órgão Julgador: 2ª SEÇÃO Data da decisão: 10/09/1997; Documento: STJ000186823).

Registro de nascimento. Inclusão do patronímico materno. Competência da Justiça Federal. Precedente da Segunda Seção.

1. Na linha de precedente da Segunda Seção, a Justiça Federal é competente para apreciar "pedido de transcrição do termo de nascimento de menor nascida no estrangeiro, filha de mãe brasileira que não estava a serviço do Brasil, por consubstanciar opção provisória de nacionalidade a ser ratificada após alcançada a maioridade (artigos 12, I, 'c' e 109, X, da Constituição)".

2. Recurso especial conhecido e provido. (RESP 235492; 3ª TURMA; Rel. Min CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO; DJ DATA:16/02/2004 PÁGINA:241 RJADCOAS VOL.:00055 PÁGINA:84). Grifou-se

Ao contrário do que se imaginava, todavia, nem mesmo a segunda reforma constitucional foi capaz de eliminar as possibilidades de existência de apátridas nascidos no exterior e filhos de pai ou de mãe brasileiros.

Exemplo disso é a hipótese, de ocorrência não tão rara como se poderia presumir, da existência de um menor, nascido no exterior, filho de mãe já falecida, também nascida no exterior, que por sua vez é filha de uma brasileira nata, residente no Brasil, e responsável pela guarda e pela tutela desse menor.

Para agravar a situação desse menor, seu pai é desconhecido, tendo, portanto, apenas a avó materna (brasileira nata e residente no Brasil) como sua responsável.

Diante do quadro apresentado, à primeira vista, o menor não poderia “optar pela nacionalidade provisória brasileira”, uma vez que sua mãe, não obstante seja filha de brasileira, faleceu na condição de estrangeira, uma vez que não viveu tempo suficiente para optar pela nacionalidade brasileira.

Entretanto, caso a mãe do menor tivesse optado, em vida, pela nacionalidade brasileira — comprovando sua residência no Brasil — o infante também poderia optar pela nacionalidade brasileira, uma vez que reside com sua avó no Brasil e sua mãe, nessa hipótese, seria considerada brasileira nata.

Na caso hipotético apresentado, afigura-se-nos que o disposto no artigo 12, inciso I, alínea “c”, da Constituição da República, que possibilita aos nascidos no estrangeiro, filhos de pai brasileiro ou de mãe brasileiros, deve ser interpretado de forma extensiva para estender a condição de “mãe”, disposta no texto constitucional, também para a avó materna e tutora do menor, garantindo-se, assim, a absoluta prioridade que deve ser dada às crianças e aos adolescentes (art. 227 da CF), bem como para dar máxima efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Não se pode negar que a Constituição da República é clara ao afirmar o direito aos nascidos no estrangeiro, filhos de pai brasileiro ou de mãe brasileira, optarem pela nacionalidade brasileira. É certo, também, que a opção pela nacionalidade brasileira é ato personalíssimo e, portanto, não se pode presumir que a falecida genitora do menor optaria pela nacionalidade brasileira caso tivesse tempo de vida suficiente para tal.

Entretanto, a situação de fato hipoteticamente estabelecida permite concluir que a guarda e a tutela concedida para a avó do menor, se não institui uma relação de maternidade, promove a colocação da criança em família substituta, buscando, assim, reconstruir o vínculo familiar-materno rompido pelo falecimento da genitora desse menor.

Não se poderia aceitar, ainda, o argumento de que o vínculo materno deveria ser recomposto, unicamente, pela adoção desse menor, primeiramente porque artigo 42, § 1.º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) veda a adoção por ascendentes e por irmãos (vedação não reproduzida no Código Civil de 2002).

Ademais, desnecessária a burocratização de uma situação de fato já estabelecida, o que além de deixar de lado o mandamento constitucional de estabelecer absoluta prioridade para a criança e para o adolescente (art. 227 da CF), traz instabilidade emocional para a pessoa em desenvolvimento, pois a mãe adotiva seria, ao mesmo tempo, a avó biológica.

Diante da factível hipótese apresentada, considerando que a Constituição da República, com todas as suas alterações, possui o nítido desiderato de não permitir casos de apátridas quando estes tenham origem sanguínea brasileira, a solução que propomos é a interpretação extensiva dos vocábulos *pai brasileiro ou mãe brasileira*, dispostos no artigo 12, inciso I, alínea “c”, da Constituição da República, para alcançar todas as previsões legais de colocação de menor em família substituta (guarda, tutela e adoção), quando o detentor, o tutor ou o adotante for brasileiro e residente no território nacional.

[1] Direito Constitucional, editora Jus Podivm, 3ª edição, p. 365.

[2] STF. HC-QO 83.113/DF. Rel.: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Decisão: 26/06/2003. DJ de 29/08/2003, p. 20.

[3] Extraído na data de 12/02/2010, do endereço eletrônico http://www.arpensp.org.br/websiteFiles/imagensPaginas/File/A_Emenda_Constitucional_54_e_o_Regis

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2010-mar-11/direito-fundamental-nacionalidade-lacunas-constituicao/>